

LUISS



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Processuale Penale

**VULNERABILITÀ E TESTIMONIANZA
NEL PROCESSO PENALE: IL TESTIMONE
TRANSGENDER
IN QUANTO SOGGETTO VULNERABILE.**

Chiar.mo

Prof. Alberto Macchia

Relatore

Chiar.ma

Prof.ssa Paola Balducci

Correlatore

Cristiana Bellanti

Matricola 177853

Candidata

A mia mamma Giorgia, per avermi donato la *libertà*,
A mio papà Ferdinando, per avermi *accompagnata*,
A te Mimi: per tutte le giornate che non ho *saputo dedicarti*.
Questa laurea è *soltanto vostra*,
che possa *riconsegnarvi*, in minima parte,
tutto ciò che mi avete *donato*.

Quant'è bella giovinezza
che si fugge tuttavia!
Chi vuole esser lieto, sia,
di doman non c'è certezza.

Lorenzo de' Medici, *Canzona di Bacco*.

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO 1	9
LA TESTIMONIANZA NEL PROCESSO PENALE	9
<i>1.1. La testimonianza e le fonti di prova</i>	9
1.1.1 La testimonianza come mezzo di prova	9
1.1.2. Il libero convincimento del giudice e limiti	21
<i>1.2. La fallibilità della prova testimoniale.....</i>	28
1.2.1. Origini storico-culturali della diffidenza verso la testimonianza.....	28
1.2.2 Le dinamiche percettive e mnemoniche della testimonianza: implicazioni psicologiche sulla testimonianza.....	32
1.2.3. I fattori esterni di distorsione della dichiarazione: rievocazione ed espressione in aula	42
<i>1.3. L'esame testimoniale: struttura.....</i>	46
1.3.1. L'esame incrociato.....	46
1.3.2. L'incidenza delle modalità di esame sull'attendibilità della testimonianza	52
1.3.3. La giurisprudenza di legittimità sull'esame e controesame: il diritto vivente	57
1.3.4. Il dovere di lealtà ed il rispetto della persona nel corso dell'esame	67
1.3.5. Considerazioni conclusive	67
CAPITOLO 2	69
IDENTITÀ DI GENERE NEL PROCESSO PENALE: PROFILI GIURIDICI E SOCIOLOGICI	69
<i>2.1. Le persone transgender e la loro posizione nel processo penale: profili sociologici e giuridici</i>	69
2.1.1 Definizioni e terminologia: non binary, transgender, transessuale.....	69
2.1.2. Il riconoscimento dell'identità di genere nel sistema giuridico italiano: assetto normativo	78
<i>2.2. Le problematiche sottese alla normativa e il diritto vivente</i>	84
2.2.1. La legge n. 164/1982 e le sue criticità	84
2.2.2 Il diritto vivente: la svolta delle sentenze Cass. n. 15138/2015 e Corte Costituzionale n. 221/2015	88
CAPITOLO 3	114
IL TESTIMONE VULNERABILE NEL SISTEMA PROCESSUALE ITALIANO	114
<i>3.1. La nozione di vulnerabilità nella testimonianza.....</i>	114
3.1.1. Brevi cenni normativi: la vittima quale soggetto vulnerabile nell'ordinamento sovranazionale e interno	114
3.1.2. La vittima vulnerabile	126

3.1.3. <i>La vittima nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: la decisione J.L. c. Italia</i>	145
3.2. <i>Le altre categorie di testimoni vulnerabili e gli strumenti di tutela nel processo penale</i>	153
3.2.1. I minorenni	154
3.2.3. I collaboratori e i testimoni di giustizia	165
3.2.4. Il transgender	174
CAPITOLO 4	184
LA TUTELA DEL TRANSGENDER. CENNI COMPARATIVI.	184
4. <i>Riconoscimento dell'identità di genere e il procedimento di rettificazione di sesso</i>	184
4.1. Il caso spagnolo	184
4.2. Il caso tedesco	189
4.3. Il caso maltese	194
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	199
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	202
APPENDICE 1- L. 2 DICEMBRE 2025, N. 181.	219

INTRODUZIONE

Il processo penale può essere descritto come una macchina retrospettiva, un meccanismo complesso che, attraverso l'articolato sistema di regole sulla formazione e valutazione della prova, mira a ricostruire il fatto storico di reato—il *lost fact*.

In questo contesto, assume rilevanza fondamentale la prova testimoniale: attraverso il prezioso racconto dei testimoni, infatti, si tenta di ricostruire il fatto storico di reato. Da un lato, la testimonianza assurge a strumento fondamentale ai fini dell'accertamento dei fatti, dall'altro emergono con chiarezza i limiti di questo mezzo di prova: il racconto dei testimoni è infatti influenzato fortemente da dinamiche psico-cognitive relative alla percezione, alla memoria, alla rielaborazione e alla rievocazione del fatto, tutti elementi che condizionano fortemente la ricostruzione della realtà, che risente della fragilità insita nel soggetto che lo rende.

Invero, giurisprudenza e dottrina hanno progressivamente preso atto del fatto che non tutti i testimoni possono essere collocati sullo stesso piano, in quanto esistono categorie di testimoni che, per caratteristiche personali, per il tipo di reato o per il contesto all'interno del quale si sviluppa il procedimento, sono da considerarsi *particolarmente vulnerabili* in quanto esposti in misura maggiore al rischio di intimidazione, condizionamento o vittimizzazione secondaria.

Da qui, muove la ricostruzione della categoria del testimone vulnerabile e la previsione di strumenti procedurali di tutela.

La qui presente dissertazione prende le mosse dalla volontà di voler esplorare, l'ancora poco affrontato, tema del testimone vulnerabile, proponendosi di indagare la figura della persona *transgender* e di delineare la normativa italiana a tutela di questa categoria di persone.

L'intera ricerca si fonda sull'ipotesi che il soggetto *transgender*, specie quando rivesta il ruolo di persona offesa o di testimone in procedimenti connotati da violenza di genere, d'odio o discriminatoria, rappresenti un paradigma di vulnerabilità complessa: una vulnerabilità che non dipende soltanto dalle condizioni soggettive o connesse al tipo di reato, bensì dall'interazione tra concetti di identità

di genere, stigma sociale, discriminazione, carenze di riconoscimento giuridico e prassi non sempre rispettose della sua identità.

La scelta di concentrare l'analisi su questa figura muove da una duplice constatazione. Da un lato, i dati a nostra disposizione mostrano come le persone *transgender* siano esposte, in misura drasticamente superiore rispetto alla popolazione *cisgender*, a fenomeni di violenza fisica, sessuale e psicologica, oltre che a crimini d'odio fondati sull'identità di genere e causati dal frequente fenomeno dell'omotransfobia.

Dall'altro, la disciplina del testimone vulnerabile non dedica ancora un'attenzione sufficiente a questo fenomeno, non concentrandosi sulle implicazioni che l'identità di genere può avere sulle modalità di assunzione e valutazione della prova dichiarativa, né sulle forme di tutela in caso di detenzione.

Il presente lavoro si pone quindi l'obiettivo di ricostruire il quadro normativo e giurisprudenziale relativo alla testimonianza e al ruolo assunto dal testimone vulnerabile nel processo penale italiano, verificando in quale misura il sistema sia idoneo a includere e proteggere la persona *transgender*, cercando di fornire spunti circa una possibile evoluzione della normativa, anche proponendo interessanti cenni comparatistici.

La tesi si articola in quattro capitoli.

In *primis*, viene esplorato il tema della testimonianza nel processo penale, prestando particolare attenzione alla struttura dell'esame incrociato e ai limiti che possono incidere sull'attendibilità della prova dichiarativa.

