

QUESTIONI APERTE

Regole per l'esame e il controesame

La decisione

Regole per l'esame e il controesame - Domande suggestive - domande nocive - giudice - teste vulnerabile (CEDU art. 6; Cost. art. 111; c.p.p. artt. 498, 499, 506; c.p. artt. 609-*bis*, 609-*quater*)

Il divieto di formulare domande suggestive è espressamente previsto non solo con riferimento alla parte che ha chiesto la citazione del teste, perché ritenuta dal legislatore interessata a suggerire allo stesso risposte utili per la sua difesa, ma anche, a maggior ragione, al giudice, al quale spetta il compito di assicurare, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 dell'articolo 499 c.p.p.

CASSAZIONE, SEZIONE QUARTA, 6 febbraio 2020 (dep. 19 maggio 2020) - DI SALVO, *Presidente* - DAWAN, *Relatore* - PINELLI, *P.m.*

Lasciamoci suggestionare: il giudice può minare la genuinità delle risposte?

La Suprema Corte, dopo aver annullato con rinvio la sentenza del giudice di Appello che aveva condannato l'imputato, riformando *in peius* la sentenza di primo grado, senza aver proceduto alla rinnovazione della prova dichiarativa, ha annullato la seconda sentenza di appello, in sede di giudizio di rinvio, che era pervenuta alla condanna dell'imputato, proprio a seguito dell'esame della persona offesa, per effetto dell'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in ragione della violazione dell'art. 499 c.p.p., da parte del Giudice consigliere, data la natura suggestiva e nociva delle domande rivolte alla teste.

Let us be influenced: can the judge undermine the answers's genuineness?

The Supreme Court, setting aside the judgment under appeal that had convicted the defendant, reforming in peius the sentence of first instance, without having proceeded to renew the declaratory evidence, set aside the second judgment under appeal, during the referring trial, which had sentenced of the defendant, after the examination of the injured party, as a result of the renew obligation of the preliminary investigation, on account of the violation of article 499 c.p.p., by the Counselor Judge, given the suggestive and harmful nature of the questions addressed to the witness.

Sommario: 1. La pronuncia della Corte - 2. L'esame dei testimoni - 3. Le domande nocive e suggestive - 4. Il giudice può porre domande suggestive? - 5. Conclusioni

1. *La pronuncia della Corte.* L'iter processuale della vicenda, piuttosto contorto, ha origine in una sentenza del Tribunale di primo grado di Genova nella quale l'indagato venne condannato a due anni di reclusione per aver commesso il reato prescritto dall'art. 609-*quater* c.p. a danno di una minore di quattordici anni, amica di scuola della figlia. Al contrario, l'imputato veniva assolto dal capo d'imputazione relativo all'art. 609-*bis* c.p., perché gli atti ses-

suali contestati, venivano posti in essere dopo il compimento dei quattordici anni della ragazza.

Il pubblico ministero, a seguito di tale sentenza, fece ricorso e la Corte di appello di Genova, riformando in *peius* la sentenza di primo grado, ritenne colpevole l'imputato per entrambi i capi di imputazione, precedentemente contestategli.

A fronte di tale pronuncia furono i difensori dell'imputato a proporre ricorso e la terza Sezione della Corte di cassazione annullò la predetta sentenza in ragione della mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nei confronti della persona offesa. La testimonianza di quest'ultima, infatti, era stata decisiva per la pronuncia di condanna dei giudici di primo grado; dunque, in appello, si sarebbe dovuta sviluppare una motivazione in grado di ribaltare, almeno in parte, il ragionamento assolutorio cui erano arrivati i giudici del tribunale.

Alla sentenza del giudizio di appello, di rinvio, però venne nuovamente proposto ricorso da parte dei difensori dell'imputato per due motivi: il primo concerne la modalità di assunzione e valutazione della testimonianza della persona offesa, non avvenuta attraverso le modalità ordinarie, ma attraverso domande suggestive poste direttamente al teste dal consigliere relatore, tali da minare la credibilità della testimonianza; inoltre, nella sentenza di appello non viene presa in considerazione la perizia neuropsichiatrica eseguita nei confronti della persona offesa. Il secondo motivo concerne la mancanza di una motivazione rafforzata, infatti, la stessa sarebbe limitata alla descrizione del ragionamento dell'organo giudicante, contrapposta alla lettura data dal tribunale, non soffermandosi sul tema della consapevolezza dell'imputato circa il dissenso della persona offesa.

La Corte di cassazione ha rilevato, anche questa volta, una irregolarità, in particolar modo nella conduzione dell'esame testimoniale della persona offesa, avvenuta attraverso una serie di domande suggestive, da parte del consigliere relatore, in grado di viziare le dichiarazioni della teste. A fronte del precedente annullamento con rinvio per la rinnovazione della prova testimoniale e la necessità di svolgere un vaglio approfondito circa la attendibilità della teste, la Corte ha rimesso, nuovamente, alla Corte di appello, per un nuovo giudizio.