Successivamente, il lavoro si focalizza sul tema dell'identità di genere, ricostruendo l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della legge italiana sulla rettificazione di sesso, con l'obiettivo di metterne in luce gli elementi di modernità e i limiti.

Il terzo capitolo è invece dedicato alla figura del testimone vulnerabile, con un particolare focus sostanziale e, segnatamente, giurisprudenziale sulle categorie di testimoni vulnerabili quali la vittima, i minori, i collaboratori e i testimoni di giustizia e il testimone *transgender*.

Infine, il quarto capitolo, propone un'analisi comparata del sistema spagnolo, tedesco e maltese di riconoscimento dell'identità di genere e di

rettificazione del sesso anagrafico, per comprendere quali spunti utili possano derivare dall'analisi di questi ordinamenti, anche ai fini di un ripensamento delle categorie di vulnerabilità e dei meccanismi di protezione del nostro sistema.

Chiude l'elaborato un'appendice dedicata alla l. 2 dicembre 2025, n. 181, che ha introdotto il delitto di femminicidio e un pacchetto di garanzie procedurali a tutela della persona offesa e che presenta un importante—per la prima volta—riferimento alla prevenzione della vittimizzazione secondaria: un intervento normativo che sollecita ampie riflessioni sulla protezione di categorie vulnerabili, tra cui le persone *transgender*.

CAPITOLO 1

LA TESTIMONIANZA NEL PROCESSO PENALE

1.1. La testimonianza e le fonti di prova

1.1.1 La testimonianza come mezzo di prova

Il processo penale può essere inteso come una sofisticata “macchina retrospettiva”¹ in quanto consiste in una «serie legislativamente, logicamente e cronologicamente ordinata di atti»², una “concatenazione di atti”³ posti in essere dall’autorità pubblica e diretti ad un giudizio su un’accusa formale. Questo, può essere descritto come uno “strumento finalizzato alla ricerca della verità in relazione ad un fatto del passato”⁴.

L’esperienza storica dimostra però che l’uomo non è in grado di raggiungere una verità assoluta; infatti, la verità che il processo in quanto macchina retrospettiva si propone di raggiungere è la verità processuale, cioè l’accertamento dei fatti “che è possibile effettuare in base alle regole probatorie e di giudizio che operano nel processo penale.”⁵.

Pertanto, la verità storica costituisce l’*utopia* del processo penale, rappresenta l’esito del processo ideale, perfetto: ossia quel processo in grado di restituire un risultato perfettamente fedele e coincidente con l’effettivo svolgimento dei fatti nella loro dimensione reale e contingente. È bene rammentare fin da subito che l’accertamento processuale e la verità storica sono entità ontologicamente differenti separate da un salto logico⁶.

¹ L. FADALTI, *La testimonianza nel giudizio penale*, Milano, 2008, p. 1

² O. MAZZA, *I mezzi di prova* in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Torino, 2024, p. 61

³ Ibidem.

⁴ P. TONINI, C. CONTI, G. CANZIO, *Il diritto delle prove penali nel sistema accusatorio contemporaneo*, Milano, 2025, p. 1.

Sulla complessa ed antica questione, si veda:

N. ABBAGNANO, *Verità*, in *Dizionario di filosofia*, 3^a ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino, 2001, p. 1148 ss.;

P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, pp. 164-165.

⁵ P. TONINI, C. CONTI, G. CANZIO, *op.cit.*, 2025, p. 2.

⁶ Ibidem.

“Il fatto storico non può rivivere, è un *lost fact*. Esso deve essere ricostruito nel processo attraverso le prove”⁷, quindi, anche nel caso in cui un delitto venga ripreso da una telecamera, permane comunque un passaggio tecnico che si interpone tra il dato naturale dell’evento e la sua rappresentazione processuale, “ed è proprio in un simile passaggio, inevitabile, che possono annidarsi distorsioni delle quali occorre tenere conto nel giudizio sull’attendibilità della rappresentazione.”⁸.

Risulta opportuno inoltre introdurre l’ulteriore concetto di verità convenzionale ossia quella verità che si raggiunge quando le volontà delle parti, che pur muovono da posizioni e interessi contrapposti, convergono verso un medesimo risultato⁹.

Alla luce delle considerazioni appena fatte è necessario precisare quale sia la verità effettivamente raggiungibile attraverso la “macchina retrospettiva”¹⁰ del processo: una verità che rappresenta il “*quid medium* tra la verità storica e quella convenzionale”¹¹ e che viene detta verità processuale.

La verità processuale è quindi il risultato conoscitivo che si consegue mediante l’utilizzo degli strumenti di accertamento previsti dal nostro ordinamento, una verità che è al contempo il limite estremo raggiungibile nel tentativo di avvicinarsi alla verità storica, e la soglia minima al di sotto della quale il processo verrebbe svuotato della propria funzione conoscitiva degenerando nella verità convenzionale.¹²

In questa sede non è necessario soffermarsi eccessivamente sulla distinzione tra *procedimento* e *processo penale*, trattandosi questa di una convenzione terminologica che, pur trovando spazio nel Codice di procedura penale, tende spesso a sovrapporsi e non ha riscontro altrettanto definito al di fuori di esso¹³.

Per quanto qui rileva è sufficiente rammentare che il termine *processo* viene tecnicamente impiegato per designare l’attività che si svolge a seguito dell’esercizio

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ IVI, p. 3.

¹⁰ L. FADALTI, *op. cit.*, p.1

¹¹ P. TONINI, C. CONTI, G. CANZIO, *op.cit.*, 2025, p. 5.

¹² P. TONINI, C. CONTI, G. CANZIO, *op.cit.*, 2025, p. 5.

¹³ O. MAZZA, *op.cit.* p.61, nota 1. v. ad esempio l’art. 111 co.2 Cost. laddove il termine processo è impiegato in senso lato come sinonimo dell’intero procedimento.

dell'azione penale da parte del pubblico ministero, il quale, all'esito delle indagini preliminari, formula l'imputazione secondo le modalità previste dall'art. 405 C.p.p.¹⁴.

Diversamente, il termine *procedimento* è utilizzato dal codice con riferimento anche alla fase delle indagini preliminari, che resta estranea al processo in senso proprio. Inoltre, la nozione di *procedimento* si estende altresì alla fase successiva all'accertamento definitivo della responsabilità, includendo l'esecuzione delle statuizioni contenute nella sentenza¹⁵.

Pur nella consapevolezza della distinzione tecnico-giuridica tra *processo* e *procedimento*, nel presente lavoro, a soli fini espositivi, il termine *processo* sarà impiegato in senso lato per indicare l'intero procedimento penale.

Il processo, dunque appare volto alla ricostruzione di fatti già accaduti e, pertanto, non più direttamente percepibili¹⁶ operando, come già menzionato, come una macchina volta a ricostruire l'accaduto e in cui risulta necessario, se non essenziale, raccogliere il racconto e la narrazione così da consentire al giudicante una ricostruzione mentale della realtà storica oggetto del giudizio.

Considerato che manca una conoscenza diretta dell'accaduto, l'unico strumento a disposizione per ricomporre il puzzle del passato è costituito dai mezzi di prova previsti dal Codice di procedura penale.

¹⁴ Dispositivo art 405 C.p.p.

1. [Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, e V del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio [416].

1-bis. Il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'articolo 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini.

2. Salvo quanto previsto dagli articoli 406 e 415 bis, il pubblico ministero conclude le indagini preliminari entro il termine di un anno dalla data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato. Il termine è di sei mesi, se si procede per una contravvenzione, e di un anno e sei mesi, se si procede per taluno dei delitti indicati nell'articolo 407, comma 2.

3. Se è necessaria la querela [336-340], l'istanza o la richiesta di procedimento [336, 341, 342], il termine decorre dal momento in cui queste pervengono al pubblico ministero.