2.L'esame dei testimoni. Le regole per l'esame testimoniale sono stabilite dall'art. 499 c.p.p. Quale regola generale, prevista nel primo comma dell'articolo, si norma che l'esame venga svolto mediante domande riguardan-

ti fatti specifici. Tale comma deve essere letto in combinato disposto con gli artt. 187 e 194 c.p.p.: il primo indica quali sono i fatti specifici, quelli, cioè, oggetto della prova, che attengono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza; il secondo sottolinea la determinatezza e la specificità dei fatti su cui concerne l'esame testimoniale, non potendo delinearci una deposizione «sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti». Ovviamente, solo se la domanda posta dall'esaminatore è precisa, diretta e mirata è possibile acquisire risposte dettagliate solo su questioni circoscritte, tanto da evitare che la narrazione del teste possa essere continua e "impacchettata", tale per cui risulta difficile una verifica incrociata sui fatti del processo. Certamente, per raggiungere tale obiettivo è possibile tanto porre delle domande dette *shorts questions*, ossia domande brevi che richiedano risposte semplici e concise in grado di scomporre i fatti, quanto formulare delle domande aperte, meno mirate a singoli aspetti del fatto, ma comunque in grado di condurre alla descrizione precisa degli eventi.

Altra regola generale, prevista dall'art. 499 c.p.p. è quella contenuta nel comma 6. Il giudice deve garantire la pertinenza e rilevanza delle domande e la genuinità delle risposte. L'organo giudicante, quale soggetto terzo ed imparziale, deve porsi a garanzia di uno svolgimento corretto dell'esame testimoniale, una sorta di "arbitro" della *cross-examination*. Oltre a controllare il rispetto della personalità del teste, come previsto dal comma 4 dell'art. 499 c.p.p., il presidente deve vigilare sulle parti, che evitino non solo di aggredire il teste e che utilizzino correttamente le contestazioni. Per ciò che concerne il comma 6, il potere del giudice è un potere che si esplica prevalentemente in negativo, dal momento che censura sia domande sia atteggiamenti scorretti delle parti; è residuale, infatti, un atteggiamento positivo tale da sovrapporsi a quello delle parti, comunque previsto nel codice di rito nell'art. 506 c.p.p.

La *cross examination* si compone, come descritto dall'art. 498 c.p.p., di un esame, un controesame ed un riesame. L'art. 498 c.p.p. traduce uno dei principi fondamentali, previsti dall'art. 6, n. 3 lett. d della CEDU nel quale si riconosce il diritto all'accusato di interrogare o far interrogare i testimoni a carico e di ottenere anche la citazione di quelli a discarico, con le medesime condizioni di quelli a carico. Tale principio, trova espressione anche nella Costituzione, nell'art. 111, con il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore. Ecco, quindi, che l'esame incrociato è l'espressione più adatta

per garantire concretamente il contraddittorio e per acquisire informazioni più corrette, attendibili e complete.

L'esame diretto, previsto dall'art. 498 comma 1 c.p.p., viene condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del teste, e ha l'obiettivo di ricostruire i fatti in senso favorevole alla parte che sta procedendo; i confini entro i quali tale ricostruzione è possibile sono quelli della lista testimoniale indicata dalla parte, ex art. 468 c.p.p. Il controesame, ex art. 498 comma 2 c.p.p., facoltativo nel nostro sistema, invece, viene condotto dalla parte che non ha chiesto la citazione e, quindi, ha un interesse contrapposto al testimone. La finalità del controesame è quella di contestare la ricostruzione dei fatti precedentemente fornita, tentando di ricondurla a ciò che per la parte è più favorevole, anche minando l'attendibilità della testimonianza. Secondo parte della dottrina è possibile distinguere due tipi di controesame: il controesame relativo ai fatti e il controesame relativo alla credibilità del testimone. Il primo è tutto orientato ai fatti oggetto dell'esame e alla loro contestazione, il secondo ha una maggiore estensione, potendo concentrarsi anche su altri aspetti e temi di prova, sempre, però, necessariamente pertinenti. Il riesame, affrontato dall'art. 498 comma 3 c.p.p., anch'esso facoltativo, è limitato alle circostanze emerse nel controesame, e ha l'obiettivo di ridurre le contraddizioni messe in luce dal controesame e fornire, nuovamente, dichiarazioni recuperando la narrazione favorevole dei fatti¹.

Certamente differente è l'esame testimoniale del soggetto minorenni. Il comma 4 dell'art. 498 c.p.p. prevede che sia il giudice a condurre l'esame del minore, su domande e contestazioni proposte dalle parti, potendosi anche avvalere della presenza e dell'aiuto di un familiare o di un esperto. In questo caso, il compito del giudice è di filtrare le domande fatte dalle parti, tanto per il rispetto della dignità del teste, da tutelare sempre, quanto per la sua serenità, vista la posizione complessa in cui si trova, così da evitare domande che possano essere interpretate come aggressive, violente o imbarazzanti. Nel comma 4-ter dell'art. 498 c.p.p. è disciplinato, inoltre, un esame protetto, attraverso l'uso del vetro-specchio; il giudice o l'esperto rivolgono, riformulandole, le domande che le parti, non visibili al minore, intendono fargli. Oltre a questa possibilità, sono previste ulteriori tutele, quali quelle oggetto dell'art. 398 c.p.p. dove, nel comma 5-bis è prevista la possibilità di svolgere l'esame in un luogo diverso dal tribunale, alla presenza delle parti².

¹ ILLUMINATI, Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale, in *La prova nel dibattimento penale*, Quarta edizione, Torino, 2010, 111 ss.

² PUSSINI, *Giudice e domande suggestive: un nodo irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2012, 2, 592 ss.

3. Le domande nocive e suggestive. Oltre alle modalità dell'esame testimoniale occorre valutare come le domande rivolte nel corso dello stesso incidano su questo sistema. L'art. 499 c.p.p., nel comma secondo, norma il divieto di porre domande nocive, domande che possono, quindi, minare la sincerità delle risposte; nel comma 3, invece, afferma che le domande suggestive sono consentite nel controesame, ma non nell'esame, cioè quando a farle è la parte che ha citato il teste.

Iniziando dalle domande nocive, queste sono vietate in ogni fase dell'esame incrociato, come prima descritto. I contorni della categoria sono piuttosto incerti; questa dovrebbe, almeno astrattamente, ricomprendere tutte quelle domande che possano nuocere alla genuinità delle risposte e che siano in grado di turbare la serenità del testimone che potrebbe, in casi estremi, anche decidere di mentire nel corso nell'esame. La nozione è molto ampia, tanto da comprendere una serie di domande, tra loro molto diverse; rientrano tra queste quelle ambigue o equivoche che sono in grado di indurre il testimone in errore vista la loro capacità di "distorcere" la modalità di ricordo del teste. Ancora, possono essere considerate nocive le domande che contengano una sorta di minaccia, una domanda intimidatoria che si concentra sull'emotività del soggetto³, o domande che siano accattivanti o suadenti. Le domande nocive tendono, quindi, a manipolare il ricordo del teste, anche attraverso una capacità di insinuazione nella certezza, nella memoria e nell'attendibilità del teste. Analoghe sono le domande fuorvianti che contengono delle informazioni completamente errate. Considerati gli effetti delle domande nocive, sarebbe utile delimitare concretamente la disciplina, ma appare complesso stilare un elenco completo delle domande oggettivamente nocive, soprattutto dato che la nocività è soggettiva, diversa a seconda non solo del destinatario della domanda⁴, ma anche del contenuto, del modo in cui è formulata e dal contesto nel quale viene proposta⁵.

Parte della dottrina si è chiesta se il divieto di domande nocive per la sincerità nella risposta non fosse già rientrante nell'art. 499 comma 6 c.p.p. per cui il presidente ha il potere di intervenire per assicurare la genuinità delle risposte.

³ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., 120.

⁴ TRIBISONNA, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 12, 1480 ss.

⁵ PUSSINI, *Giudice e domande suggestive: un nodo irrisolto*, cit., 589.

In realtà, occorre distinguere la sincerità della risposta e la genuinità della stessa: la sincerità è la coincidenza tra quanto percepito, e, quindi, conosciuto e quanto dichiarato, mentre la genuinità è la coincidenza tra la volontà del teste di raccontare l'evento e il racconto stesso⁶.

Le domande suggestive, disciplinate dall'art. 499 comma 3 c.p.p., sono solo parzialmente vietate; possono essere, infatti, effettuate dalla parte che non ha citato il teste e, quindi, da colui che ha un interesse contrapposto al testimone. Tale regime dipende, dunque, dai diversi obiettivi che hanno i vari segmenti dell'esame incrociato: nell'esame e nel riesame le parti hanno una collaborazione, vogliono dimostrare la stessa versione dei fatti, al contrario, nel controesame, c'è una conflittualità tra la parte che interroga e il teste⁷. Le domande suggestive, in questo caso, infatti, sono utilizzate per valutare la credibilità del testimone e l'attendibilità della deposizione che è resa durante l'esame diretto⁸; sono domande pregiudizievoli utili per far emergere errori, lacune e menzogne sorti durante l'esame⁹.

Le domande suggestive contengono le risposte alle domande stesse o le suggeriscono, influenzando il soggetto in modo da confermare l'ipotesi presentata come veritiera o in modo da soddisfare, compiacendo, le aspettative dell'intervistatore. È appurato che il comportamento generale dei soggetti che si trovano a rispondere a domande suggestive è quello di confermare il presupposto falso in esse contenuto, piuttosto che smentirlo o metterlo in discussione, correggendo, quindi, il soggetto che ha posto la domanda. Tale comportamento deriva dalla forza logico-linguistica del presupposto oltre che dalle regole della cooperazione e sociali; è, in definitiva, meglio rispondere ad una domanda piuttosto che contestarne l'intrinseca invalidità o l'errato presupposto¹⁰.

Perché le domande suggestive siano in grado di influenzare il teste devono possedere tre requisiti: l'evento che si sta suggerendo deve essere plausibile, qualcosa che il testimone reputa accaduto realmente; il soggetto deve, poi, essere in grado di ricostruire un'immagine, occorre partire, quindi, da conoscenze che il soggetto stesso possiede già; infine, deve esserci un errore da parte del teste relativo alla fonte che ha ricostruito l'informazione che viene

⁶ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit., 120 ss.

⁷ KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 12, 1553.

⁸ TRIBISONNA, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minore*, cit., 1481 ss.

⁹ PUSSINI, *Giudice e domande suggestive: un nodo irrisolto*, cit., 590.

¹⁰ GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, in *Sist. pen.*, 2020, 5.

suggerita, cioè deve essere convinto che non sia lui ad averla creata¹¹.

Anche le domande “trabocchetto” vengono considerate parte della categoria delle suggestive e sono sottoposte, perciò, alla stessa disciplina, pur diversificandosi per il fatto che contengono, intenzionalmente, un presupposto non vero; sono utili quando occorre verificare quali sono le reali conoscenze del teste¹².