4. Se è necessaria l'autorizzazione a procedere [343], il decorso del termine è sospeso dal momento della richiesta [344] a quello in cui l'autorizzazione perviene al pubblico ministero.

¹⁵ E. FORTUNA, S. DRAGONE, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI, *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007 p.5.

¹⁶ L. FADALTI, *op.cit.*, p.1.

Ne consegue che l'attività processuale ha come funzione essenziale quella di verificare e selezionare, tra le diverse ipotesi ricostruttive prospettate, quella che appare più attendibile.

Sotto questo profilo, le prove rappresentano il materiale indispensabile di cui il giudice si avvale per fondare la propria decisione.

“Ogni codice di procedura penale è essenzialmente, né potrebbe essere diversamente, una legge sulla disciplina della prova”¹⁷. Il processo penale si configura, infatti, come una concatenazione ordinata di atti finalizzati a verificare il fondamento dell'accusa, attraverso l'acquisizione e la successiva valutazione degli elementi probatori.

Il termine prova viene utilizzato per indicare diversi concetti.

La locuzione *fonte di prova* indica le persone, i luoghi e le cose da cui si può trarre un elemento di prova; il reato infatti “lascia tracce sia nella memoria delle persone che lo hanno percepito, sia nelle cose presenti nei luoghi nel quale si è verificato.”¹⁸. Pertanto le persone, le cose e i luoghi sono fonti dalle quali è possibile trarre le informazioni utili alla ricostruzione della vicenda fattuale nella sua dimensione storica.

Di contro, con l'espressione *mezzo di prova* indichiamo “lo strumento processuale che permette di acquisire un elemento di prova”¹⁹ ossia lo strumento che permette l'acquisizione al processo di un elemento necessario ai fini della decisione, ad esempio la testimonianza²⁰.

Va aggiunto che la locuzione *elemento di prova* fa riferimento all'informazione, al dato grezzo ricavato dal mezzo di prova prima ancora che venga valutato dal giudice²¹.

Infine, si suole indicare come risultato probatorio l'elemento di prova una volta sottoposto alla valutazione del giudice, il quale ne apprezza la credibilità, l'attendibilità e la coerenza con il complessivo quadro istruttorio. Attraverso tale attività valutativa, il giudice ricostruisce il fatto storico di reato, pervenendo a una

¹⁷ E. FORTUNA, S. DRAGONE, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI, *op.cit.*, p. 319.

¹⁸ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 250.

¹⁹ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 307.

²⁰ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 251.

²¹ Così come emerge dalla lettura dell'art 65 co.1 del C.p.p.

conclusione probatoria: il fatto può ritenersi accertato quando l'ipotesi formulata nell'imputazione trova riscontro nella ricostruzione operata sulla base delle prove acquisite e correttamente valutate.²²

Alla luce di ciò, la decisione del legislatore di collocare all'interno dell'intero terzo libro (artt. 187-272) del Codice di procedura penale la tematica delle prove dedicando il titolo secondo e terzo, rispettivamente, al tema dei mezzi di prova e dei mezzi di ricerca della prova non appare casuale né scontata: si tratta invece di una scelta "meditata e consapevole"²³ che segna una svolta di rilievo sistematico e riflette la filosofia di fondo del modello processuale adottato.

L'intento di concentrare in un unico contesto normativo, all'interno del Codice, la disciplina delle prove risponde ad una duplice esigenza: la centralità del tema in un processo aderente allo schema accusatorio e il ripudio verso l'impostazione frammentaria dei codici previgenti che, invece, individuavano quale vero "baricentro del processo"²⁴ la fase delle indagini piuttosto che quella dibattimentale.

L'art 187 C.p.p., che disciplina l'oggetto della prova, apre la parte prima del libro terzo del Codice, dedicata alle disposizioni generali.

Tale norma riveste un'importanza fondamentale, non solo perché chiarisce i termini sul piano concettuale, ma anche perché mira a evitare che l'attività probatoria venga indirizzata verso qualsiasi arbitrario obiettivo di ricostruzione della verità storica, secondo una logica inquisitoria estranea all'impostazione del codice.

Si omette pertanto ogni "enfatica allusione ad un irraggiungibile accertamento della verità"²⁵ e si definisce l'oggetto della prova riferendosi al tema della decisione e fissando il requisito di pertinenza come "criterio guida per lo sviluppo dell'attività probatoria, ma anche, nel contempo, per la definizione dei suoi confini"²⁶.

²² P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 251

²³ M. BARGIS, M. CERESA GASTALDO, G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Milano o padova, 2025, p. 291.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ M. BARGIS, M. CERESA GASTALDO, G. CONSO, V. GREVI, *op.cit.*, p. 298.

²⁶ *Ibidem*.

Dei sette mezzi di prova tipici previsti dal Codice di procedura penale (artt. 194-243 C.p.p.), la testimonianza assume una rilevanza nodale.

Il teste è colui che ha conoscenza dei fatti oggetto di prova e che al tempo stesso non assume né riveste una delle qualifiche alle quali il Codice riconduce l'incompatibilità a testimoniare come, ad esempio, la qualifica di imputato.

La persona delineata, che nell'ambito della testimonianza diventa la fonte della prova dichiarativa²⁷, diventa *testimone* soltanto quando, su richiesta di parte o d'ufficio, è chiamata a deporre davanti ad un giudice nel procedimento penale.

Il teste è quindi colui che è chiamato a riferire in giudizio un racconto di quanto accaduto, in quanto avendo egli assistito al verificarsi dell'evento, è in grado di offrire una rappresentazione del fatto percepito “nella realtà storica mediante le proprie attitudini sensoriali, rielaborato dai meccanismi della memoria e, infine, rievocato nell'interrogatorio o nell'esame e controesame”²⁸.

A tal proposito è bene distinguere tra testimonianza diretta e testimonianza indiretta a seconda che il teste abbia avuto conoscenza diretta o meno del fatto.

Quando ha percepito il fatto da provare “con uno dei cinque sensi”²⁹ la testimonianza è diretta.

Per contro, la testimonianza è indiretta o *de relato* (anche detta per sentito dire o *hearsay*, qualora si voglia utilizzare una terminologia di origine anglosassone³⁰) è la testimonianza che il nostro Codice descrive all'art 195 C.p.p. nel seguente modo: «il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone»³¹, cioè è il racconto che il testimone fornisce quando non ha percepito

²⁷ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p.312.

²⁸ O. DOMINIONI, *I mezzi di prova* in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Torino, 2024, p. 325.

²⁹ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 315.

³⁰ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 315-316.

³¹ Dispositivo art. 195 C.p.p. lett.

1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre.

2. Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1 [190 2].

3. L'inosservanza della disposizione del comma 1 rende inutilizzabili [191] le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità.

4. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria [57] non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni [62] con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettera a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo(1).

direttamente con uno dei cinque sensi il fatto da provare ma lo ha “appreso a seguito di una rappresentazione fattagli da altri a voce, in forma scritta, gestuale o con altro mezzo”^{32,33}

Certo è che, risultando già impegnativa e difficoltosa la valutazione del racconto del testimone diretto per le difficoltà di per sé insite nella testimonianza quali una cattiva percezione, descrizione o memorizzazione dell'accadimento, influenzata anche da aspetti psicologici che riguardano meccanismi di rielaborazione e interpretazione delle informazioni³⁴; sarà, pertanto, “ancor più difficile stabilire l'attendibilità e la credibilità di colui che ha avuto solo un'esperienza mediata dei fatti”³⁵.

Il Codice di procedura penale delinea in maniera puntuale i limiti e le cautele che devono essere osservate nell'utilizzo della testimonianza resa da un soggetto indiretto.