È necessario, poi, inserire le domande suggestive nel contesto più ampio della testimonianza in tribunale: dal momento in cui il teste percepisce i fatti, e, quindi, dal giorno dell’evento, al momento in cui è chiamato a riferire intercorre un lasso di tempo piuttosto lungo che è in grado di falsare e compromettere la capacità di ricordo del teste, nonché quella di riferire correttamente i fatti. Diversi sono i fattori che possono influenzare la memoria, a prescindere dalle domande che vengono poste. Basti pensare al fenomeno del *weapon focus*, ossia l’automatica concentrazione del soggetto che percepisce l’evento su un elemento particolare e saliente della scena, tale da oscurare tutti gli altri elementi, egualmente rilevanti, ma che vengono offuscati¹³. In un contesto quale quello del tribunale si verifica, poi, il fenomeno del *referent-power* per il quale il soggetto tende a modificare i propri ricordi, cercando di omologarli alle idee o alla coscienza della maggioranza o, ancora, soprattutto in questo caso, a ciò che è ritenuto veritiero o corretto dai soggetti che sono ritenuti competenti. In tal caso, una domanda suggestiva potrebbe amplificare tale fenomeno, tanto da produrre risposte non aderenti a ciò che il teste ha percepito¹⁴. Oltre a suggerire o indirizzare la risposta del teste, dunque, sono in grado di incidere sulla rielaborazione del vissuto e del ricordo. Coloro che forniscono le risposte, non solo sono condizionati dal suggerimento, ma danno luogo ad una rielaborazione fantastica dell’evento, aggiungendo particolari non completamente veritieri o inesistenti, tali da conferire maggiore credibilità al racconto.

Particolare attenzione alla proposizione di questa tipologia di domande deve essere fatta quando ci si trova di fronte un minore, persona offesa, come nel caso in commento, o soggetto vulnerabile, ancor più influenzabili di un testimone maggiorenne e con sviluppo tipico. Lo scopo di una corretta acquisizione della testimonianza, soprattutto se si tratta di soggetti vulnerabili, è di

¹¹ MONTEMURRO, *La rievocazione del ricordo nella testimonianza. Rassegna di studi*, in *Psicologia e giustizia*, 2011, 2, 7.

¹² ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale*, cit., 119.

¹³ MONTEMURRO, *La rievocazione del ricordo nella testimonianza. Rassegna di studi*, cit., 2.

¹⁴ MOFFETTI, *La testimonianza fragile nel processo penale: verso la policromatica valutazione delle dichiarazioni del minore*, in *Giust. pen.*, 2013, III, 5, 308.

ridurre al minimo il numero di volte in cui il teste viene sentito, non solo per tutelare al massimo l'integrità psicologica e limitare l'effetto traumatico, ma anche per garantire il contenuto della testimonianza; ottenere il miglior risultato, sia per quantità sia per qualità e accuratezza del ricordo, ridurre le possibili contaminazioni, salvaguardando, così, anche i diritti dell'imputato o indagato.

È possibile e necessario, dunque, riconoscere le domande suggestive e limitarle, sia nel caso di esame diretto, come prevede il codice, sia nei confronti dei più deboli. Certamente sono rilevanti le caratteristiche morfologiche, sintattiche e semantiche, delle domande proposte al teste. Diversi sono gli esempi prospettabili soffermandosi sull'utilizzo di verbi, avverbi, aggettivi e sulla sintassi della frase, si può comprendere la suggestività della domanda.

Iniziando con i verbi, avvalendosi dei verbi di cambiamento, la domanda suggestiva potrebbe essere: "smetterà di maltrattare sua moglie?". In tal caso l'intervistatore sta dando per scontato che la teste venga maltrattata e che venga maltrattata da diverso tempo, dato il senso di continuità proprio della frase, inoltre, sia che la dichiarante risponda in maniera affermativa sia che la dichiarante risponda in maniera negativa, comunque affermerebbe di essere maltrattata e confermerebbe la domanda del suo interlocutore. Per ciò che concerne gli avverbi, considerando i comparativi, la domanda potrebbe configurarsi come: "lei sentì lo sparo come la cameriera?". Qui, l'intervistatore suggerisce alla teste che qualcuno, oltre lei, ha udito lo sparo e che lo abbia dichiarato all'intervistatore stesso. Per ciò che concerne gli aggettivi, utilizzando quelli indefiniti, la domanda potrebbe essere: "durante il litigio sono emersi tutti i racconti?"; tale domanda è suggestiva perché suggerisce alla teste parte del contenuto del litigio, in questo caso di molti racconti, anche ulteriori rispetto a quello raccontato dalla teste. Per quanto riguarda, invece, la sintassi, a seconda del tipo di domanda - per esempio determinativa e disgiuntiva parziale - è possibile valutare un diverso grado di implicazione, a partire da quello molto basso della determinativa, nella quale spesso vi è una vera e propria richiesta di informazioni, fino alla disgiuntiva parziale dove all'interno della domanda si induce ad una risposta specifica, data la capacità di esclusione di tutte le altre ipotesi e, quindi, un vero e proprio inquinamento del ricordo. Per fare due esempi, a differenza tra le due tipologie è questa: com'era vestito l'imputato? Oppure, la cravatta dell'imputato era verde o blu?¹⁵

¹⁵ GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, cit., 6 ss.

A maggior ragione, quando si tratta di soggetti vulnerabili, altre ancora devono essere le accortezze da prendere. Solitamente i periti e gli esperti, durante le interviste per l'acquisizione delle informazioni in sede di indagini preliminari utilizzano uno schema preciso, definito ad "imbuto". L'intervista semi-strutturata ha lo scopo di approfondire il fatto oggetto dell'indagine, ossia acquisire informazioni relative ad una situazione vissuta, subita in prima persona o di cui si ha avuto una percezione sensoriale diretta, una situazione cui si è assistito o qualcosa che si è udito. Le informazioni che si vogliono raccogliere dal teste devono essere acquisite evitando che possano esserci contaminazioni o influenze, limitando le suggestioni, provenienti sia dall'intervistatore sia dal mondo esterno, cercando di ricostruire l'evento nel modo più completo e accurato possibile¹⁶. Ovviamente, non tutte le regole previste dall'intervista sono attuabili dal giudice che procede all'esame, come nella sentenza oggetto del commento, ma alcune di queste, le più generali, tra le quali la stessa modalità di procedere a "imbuto" possono essere applicate. Si pensi, ad esempio, alla prima conversazione che il giudice può affrontare con il minore, certamente può chiedergli come si sente, se sa qual è il motivo per cui si trova lì e se sa quanto è importante che dica esclusivamente ciò che realmente ricorda. Dopo aver stabilito un primo e rapido contatto empatico con il minore il giudice può procedere lasciando spazio alla narrazione libera del teste, così da favorire un racconto continuo e avulso da condizionamenti. È necessario evitare di interrompere il discorso e devono essere rispettati i silenzi di cui il teste necessita; per questo gli unici interventi possibili dell'intervistatore sono quelli volti ad incoraggiare e sostenere il dichiarante. A seguire, potrebbe decidere di continuare con una narrazione guidata, attraverso la formulazione di domande riguardanti aspetti specifici del fatto, facendo riferimento ad elementi contenuti nelle risposte precedentemente date. Anche qui, inizialmente le domande devono essere generali, aperte e pian piano sempre più specifiche, evitando quelle suggestive. Solo da ultimo potrà procedere con domande chiuse, volte a ricevere conferma rispetto a quanto detto fino a quel momento. La fase di chiusura dell'intervista è importante, tanto quanto quella di apertura - soprattutto vista la situazione emotiva del teste - e occorre ringraziarlo e sostenerlo¹⁷.

Per tali motivi, è necessario utilizzare costruzioni grammaticali semplici, limitando le frasi complesse, con tempi verbali difficili o costrutti formulati con

¹⁶ MAZZONI, *Psicologia della testimonianza*, Roma, 2019, 117 ss.

¹⁷ CAMERINI, CUZZOCREA, ROMA, *La raccolta della testimonianza. Metodi e tecniche di intervista*, in *Manuale psico-forense dell'età evolutiva* a cura di Camerini, Di Cori, Sabatello, Milano, 2018, 625 ss.

verbi attivi e non con voci passive, frasi ipotetiche o doppie negazioni. Ancora, appare funzionale evitare termini complessi o giuridici; escludere i pronomi personali ed utilizzare, invece, i nomi propri delle persone cui ci si riferisce; cercare di utilizzare termini stabili e non relativi e, infine, porre domande brevi o di media lunghezza¹⁸.

C'è da considerare che i minori tendono ad essere più suggestionati quando percepiscono che l'interlocutore conosce i fatti nella loro completezza o, comunque, in maniera più dettagliata rispetto a ciò che è stato da loro riferito, perché temono il giudizio e la delusione dell'intervistatore. Per questo, è necessario spiegare al minore che non esistono risposte giuste o sbagliate, ma solo risposte ritenute adeguate e coerenti; ripetere una domanda durante l'intervista non implica l'aver fornito una prima risposta errata e non richiede di fornire una nuova e diversa risposta corretta.

Anche per tali motivi è necessario escludere completamente le domande dette a coda, quelle che terminano con "vero?", che sono sia chiuse sia suggestive; analogamente occorre evitare domande che, a fronte del pregiudizio dell'intervistatore, contengano una stereotipizzazione, tale da richiedere esclusivamente una conferma della propria idea; infine, da limitare sono le domande a scelta multipla, perché, pur se non in grado di suggestionare o indurre risposte, restringono la libertà di risposta del teste alle sole alternative proposte.

Rispetto alla dichiarazione fornita dal minore bisogna tendere a diversificare l'ipotesi costruita in partenza, evitando di portare avanti un pregiudizio, così da non cercare prove né per validare né per invalidare la stessa.

Particolare attenzione, infine, è da fornire ai bambini in età prescolare che spesso sono ascoltati quali persone offese in casi di abusi sessuali; infatti, questi ultimi possiedono una "memoria creativa" tale per cui le domande suggestive sono latamente capaci di manipolare i ricordi e, quindi, di creare *ex novo* falsi ricordi, così da compromettere l'intera conoscenza del fatto¹⁹.

Nel caso in oggetto l'atteggiamento e le domande poste dal giudice non sono affatto rispondenti ai canoni suddetti. Le domande, infatti, non sono state formulate adeguatamente, ma sono da considerare suggestive, tali da inficiare la credibilità del teste²⁰. I quesiti, dall'organo giudicante ritenuti utili per la co-

¹⁸ LIBERATORE, LOMBARDI, *La valutazione degli aspetti contestuali e motivazionali legati alla testimonianza: metodi e strumenti*, cit., 711 ss.

¹⁹ GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 3, 1023.

²⁰ GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in www.sistemapenale.it.

gnizione della vicenda, non dovrebbero essere avulsi da un controllo sulla loro liceità. Certamente, opporsi ad una domanda del presidente del Tribunale è particolarmente difficile, potendo il giudice superare l'obiezione e ammettere la propria domanda, anche in ragione della propria posizione terza e non parziale²¹. È evidente, quindi, che il mancato rispetto delle norme previste dal codice di rito, volte ad assicurare la sincerità e genuinità delle risposte del testimone, rende la prova poco attendibile perché poco genuina, data la modalità con la quale è stata assunta.