L'art. 195, comma 7, stabilisce che il testimone è tenuto a indicare la persona o la fonte dalla quale ha appreso le notizie concernenti i fatti oggetto dell'esame; tale fonte deve essere individuata fisicamente, pena l'inutilizzabilità³⁶ della dichiarazione resa. Nel caso in cui il testimone diretto o la fonte informativa non risultino individuati, la deposizione non può essere utilizzata.

Occorre, tuttavia, distinguere il concetto di *individuazione* da quello di *identificazione*: ai fini dell'individuazione è sufficiente che il dichiarante fornisca elementi tali da rendere riconoscibile la persona da cui ha appreso la notizia, anche solo attraverso la descrizione di un soggetto abitualmente frequentato, infatti «in

5. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in forma diversa da quella orale.

6. I testimoni non possono essere esaminati su fatti comunque appresi dalle persone indicate negli articoli 200 e 201 in relazione alle circostanze previste nei medesimi articoli, salvo che le predette persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati.

7. Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame.

³² L. FADALTI, *op.cit.*, p.147

³³ Vedi V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1967, p.294. Nello stesso senso G. GIULIANI, *Utilizzabilità e valutazione delle dichiarazioni de relato tra principio di oralità e libero convincimento del giudice*, in Riv. it. dir. e proc., 1995, pp. 688-699.

³⁴ GULLOTTA ed altri, *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, p. 309.

³⁵ L. FADALTI, *op.cit.*, p.114.

³⁶ GIARDA, Sub. art. 195-196 e 199-201, in Comm. Giarda, 5, secondo il quale “*si è adottato un criterio di inutilizzabilità delle dichiarazioni testimoniali, non un criterio di inammissibilità della testimonianza*”.

tema di testimonianza indiretta, l'inutilizzabilità prevista dall'art. 195, comma 7 non opera per il solo fatto che il testimone de relato non sia in grado di fornire elementi che permettano l'immediata ed univoca identificazione del teste diretto, purché quest'ultimo risulti quanto meno identificabile»³⁷.

La testimonianza indiretta è, in ogni caso, ammissibile qualora l'esame del testimone diretto risulti oggettivamente impossibile, per cause quali la morte, l'infermità o l'irrintracciabilità dello stesso³⁸. In tali evenienze, pur potendo la deposizione indiretta essere utilizzata, essa deve essere oggetto di una valutazione particolarmente rigorosa, da effettuarsi, ad esempio, mediante riscontri con ulteriori elementi probatori. Ciò in quanto l'impossibilità di escutere il soggetto che possiede conoscenza diretta dei fatti rende più complesso verificare l'attendibilità delle informazioni acquisite per *hearsay*.

Il Codice consente al giudice, inoltre, di disporre *ex officio* la citazione del testimone diretto, nel caso in cui nessuna delle parti ne abbia fatto richiesta (art. 195, comma 2). Tale facoltà non si traduce, tuttavia, in un obbligo, potendo il giudice, in mancanza di tale citazione, comunque valutare le dichiarazioni rese per sentito dire.

Una volta verificate le condizioni di ammissibilità previste dalla legge, il giudice può, ai fini della decisione, avvalersi tanto della deposizione indiretta

³⁷ Cass., sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 12982, in CED, n. 279259

³⁸ Art 195 C.p.p. dispositivo letterale

1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre.
2. Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1 [190 2].
3. L'inosservanza della disposizione del comma 1 rende inutilizzabili [191] le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità.
4. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria [57] non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni [62] con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettera a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo(1).
5. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in forma diversa da quella orale.
6. I testimoni non possono essere esaminati su fatti comunque appresi dalle persone indicate negli articoli 200 e 201 in relazione alle circostanze previste nei medesimi articoli, salvo che le predette persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati.
7. Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame [200 3, 234 3](2).

quanto, ove acquisita, di quella diretta. Nella concreta attività valutativa, il giudicante è chiamato a ponderare la credibilità e l'attendibilità di ciascun dichiarante, tenendo conto degli esiti dell'esame incrociato e dei riscontri emergenti dagli ulteriori elementi probatori già acquisiti. Non appare ragionevole, in tal senso, postulare una regola generale secondo cui la testimonianza diretta debba ritenersi, *ipso facto*, più attendibile di quella indiretta, pur essendo evidente che, nel caso del testimone diretto, la valutazione della credibilità risulta più agevole e immediata.

Ne deriva che il testimone è un soggetto gravato da obblighi specifici e che la testimonianza si configura come un mezzo di prova strutturato su garanzie proprie, poste a tutela sia della genuinità della dichiarazione sia della corretta formazione della prova nel contraddittorio tra le parti.

La deposizione è resa durante il dibattimento nella forma dell'esame incrociato, regolato dal Codice di procedura penale ex. articoli 498³⁹ e 499⁴⁰.

³⁹ Dispositivo dell'art. 498 Codice di procedura penale lett.

1. Le domande sono rivolte direttamente dal pubblico ministero o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone.

2. Successivamente altre domande possono essere rivolte dalle parti che non hanno chiesto l'esame, secondo l'ordine indicato nell'articolo 496(1).

3. Chi ha chiesto l'esame può proporre nuove domande(2).

4. L'esame testimoniale del minorenne è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. Nell'esame il presidente può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile. Il presidente, sentite le parti, se ritiene che l'esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste, dispone con ordinanza che la deposizione prosegua nelle forme previste dai commi precedenti. L'ordinanza può essere revocata nel corso dell'esame(3). 4-bis. Si applicano, se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le modalità di cui all'articolo 398, comma 5-bis(4).

4-ter. Quando si procede per i reati di cui agli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 octies e 612 bis del codice penale, l'esame del minore vittima del reato ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato viene effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico(5).

4-quater. Fermo quanto previsto dai precedenti commi, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità, il giudice, se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta, dispone l'adozione di modalità protette(6).

⁴⁰ Dispositivo dell'art. 499 Codice di procedura penale lett.

1. L'esame testimoniale si svolge mediante domande su fatti specifici [194](1).

2. Nel corso dell'esame sono vietate le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte(2).

3. Nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande che tendono a suggerire le risposte.

4. Il presidente cura che l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona.

5. Il testimone può essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto della memoria, documenti da lui redatti [501 2, 514 2].

6. Durante l'esame, il presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni,

In un'ottica di garanzia del contraddittorio e di protezione della persona, ci si concentrerà più avanti sulle modalità di assunzione della prova, che assumono forme differenziate soprattutto in relazione alla tutela del cosiddetto testimone vulnerabile.

La testimonianza, mezzo di prova dichiarativa per eccellenza, realizza in modo paradigmatico i principi di oralità, immediatezza e contraddittorio: ossatura del processo penale di tipo accusatorio.

In una prima accezione, il termine "oralità" può essere inteso come la modalità di comunicazione del pensiero attraverso la parola, in contrapposizione a ogni altra forma di trasmissione del pensiero mediante segni visibili, alfabetici o ideografici.

Lo scritto, infatti, può essere letto e quindi riprodotto oralmente ma attraverso tali modalità si realizza una forma di oralità meramente apparente o fittizia poiché si ascolta una dichiarazione senza potervi partecipare in quanto è preclusa la possibilità di porre domande o di ricevere risposte da parte del soggetto che in precedenza ha reso le dichiarazioni scritte o registrate.

Pertanto, il principio di oralità si intende realizzato quando le parti sono messe nella condizione di porre domande e ottenere risposte a viva voce dal dichiarante, nell'ambito dell'esame incrociato, in modo da garantire all'imputato un'adeguata e piena difesa. Tra l'altro, è proprio questa impostazione a garantire al giudice la possibilità di formulare una propria valutazione di prima mano circa la credibilità del testimone attraverso la diretta percezione del racconto, delle espressioni, del suo comportamento e atteggiamenti.