Un esempio, tra le diverse domande o asserzioni suggestive poste dal consigliere è: «Lei ricorda che aveva denunciato che ad un certo punto questa persona, un giorno eravate in macchina così, aveva preso la sua mano e se l'era messa sulle sue parti intime». La domanda è certamente suggestiva; suggerisce non solo l'evento oggetto dell'esame, ma anche il contesto fisico in cui si l'interlocutore voleva sentirsi dare, ormai esplicitata nella domanda, proponendo il fatto come avvenuto e accertato.

Come si evince, la tipologia di domande poste dal giudice ha l'effetto di fuorviare la testimone: non solo il giudice dà per scontato l'avveramento dell'evento, implicitamente considerando già colpevole l'imputato, ma lo contestualizza, fornisce dettagli e "imbecca" il ricordo della dichiarante. Tutto ciò poco si avvicina sia alla tutela della presunta vittima, che vorrebbe un esame si condotto dal giudice, ma con modalità valide e neutrali, sia alla tutela dell'imputato che si trova in una posizione di inferiorità processuale, ascoltando le dichiarazioni della giovane, individuate come prova decisiva e determinante per la sentenza assolutoria, almeno in primo grado, e accusatoria, in secondo grado.

Occorre, inoltre, considerare che, anche quando si tratta di minori, l'esame incrociato rimane il metodo che meglio riesce a condurre alla "verità", proprio perché diverse voci pongono questioni e acquisiscono informazioni relative allo stesso fatto. Lasciare, dunque, che il minore venga esaminato da una sola persona, il giudice, vuol dire ottenere una testimonianza tramite un mero interrogatorio che pone in conflitto ciò che il soggetto ricorda e ciò che l'intervistatore vorrebbe sentirsi dire. Il teste altamente suggestionabile, in questo contesto, si troverebbe di fronte al medesimo tono di voce, allo stesso modo di porre la domanda e, spesso, non è tanto la domanda in sé, quanto la modalità in cui viene posta a creare la suggestione²². La presenza di più inter-

²¹ GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, cit., 16.

²² MURRO, *Le modalità di assunzione della testimonianza del minore: insidie e difficoltà*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 5, 587.

locutori potrebbe evitare tale tipo di condizionamento, senza contare che le conoscenze del singolo individuo emergerebbero meglio attraverso l'esame delle parti che hanno interessi contrapposti. È anche vero, però, che in tal modo, non è semplice, soprattutto per i soggetti vulnerabili, garantirne la serenità, dati anche i ritmi incalzati che caratterizzano la *cross-examination*²³.

4. Il giudice può porre domande suggestive? Come precedentemente affermato, nel codice è fatto divieto, per la parte che dà luogo all'esame, di formulare domande che possono suggerire le risposte o fornire volontariamente informazioni in grado di far rispondere il teste come desiderato dal richiedente. Vi è, invece, un divieto assoluto per le domande nocive, manipolative del ricordo del teste, soprattutto perché contenenti informazioni sbagliate o falsi presupposti, dai quali può emergere una diminuzione della genuinità della prova.

Tale divieto, inizialmente considerato tale esclusivamente che il soggetto che avrebbe condotto l'esame, deve, quindi, finalmente, grazie alla sentenza in esame, applicarsi anche al giudice, non solo quando si trova di fronte ad un teste minorenni, e, dunque, quando procede personalmente all'esame, ma anche quando, normalmente, in udienza, gli si riconosce una funzione di garanzia all'interno del processo, cioè anche quando il teste è maggiorenne. L'organo giudicante deve riuscire ad assicurare la genuinità delle risposte, a maggior ragione nei casi in cui siano coinvolti soggetti particolarmente vulnerabili, nei quali, proprio in ragione della loro fragilità, si manifesta una maggiore tendenza alla suggestionabilità²⁴.

La regola stabilita dall'articolo 498 c.p.p. che prevede l'escussione dei testimoni ad opera delle parti, può subire delle eccezioni, oltre a quella peculiare per i minori, maggiorenni infermi di mente e soggetti vulnerabili, previste sia nell'art. 507 c.p.p. nei casi di teste ammesso d'ufficio, per cui l'esame viene svolto direttamente dall'organo giudicante, per verificare che si tratti di una prova a carico o di una prova a discarico, sia nell'art. 506 comma secondo del codice di rito che prevede espressamente la possibilità per il giudice di rivolgere domande ai testimoni a conclusione dell'esame e del controesame, svolti dalle parti. Ovviamente, tale intervento è da considerarsi straordinario, volto solo ad esaurire compiutamente questioni che, per l'organo giudicante, non erano state completamente ed esaustivamente trattate nell'escussione delle

²³ TRIBISONNA, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minorenni*, cit., 1475.

²⁴ CECI, BRUCK, *The suggestibility of the child witness*, in *Psychological Bulletin*, 1993, 113, 403 ss.

parti²⁵.

Occorre capire, quindi, negli anni come dottrina e giurisprudenza abbiano affrontato il tema.

Fino ad ora, la giurisprudenza si è assestata nel senso di lasciare al giudice la possibilità di porre domande suggestive. In una sentenza del 2008 della Cassazione²⁶ si legge che: «nel corso dell'esame testimoniale, il divieto di porre domande suggestive non opera con riguardo al giudice, il quale può rivolgere al testimone qualsiasi domanda, con esclusione di quelle nocive, ritenuta utile a fornire un contributo per l'accertamento della verità». Questo orientamento, probabilmente, derivava dalla errata *ratio* che la Corte forniva al divieto di domande suggestive delineato dall'art. 499 comma 3 c.p.p. Essa appare legata esclusivamente al rapporto e al comune interesse che la parte esaminatrice ha con il teste da lei chiamato a rendere dichiarazioni²⁷. Anche la dottrina che aderisce a questa opinione ritiene che il giudice abbia la possibilità di proporre tali domande "smascherando" il testimone inaffidabile, per giungere alla verità processuale; con ogni mezzo, dunque, l'organo giudicante è chiamato ad accertare la verità e verificare la genuinità e sincerità delle risposte. Come avviene anche negli ordinamenti di *common law*, dove il divieto non vale per il giudice, anche qui, l'assenza di una menzione specifica dell'organo giudicante nell'art. 499 comma 3 c.p.p. indica la mancanza di un divieto di carattere generale²⁸.

C'è da dire che legare il divieto di domande suggestive al comune interesse tra intervistatore e teste sembra riduttivo. Infatti, avendo le parti un interesse comune e un precedente accordo, è difficile che debbano ricorrere a domande suggestive per poter costruire l'esame; al contrario, invece, come anche il legislatore nel codice ha previsto, tali domande sono utili per porre dubbi e scardinare la credibilità e il racconto del teste nel controesame²⁹.

²⁵ ZAVAGLIA, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, 8.

²⁶ Cass., Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068. Nello stesso senso Cass., Sez. III, 28 ottobre 2009, n. 9157, in cui si legge che «il divieto di porre al testimone domande suggestive non opera né per il giudice né per l'ausiliario di cui il giudice si avvalga nella conduzione dell'esame testimoniale del minore». Inoltre, l'eventuale vizio nell'acquisizione delle dichiarazioni del minore non integra una inutilizzabilità, ma forma oggetto di gravame relativamente al profilo dell'attendibilità e delle modalità dell'assunzione della prova.

²⁷ Cass., Sez. III, 12 dicembre 2007, n. 4721.

²⁸ PUSSINI, *Giudice e domande suggestive: un nodo irrisolto*, cit., 591 ss.

²⁹ Cass., Sez. III, 4 marzo 2010, n. 16854 che afferma: «il divieto di domande suggestive viene posto dalla legge esclusivamente con riferimento all'esame condotto dalla parte processuale che ha introdotto il testimone, ma non opera in sede di controesame e, tanto meno, opera nei casi in cui sia il giudice a condurre direttamente l'esame del minore».

La giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Corte di cassazione del 2012³⁰, ha ribaltato l'indirizzo precedentemente seguito, pur tenendo conto della sentenza della stessa Corte del 2011³¹, ed ha affermato che «il giudice che procede all'esame diretto del testimone minorenni non può formulare domande suggestive». In realtà, nella sentenza in questione, la Corte è andata oltre ritenendo impossibili le domande suggestive nell'intero esame, quindi, anche nel controesame. Certamente, tali domande sono indispensabili per l'accertamento della verità da colui che ha interesse a ribaltare la costruzione dei fatti fino a quel momento presentati; si è paventata, dunque, una corrispondenza tra domande suggestive e nocive che richiama a questioni dottrinali subito successive al progetto preliminare del codice³².

La dottrina che segue tale impostazione afferma che sarebbe illogico permettere al giudice domande suggestive data la propria posizione terza ed imparziale, oltre che garante della genuinità delle risposte della pertinenza delle domande e della genuinità delle risposte, come affermato dal comma 6 dell'art. 499 c.p.p. Secondo alcuni ciò varrebbe, a maggior ragione, nelle ipotesi *ex art.* 506 c.p.p. in cui l'organo giudicante si "intromette" nel diritto alla prova, esclusivo delle parti, non potendo in alcun modo considerarsi un controesaminatore, data l'assenza di un interesse contrapposto alla parte che ha citato il teste, ma, nei casi di testimone maggiorenne, in cui i problemi di suggestionabilità sono più limitati, non si pone il problema relativo all'art. 499 comma 3 c.p.p.; dunque, in questi casi la credibilità del teste può essere indagata anche attraverso domande suggestive del giudice. È da considerare che, in ogni caso, il giudice, non conoscendo le precedenti dichiarazioni rilasciate dal teste, non potrebbe, comunque, neanche volendo, rilevare autonomamente delle contraddizioni³³.

Il giudice, data la propria terzietà rispetto alla vicenda e alle parti, non può assumere una posizione di ostilità con alcun teste, ancor di più se minorenni o vulnerabile, tanto da poter derogare al divieto di domande suggestive³⁴. L'utilizzo delle domande suggestive da parte dell'organo giudicante intacche-

³⁰ Cass., Sez. III, 24 febbraio 2012, n. 7373.

³¹ Cassazione, Sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712 che afferma: «il giudice che procede all'esame diretto del testimone minorenni non può formulare domande suggestive».

³² TRIBISONNA, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minorenni*, cit., 1478 ss. In senso contrario Cass., Sez. III, 15 aprile 2015, n. 21627, afferma che «il divieto di porre domande suggestive nell'esame testimoniale non opera con riguardo al giudice che può rivolgere tutte le domande utili per la ricostruzione del fatto, ad esclusione delle domande nocive».

³³ RANDAZZO, *Il divieto di domande suggestive vale anche per il giudice*, in *Giust. pen.*, 2012, III, 11, 327.