Oltre a ciò, un altro caposaldo del processo penale è rappresentato dal principio di immediatezza. L'immediatezza consiste nell'assenza di intermediazione tra l'assunzione della prova e la decisione, in ordine a ciò si è espressa anche la Corte Costituzionale ribadendo che il principio di immediatezza impone che il giudice chiamato a deliberare sia lo stesso che ha assunto la prova, sicché, in caso di mutamento della persona fisica del giudicante, il dibattimento

ordinando, se occorre, l'esibizione del verbale nella parte in cui le dichiarazioni sono state utilizzate per le contestazioni.

deve essere integralmente rinnovato, salvo che le parti rinuncino all'esame dei dichiaranti o ne sia sopravvenuta l'impossibilità⁴¹.

Pertanto, non solo è richiesto che il giudice prenda un contatto diretto con la fonte di prova ma è anche necessario assicurare che vi sia un'identità fisica tra il giudice che assiste alla fase di assunzione della prova e colui che invece prende la decisione di condanna o assoluzione.

Tutto ciò è finalizzato a garantire che la decisione in ordine alla credibilità e attendibilità del testimone venga assunta "di prima mano"⁴², tesi corroborata da numerosi studi psicologici che affermano che soltanto vedendo come si comporta il dichiarante il giudice è in grado di ricavare elementi che ne valutino credibilità.

Altresì, è necessario fare riferimento al principio del contraddittorio, sancito dall'art. 111 della Costituzione⁴³, principio cardine del processo penale e del procedimento probatorio.

Esso richiama il principio latino *audiatur et altera pars*, secondo cui entrambe le parti devono essere ascoltate ed avere uguali possibilità di far valere le proprie ragioni davanti a un giudice terzo e imparziale.

⁴¹ Corte Costituzionale n.67/2007.

⁴²P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 282.

⁴³ Cfr. Art 111 Cost. dispositivo lett.

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (1).

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale (2). La legge ne assicura la ragionevole durata (1).

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo (1) (2).

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore (1).

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita (1).

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati-

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge (3). Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra (4).

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione [360 c.p.c.; 606 c.p.p.].

Il comma 3 dell'articolo prevede che le prove si formino nel contraddittorio tra accusa e difesa, garantendo la partecipazione effettiva di entrambe alla loro formazione. In particolare, nella prova dichiarativa, tale principio si concretizza nella possibilità per le parti di rivolgere domande e contestazioni al dichiarante. La prova, quindi, nasce da un processo dialettico –il cosiddetto “contraddittorio per la prova”⁴⁴–che consente al giudice di valutare direttamente la credibilità del testimone e la veridicità del racconto.

Sebbene il contraddittorio non assicuri di per sé la genuinità della prova, resta il metodo più efficace per verificarne l'autenticità, fondato sul confronto tra le parti e sul pieno esercizio del diritto alla prova. Ad esso si collegano i principi di oralità e immediatezza, poiché solo attraverso la comunicazione diretta delle dichiarazioni si realizza appieno la dialettica processuale.

Tuttavia, tali principi non sono assoluti ma funzionali al fine ultimo del processo: l'accertamento della verità nel rispetto delle garanzie dell'imputato.

Il giudice, consapevole dell'impossibilità di raggiungere una verità assoluta, deve basarsi su prove formate secondo criteri di legalità, trasparenza e rispetto delle difese.

La Costituzione ammette eccezioni tassative al principio del contraddittorio, disciplinate dal comma 5 dell'art. 111, nei casi di consenso dell'imputato, impossibilità oggettiva o condotta illecita che impedisca la formazione della prova.

È il caso, ad esempio, del testimone minacciato o deceduto prima del dibattimento, situazioni in cui si può ricorrere alle dichiarazioni rese in fase di indagine⁴⁵.

Sebbene il contraddittorio non assicuri di per sé la genuinità della prova, resta il metodo più efficace per verificarne l'autenticità, fondato sul confronto tra le parti e sul pieno esercizio del diritto alla prova. Ad esso si collegano i principi di oralità e immediatezza, poiché solo attraverso la comunicazione diretta delle dichiarazioni si realizza appieno la dialettica processuale.

⁴⁴ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 282.

⁴⁵ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, pp. 281-282.

Il rispetto di tali principi si pone come presupposto necessario affinché il giudice possa successivamente procedere alla valutazione della testimonianza secondo il criterio del libero convincimento.

1.1.2. Il libero convincimento del giudice e limiti

Il diritto alla prova comprende il potere spettante alle parti di ricercare le fonti di prova, chiederne l'ammissione, partecipare all'assunzione e ottenere una valutazione dell'elemento di prova⁴⁶.

Sul pubblico ministero incombe l'onere di "convincere il giudice della reità dell'imputato"⁴⁷ mentre sull'imputato incombe sia l'onere di ricercare prove che possano convincere il giudice della "non credibilità della fonte o della inattendibilità degli elementi a carico"⁴⁸ sia della ricerca di prove idonee a dimostrare che il fatto si sia svolto in maniera diversa, in modo da convincere il giudice della ricostruzione prospettata.

Successivamente le parti dovranno richiedere al giudice l'ammissione del mezzo di prova, ad esempio nella testimonianza le parti devono richiedere al giudice l'esame di un testimone.

La suddetta prova verrà ammessa dal giudice secondo quattro criteri, come delineato ex art 190 C.p.p.: la prova dovrà essere pertinente; quindi, idonea a dimostrare che il fatto provato coincida con quello affermato da una parte, non vietata né superflua.

Oltre a ciò, è richiesta una prova rilevante e quindi utile ai fini dell'accertamento dei fatti, si ritiene a tal fine sufficiente la non manifesta superfluità o irrilevanza: se vi è dubbio circa la probabile rilevanza la prova dovrà essere accolta⁴⁹,

Terminata la fase dell'assunzione della prova, si giunge al cuore del procedimento probatorio: la sua valutazione.

⁴⁶ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 263.

⁴⁷ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 264.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2025, p. 265.

È opportuno ricordare che anche le parti processuali godono del diritto di sottoporre al giudice la propria valutazione degli elementi di prova, sviluppando argomentazioni basate su risultati probatori emersi nel corso del processo e, in particolare, nel momento della discussione finale, sede nella quale vengono presentate le rispettive conclusioni⁵⁰.

D'altro canto, il giudice è gravato da un vero e proprio dovere di valutazione logica degli elementi di prova, come disciplinato ai sensi dell'art 192 C.p.p., che dispone che il giudice "valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati"⁵¹.

Tale obbligo di motivazione ha un fondamento nell'art. 111 co. 6 della Costituzione, che impone la motivazione di ogni decisione giurisdizionale.

Ne consegue che il giudice nella motivazione non può omettere l'esame dei risultati di prova pertinenti e rilevanti emersi nel corso del processo. In questa prospettiva, per rendere effettivo il diritto delle parti alla valutazione della prova, la sentenza dovrà esplicitare le prove poste a base della decisione e le "ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie"⁵².

Storicamente, il principio del libero convincimento emerge quale alternativa e reazione a regimi vincolati di valutazione probatoria, accomunati dal fatto di stabilire in via preventiva il peso probatorio degli elementi raccolti nel corso del processo. In questi sistemi si fissa preventivamente quali siano le evidenze idonee a confermare o meno l'ipotesi accusatoria.

È possibile ricondurre questi sistemi vincolati di valutazione della prova a due modelli fondamentali e, rispetto a questa dicotomia, si delineano le due diverse modalità attraverso le quali l'idea di libero convincimento si è progressivamente introdotta negli ordinamenti di matrice anglosassone e continentali.

Nel contesto britannico l'idea di libero convincimento nacque nel diciottesimo secolo, in concomitanza con la sostituzione del regime del giudizio ordalico con quello fondato sulla decisione rimessa alla giuria.

⁵⁰ P. TONINI C., CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, p. 67.

⁵¹ Art 192 C.p.p.

⁵² Art 546 co. 1 lett. e C.p.p.

Se prima il giudice doveva soltanto assolvere o condannare a seconda che “l’accusato di turno superasse o non una sfida particolarmente impegnativa, se non proibitiva (es.: sopravvivenza a un’immersione a mani e piedi legati in acque gelide)”⁵³ a questo giudice si sostituì una giuria chiamata a deliberare sulla base di una valutazione delle evidenze. Il sistema ordalico, di chiaro stampo irrazionale, rinveniva un legame indissolubile tra l’esito della prova e la volontà divina, “più precisamente, il superamento di tale sfida era considerato prova certa di innocenza secondo una *logica* riassumibile come segue: poiché è impensabile che Dio voglia che un innocente soccomba all’ordalia cui viene sottoposto; poiché è impensabile che accada qualcosa che Dio non vuole; il superamento dell’ordalia è segno univoco di innocenza.”⁵⁴.

Nel contesto giuridico continentale l’idea di libero convincimento emerse soltanto verso la fine del XVIII secolo, quando i costituenti della Francia rivoluzionaria stabilirono di affidare la decisione della *quaestio facti* a una giuria ispirata al modello anglosassone, investita di piena autonomia valutativa (*intime conviction*⁵⁵) senza essere tenuta a fornire alcuna motivazione circa le ragioni della propria decisione⁵⁶.

In questo caso, tuttavia, rappresentò una reazione al regime di valutazione probatoria che aveva sostituito quello ordalico in Europa a partire dal XIII secolo, vale a dire al sistema delle prove legali positive.

⁵³ G. CARLIZZI, *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *Discrimen*, p.2.

In merito si è espresso anche F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, p. 468-475.

⁵⁴ G. CARLIZZI, *op.cit.*, p.2.

⁵⁵ Significativa in merito è la direttiva che il giudice impartiva alla giuria: “*la loi ne demande pas compte des moyens par lesquels [les jurés] se sont formé une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d’une preuve; elle leur demande de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportées contre l’accusé et le moyen de la défense*”; di qui la secca domanda conclusiva: “*avez-vous une intime conviction?*”. La direttiva induce a considerare caricaturali alcune rappresentazioni contemporanee dell’*intime conviction*: il monito rivolto ai giurati a “interrogarsi sull’impressione che le prove addotte a carico dell’accusato e i mezzi della difesa hanno esercitato sulla loro ragione” mostra l’irriducibilità dell’*intime conviction* ad un fenomeno puramente intuitivo ed emozionale. Sulla genesi di questa scelta, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia*. Dai “Philosophes” alla Costituente, Milano, 1994.

⁵⁶ Su tale fase storica e sui suoi sviluppi successivi, cfr. m. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974, 145-266.

La peculiarità di tale regime risiedeva nel fatto che il legislatore, dopo aver individuato i tipi di elementi probatori in presenza dei quali il giudice avrebbe dovuto considerare l'imputato responsabile del fatto ascrittogli, ne determinava anche il valore probatorio⁵⁷, fissando così in via preventiva la forza dimostrativa delle singole tipologie di prova.

“Tutto ciò con la conseguenza che al giudice non restava altro che compiere due operazioni prive di reale discrezionalità: controllare se ciascuno degli elementi raccolti corrispondeva a un tipo di prova legale (es.: dichiarazione confessoria), e il peso che il legislatore aveva attribuito al tipo di volta in volta integrato (es.: la confessione costituiva di per sé prova piena di colpevolezza)”⁵⁸.

In ogni modo, nonostante il regime delle prove legali positive sia un sistema vincolato, questo presenta comunque un carattere più razionale rispetto all'ordalia.

Il sistema funzionava nel seguente modo: si operava un'assolutizzazione del valore probatorio di massime di esperienza che “spesso abbastanza plausibili, quanto meno in via tendenziale (es.: se l'accusato si dichiara colpevole, in genere non sta mentendo, date le conseguenze sfavorevoli che si accompagnano alla confessione).”⁵⁹.

Dunque, fu l'avversione democratica verso l'assolutezza, ritenuta contrastante con l'autonomia della giuria quale rappresentante del popolo a spingere i costituenti dei paesi europei a incentrare i rispettivi sistemi di valutazione della prova sul principio del libero convincimento del giudice.

A completamento dei riferimenti storici finora prospettati, si ritiene necessario accennare brevemente l'evoluzione storica di questo principio in Italia che si articola principalmente in quattro fasi storiche principali.

Invero, nei codici preunitari italiani, l'idea di libero convincimento non ebbe un'impostazione democratica, a differenza di quanto accadde in Francia durante il periodo rivoluzionario. L'autonomia della valutazione della prova venne infatti

⁵⁷ Per una rigorosa connotazione logico-formale della differenza tra prova legale positiva e prova legale negativa (propugnata da Gaetano Filangieri e operante nell'ordinamento tedesco fino alla metà del XIX secolo come alternativa alla prima forma), L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, 127.

⁵⁸ G. CARLIZZI, *op.cit.*, p.3.

⁵⁹ G. CARLIZZI, *op.cit.*, p.4.

riconosciuta ai giudici togati e non alla giuria popolare, discostandosi significativamente dal modello francese.

Tale impostazione trovò espressione nel Codice del Regno (Napoleonico) d'Italia del 1807 e nel Codice toscano del 1808 che introdussero un modello di natura dispotica, privo di obbligo di motivazione, definito una vera e propria “cospicua stortura”⁶⁰.

Successivamente vi fu un ritorno all'archetipo democratico di ispirazione francese, con l'introduzione della giuria popolare e l'attribuzione alla stessa della *quaestio facti*.

Con l'unità d'Italia nel 1861 e l'applicazione alla penisola della normativa Sardo piemontese del 1865, il sistema giurato assunse valore nazionale, tanto che venne mantenuto nella revisione codicistica del 1913.

Quindi, veniva così a consolidarsi una visione autenticamente democratica della funzione giudiziaria nella quale la valutazione della prova veniva affidata alla libera convinzione dei rappresentanti del popolo.

Dunque, si giunge alla terza fase dell'evoluzione coincidente con l'emanazione del Codice di procedura penale del 1930 che, nonostante fosse stato concepito in epoca Fascista, riprese l'impostazione del Codice Borbonico del 1819 affidando la valutazione dei fatti a giudici di carriera vincolati all'obbligo di motivazione. In questa prospettiva l'idea del libero convincimento si mantenne viva per effetto della mancanza di previsioni legislative che imponessero vincoli alla forza probatoria dei singoli elementi. Tuttavia, si verificò una significativa distorsione operativa poiché “Il richiamo al libero convincimento venne così sfruttato per eludere surrettiziamente i divieti e i limiti di ammissione e di assunzione probatoria stabiliti in modo esplicito o implicito dallo stesso codice di rito (cd. “prova libera”, ad es.: lettura, a fini di utilizzazione, delle dichiarazioni rese dall'imputato nell'interrogatorio, per superare il divieto di testimonianza sul punto).”⁶¹.

⁶⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2010, p. 69.

⁶¹ G. CARLIZZI, *op.cit.*, p.5. Per altri esempi di degenerazioni, cfr. l'inventario di M. NOBILI, *op.cit.*, pp. 297-449.

Alla luce di quanto finora esposto, è bene rammentare come l'ultima fase di questo *excursus* storico, tuttora in corso, rifletta la lettura costituzionalmente orientata del codice di rito vigente.

Il principio del libero convincimento del giudice, inteso quale criterio generale di orientamento nella valutazione probatoria, non trova un riscontro esplicito generale⁶² ma emerge “solo in controtelaio”⁶³ dal combinato disposto degli artt. 187 e 192 co.1 C.p.p., nonché da altre disposizioni⁶⁴.