³⁴ GULOTTA, *Divieto di domande suggestive anche per il giudice*, cit., 2.

rebbe, quindi, in maniera esplicita la propria posizione di equidistanza dalle parti. La finalità dell'esame del giudice è quella di far completare al teste il proprio racconto, a seguito delle fasi precedenti, in tutte quelle parti, circostanze o argomenti che non sono stati, a parere del giudice stesso, esaurientemente trattati, con lo scopo di saggiare la credibilità del dichiarante. Oltretutto, la suggestività delle domande è incrementata dalla posizione assunta dall'organo giudicante: il ruolo istituzionale che è da questi assunto, crea un maggior condizionamento, dato il soggetto cui ci si trova di fronte, che si aspetta la risposta, implicita nella domanda suggestiva³⁵.

A dispetto delle difficoltà sorte in dottrina e in giurisprudenza circa la possibilità del giudice di porre domande suggestive, non discussa è stata la sanzione da attribuire nel caso di violazione del divieto.

La violazione delle regole relative all'assunzione delle prove non determina, per la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, né inutilizzabilità né nullità dell'atto; potrà, eventualmente, essere motivo di gravame sotto il profilo dell'attendibilità della prova. Emerge, quindi, una lettura restrittiva dell'art. 191 c.p.p. per cui il divieto tale da provocare l'inutilizzabilità della prova deve essere espresso in una norma processuale. In questi casi, la prova è raccolta semplicemente attraverso una modalità diversa rispetto a quella prescritta dal codice e non in violazione di un divieto posto da legge³⁶. Dunque, il giudice ha il compito di verificare, in modo scrupoloso, l'attendibilità delle dichiarazioni del teste, ogni qual volta sorga il dubbio di una suggestione durante l'escussione. Certamente gli effetti di una suggestione sono presenti, a prescindere dal soggetto che la attui, tanto che il condizionamento, in grado di provenire anche dal giudice, falsificherebbe la testimonianza stessa, non facendo alcuna differenza con un'influenza proveniente da una delle parti.

Solo una sentenza della Corte di cassazione³⁷, quale giurisprudenza minoritaria, ha interpretato estensivamente l'art. 191 c.p.p., considerando i commi 2 e 3 dell'art. 499 c.p.p. come espliciti divieti, tali da rendere inutilizzabili le risposte a seguito delle suddette domande. Se così fosse, però, occorrerebbe chiedersi se l'inutilizzabilità rimanga circoscritta alla risposta conseguente la domanda o se debba estendersi a tutta la testimonianza. Certamente sarebbe complesso sia individuare la domanda in sé per sé suggestiva sia valutarla al

³⁵ BOSCO, CARACENI, *Dibattimento penale e poteri del giudice sulla prova*, in *Giust. pen.*, 2017, III, 6, 376 ss.

³⁶ TRIBISONNA, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minorente*, cit., 1482.

³⁷ Cass., Sez. I, 21 gennaio 1992, Daniele, in *Cass. pen.*, 1993, 7, 1798.

punto da applicare la sanzione relativa, sarebbe un'attività completamente discrezionale del giudice. L'assenza del rispetto delle modalità, qualora fosse previsto a pena di inutilizzabilità, renderebbe impossibile al giudice porre a base della propria decisione la testimonianza stessa, dato che sarebbe una prova illegittimamente acquisita e, inoltre, ci si troverebbe di fronte alla possibilità di ricorrere in Cassazione³⁸.

La sanzione processuale è da rinvenire nei termini della affidabilità o inaffidabilità del risultato probatorio, così da riuscire a soppesare la conseguenza sanzionatoria, adeguandola alle diverse modalità con cui si è portato avanti l'esame, al tipo di domanda e ai diversi casi³⁹.

5. Conclusioni. La sentenza in commento ha bilanciato diversi valori processuali e fissato un principio di diritto che supera la massima di una pronuncia precedente che stabiliva il divieto per il giudice di porre di domande suggestive nei confronti del teste minorenni. In questo caso la Corte ha ampliato l'operatività di tale regola di esclusione, garante della "legalità del metodo probatorio", a prescindere dalla fonte, dal contesto o dal momento processuale in cui viene applicata⁴⁰.

La questione che emerge, quindi, è la necessità di escludere che le domande poste al teste, sia questo minorenni, persona offesa o soggetto vulnerabile, analogamente al maggiorenne, possano inficiare, suggestionando, il teste e la memoria mnemonica. Il divieto di domande suggestive esteso al giudice, non solo nei casi previsti dall'art. 498 comma 4 c.p.p., ma anche nei casi previsti dall'art. 506 comma 2 c.p.p., fa coesistere le esigenze di tutela sia del teste sia dell'imputato; l'esame condotto attraverso domande suggestive non garantisce l'emersione di una verità, seppur processuale, tendente alla corretta ricostruzione dell'evento, minando l'efficacia del sistema giustizia, oltre a ledere la serenità del testimone che tenta di ricordare ciò che percepisce corretto per l'intervistatore.

Il giudice, quale garante dell'esame non può certo essere escluso dalla lista di soggetti cui si rivolge il divieto, pur se non espressamente nominato nell'art. 499 c.p.p.

³⁸ TRIBISONNA, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minorenni*, cit., 1483.

³⁹ ZAVAGLIA, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, cit., 11.

⁴⁰ GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in www.sistemapenale.it, pubblicato 1 giugno 2020.

ARCHIVIO PENALE 2020, n. 3

GIULIA FIORUCCI