Invero, con l'espressione libero convincimento si intende affermare che il giudice gode della libertà di procedere ad una ragionata e autonoma (il contrario cioè di arbitraria)⁶⁵ valutazione delle prove acquisite al processo ma è, al tempo stesso, vincolato all'obbligo di motivare il provvedimento sulla base di una valutazione circa l'attendibilità e della credibilità degli elementi di prova, nonché in merito all'idoneità delle massime di esperienza o leggi scientifiche, esperienza o a sostenere l'inferenza logica su cui si fondano le ricostruzioni fornite dalle parti.

Va, peraltro, osservato come, nell'ordinamento processuale italiano, il principio del libero convincimento non si traduca nel riconoscimento al giudice di un potere decisorio illimitato. Questo principio pertanto dovrà esplicarsi nel rispetto delle disposizioni normative che regolano la valutazione della prova e la valutazione della sentenza. Il convincimento del giudice dovrà pertanto consistere nella valutazione razionale delle prove e nella ricostruzione del fatto conforme ai canoni della logica e aderente alle risultanze processuali.

Dal principio poc'anzi esposto discendono i seguenti corollari: nelle sentenze di condanna il giudice dovrà motivare circa le ragioni a sostegno della

⁶² Indizi normativi richiamano implicitamente il principio del libero convincimento. Da un lato, nei giudizi dinnanzi alla Corte d'assise, i giudici popolari giurano di decidere secondo il loro proprio intimo convincimento (cfr. art.30, co.1, l. 10 aprile 1951, n.287 “con la ferma volontà di compiere da persona d'onore tutto il mio dovere, cosciente della suprema importanza morale e civile dell'ufficio che la legge mi affida, giuro di ascoltare con diligenza e di esaminare con serenità prove e ragioni dell'accusa e della difesa, di formare il mio intimo convincimento giudicando con rettitudine e imparzialità, e di tenere lontano dall'animo mio ogni sentimento di avversione e di favore, affinché la sentenza riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e di giustizia. Giuro altresì di conservare il segreto”.); dall'altro l'art. 420-ter, co.2, c.p.p. prevede che la probabilità dell'assenza dell'imputato per caso fortuito o forza maggiore sia liberamente valutata dal giudice.

⁶³ G. CARLIZZI, *op.cit.*, p.6

⁶⁴ Cfr. artt. 192 co.3, 238 co.4, 408, 425 co.1 e 3, C.p.p.

⁶⁵ E. FORTUNA, S. DRAGONE, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI, *op.cit.*, p. 329.

ricostruzione dell'accusa che siano idonee a eliminare ogni ragionevole dubbio circa la fondatezza dell'imputazione; mentre, qualora si tratti di una sentenza di assoluzione, il giudice dovrà motivare razionalmente circa l'infondatezza della ricostruzione dell'accusa, motivando in modo da lasciar residuare un ragionevole dubbio.

Occorre altresì precisare che nel processo penale, a differenza del processo civile, non esiste l'istituto della prova legale. Nel processo penale italiano non esiste alcuna prova alla quale la legge attribuisca un valore tale da sostituirsi al libero convincimento del giudice nella valutazione degli elementi probatori.

Un esempio di prova legale rinvenibile nel processo civile è quella della confessione, regolata ai sensi dell'art. 2733 co 2 c.c. La confessione resa in giudizio infatti "forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili", al contrario, nel processo penale, la confessione è sempre liberamente valutabile dal giudice che può ritenerla non attendibile⁶⁶, è il giudice quindi che sarà chiamato ad apprezzarne la veridicità, genuinità e attendibilità⁶⁷.

In definitiva, il principio del libero convincimento del giudice costituisce il cuore pulsante del sistema di valutazione probatoria, rappresentando l'espressione della libertà del giudice che trova fondamento nella legge e nella razionalità del giudizio.

Tuttavia, la sua applicazione alla prova dichiarativa evidenzia i limiti cognitivi e psicologici propri della testimonianza, questione che verrà approfondita più diffusamente in seguito.

⁶⁶ In merito, cfr. Cass. Pen. Sez. I, n.14623/2008 "[...]confessione può essere posta a base del giudizio di colpevolezza dell'imputato nelle ipotesi nelle quali il giudice ne abbia favorevolmente apprezzato la veridicità, la genuinità e l'attendibilità, fornendo ragione dei motivi per i quali debba respingersi ogni sospetto di intendimento autocalunniatorio o di intervenuta costrizione sul soggetto: di talché quando tale indagine, ovviamente estesa al controllo su tutte le emergenze processuali, nel caso di intervenuta ritrattazione, non conduca a smentire le originarie ammissioni di colpevolezza, dovrà allora innegabilmente riconoscersi alla confessione il valore probatorio idoneo alla formazione del convincimento della responsabilità dell'imputato, anche se costui, dopo aver reso confessione del delitto di omicidio alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero ed al giudice per le indagini preliminari, abbia ritrattato in dibattimento le precedenti dichiarazioni confessorie".

⁶⁷ P. TONINI C., CONTI, *op.cit.*, 2012, pp. 67-69.

1.2. La fallibilità della prova testimoniale

1.2.1. Origini storico-culturali della diffidenza verso la testimonianza

La riflessione sulla testimonianza quale mezzo di prova dichiarativa è antica e affonda le sue radici già nella tradizione classica.

La sapienza giuridica classica ha tramandato ai posteri una massima di particolare significato destinata ad orientare, nel corso dei secoli, la considerazione del valore e dell'affidabilità della prova testimoniale: «*apud bonum iudicem, argumenta plus quam testes valent*»⁶⁸. Il brocardo in questione può essere tradotto nel seguente modo: *davanti ad un bravo giudice gli argomenti valgono di più dei testimoni*.

Questa celebre sentenza, tramandataci da Cicerone, documenta una visione marcatamente deteriore della prova dichiarativa rispetto agli *argumenta*, “le *probationes artificiales* per eccellenza, che si configurano attraverso l’*ars rhetorica* dell’oratore”⁶⁹, cioè le prove di ragionamento, dimostrando fin da subito una consapevolezza dei limiti e dei pericoli connessi ad uno strumento probatorio con funzione narrativa come la testimonianza⁷⁰.

Invero, la testimonianza si sostanzia nel racconto e nella narrazione di un’esperienza percettiva acquisita da un soggetto –generalmente estraneo al processo–che viene riferita al giudice in modo da consentirgli di ricostruire i fatti ai fini del giudizio penale.

“*Testes corrumpi posse vel pretio vel gratia vel metu vel simultate*”⁷¹ diceva Cicerone nel trattato di retorica latina *Rhetorica ad Herennium*, ergo: *i testimoni*

⁶⁸ CICERONE, Rep. I, 38, 59

⁶⁹ F. CALLARI, *L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, vol. 56, n. 4, pp. 1822-1862.

⁷⁰ Al riguardo, Quintiliano, nell’ambito della retorica latina di età imperiale, sostiene: «*saepe inter testes et argumenta quaesitum est. Inde scientiam in testibus et religionem, ingenia esse in argumentis dicitur; hinc testem gratia, metu, pecunia, ira, odio, amicitia, ambitu fieri, argumenta ex natura duci; in his iudicem sibi, in illis alii credere. Communia haec pluribus causis, multumque iactata sunt et semper tamen iactabuntur*» (Inst. V, 7,33-34).

⁷¹ Rhet. ad Her. II, 7, 11.

possono essere corrotti dal denaro, dal favore, dalla paura o dall'inimicizia, sottolineando la fragilità inevitabilmente insita in questo mezzo di prova anche perché, nel complesso processo della memoria, intervengono numerosi fattori di distorsione che possono alterare il contenuto della dichiarazione, anche nella totale inconsapevolezza del teste.

Il testimone, prima di essere esaminato, viene avvertito dal presidente dell'obbligo di dire la verità e viene altresì edotto circa le responsabilità previste dalla legge per i testimoni falsi e reticenti. Il presidente, quindi, invita il testimone a rendere la seguente dichiarazione “consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza”⁷².

Resta dunque una questione aperta “se in effetti e fin dove dica la «verità», senza «nascondere nulla di quanto è a [...] conoscenza »”⁷³.

La fallibilità della testimonianza era quindi già percepita in passato, già nel processo penale medievale, come dimostra l'esperienza canonica mostrando una precoce consapevolezza dei limiti della prova dichiarativa.

È opportuno menzionare, ai fini della presente trattazione, che la confessione e la testimonianza erano strumenti essenziali ma strutturalmente esposti a suggestioni, coercizioni e manipolazioni. Tale contesto storico consente, dunque, di cogliere le radici della moderna attenzione per la vulnerabilità della testimonianza e delle garanzie poste a tutela del dichiarante.

Tra il XIII e il XIV secolo il giudice divenne inquisitore, acquisendo un ruolo attivo nella ricerca, raccolta e valutazione delle prove e assumendo la direzione dell'intera istruzione.

In tale contesto, già emerse una precoce, embrionale, consapevolezza dei limiti della prova dichiarativa.

La confessione occupava senza ombra di dubbio una posizione centrale, non solo per la sua funzione di accertamento della colpevolezza ma anche per il valore catartico che la chiesa vi riconosceva. Tuttavia, quando mancava una confessione,

⁷² Art. 497 C.p.p.

⁷³ F. CALLARI, *op.cit.*, p.1824.

la principale fonte probatoria nel processo penale era rappresentata dalla testimonianza. D'altro canto, la testimonianza raramente assumeva valore decisivo, essendo finalizzata ad indurre l'imputato alla confessione⁷⁴.

Era altresì attribuito particolare rilievo alla voce pubblica, infatti, come emerge dall'antica locuzione “*vox populi, vox dei*”⁷⁵, la fama collettiva rappresentava una forma di verità condivisa e attendibile.

Un fondamentale indice di credibilità era inoltre rappresentato dalle qualità morali e personali dei testimoni; infatti, gli eretici, gli ebrei e le persone di pessima o dubbia fama potevano essere sentite dal giudice solo in casi di reati particolarmente gravi quale, ad esempio, l'eresia⁷⁶.

Inoltre, l'imputato era tenuto a prestare un giuramento solenne, il celebre *de veritate vicenda*, che impegnava il testimone anche ad un rigoroso silenzio su quanto sarebbe avvenuto durante l'udienza⁷⁷, senza menzionare che il rifiuto di giurare era interpretato come indizio di colpevolezza o di adesione a dottrine eretiche.

L'inquisitore, durante l'interrogatorio formale, godeva di grande discrezionalità potendo egli, infatti, avvalersi di strategie dialettiche, promesse di clemenza o mezzi coercitivi in mancanza di elementi probatori sufficienti l'imputato⁷⁸.

Vigeva inoltre il principio *unus testis nullus testis* — «un solo testimone equivale a nessun testimone» — in base al quale la deposizione isolata non era idonea a costituire piena prova.

⁷⁴ Sulle caratteristiche e il valore della prova testimoniale, esaminati in maniera sintetica ma comunque esaustiva, cfr. A. S. TURBERVILLE, *Medieval Heresy*, pp. 78-79.

⁷⁵ Ciò in ossequio all'antico e famoso aforisma *vox populi, vox Dei* (cfr. C. CARENA, *Tractatus de Officio SS. Inquisitionis*, 135).

⁷⁶ C. TAMMARO, *L'instructio probatoria nel processo penale medievale: osservazioni canoniche sull'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova nei secoli XIII e XIV*, in “*Ius Canonicum*”, 12/2018, vol. 58, fasc. 116, pp. 781-809, p. 801.

⁷⁷ Cfr. B. GUI, *Practica officii inquisitionis*, 137-138. *L'INSTRUCTIO PROBATORIA IUS CANONICUM* / VOL. 58 / 2018

⁷⁸ C. TAMMARO, *op.cit.*, pp. 781-809.

Tale principio medievale di derivazione biblica⁷⁹ rifletteva l'esigenza di garantire una certezza morale e una concordanza delle fonti dichiarative, ritenute indispensabili per fondare un giudizio di verità.

L'antico adagio rivela, dunque, una concezione del tutto peculiare della prova testimoniale — rimasta in vigore fino alla Rivoluzione francese — secondo la quale la testimonianza di un solo individuo non era ritenuta affidabile né sufficiente ai fini della decisione. In alcuni casi, la normativa prevedeva requisiti ancora più stringenti: erano necessari almeno tre testimoni per sostenere un'accusa contro una persona comune, sedici per un'accusa rivolta a un barone e quarantaquattro per un cardinale.

La stessa esigenza di riscontri e di cautele procedurali, pur ancora embrionale nel diritto medievale, anticipa la consapevolezza moderna della fallibilità del ricordo e della parola testimoniale, oggi analizzata anche in chiave psicologica e neuroscientifica.

Invero, l'oggettività della testimonianza, postulata dal diritto, appare utopica.

Considerata la complessità del funzionamento del sistema mnestico, infatti il modo in cui un individuo percepisce, elabora, richiama un evento, per poi riportarlo nel processo, è un evento soggetto a limiti cognitivi e fisiologici, oltre che a condizionamenti psicologici e ambientali.

Già Jeremy Bentham, nei primi decenni dell'Ottocento, aveva sottolineato come la fedeltà della testimonianza dipenda tanto dallo stato delle facoltà intellettive e morali del testimone quanto dalla sua capacità di comprensione e dalla volontà di dire il vero⁸⁰.

Infatti, occorre rilevare fin da subito che la percezione sensoriale non costituisce un processo lineare o privo di complessità ma rappresenta invece un

⁷⁹ DEUTERONOMIUM 19,15: “*Non stabit testis unus contra aliquem, quidquid illius peccatum fuerit, aut delictum: sed in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum.*” Trad.: “Un solo testimonio non avrà valore contro alcuno, per qualsiasi colpa e per qualsiasi peccato; qualunque peccato questi abbia commesso, il fatto dovrà essere stabilito sulla parola di due o di tre testimoni.” Il passo biblico costituisce la fonte originaria del principio giuridico medievale *unus testis nullus testis*.

⁸⁰ J.BENTHAM, *A Treatise on Judicial Evidence*, London, 1825, p. 21.

meccanismo cognitivo influenzato da numerose variabili e interferenze, derivanti dalla quantità e complessità degli stimoli simultaneamente percepiti; infatti “anche prescindendo da eventuali deficit sensoriali della persona, non solo l’apparato sensorio seleziona i possibili stimoli, ma tutto ciò che entra nel circuito mnestico è, inevitabilmente, soggetto ad interpretazione.”⁸¹.

Con l’Illuminismo e l’affermarsi del pensiero di Jeremy Bentham, la diffidenza verso la prova dichiarativa assunse una connotazione razionale: il problema non risiedeva più soltanto nella moralità del testimone, ma nei limiti strutturali della percezione e della memoria umana. È su tale consapevolezza che si innesta la moderna analisi psicologica della testimonianza.

1.2.2 Le dinamiche percettive e mnemoniche della testimonianza: implicazioni psicologiche sulla testimonianza

Nel contesto giudiziario la testimonianza riveste un ruolo fondamentale, di importanza primaria, costituendo questa, spesso, il principale elemento probatorio a carico dell’indagato.

Prima di entrare nel merito dei meccanismi cognitivi sottesi alla testimonianza, è essenziale distinguere tra le categorie della credibilità e attendibilità, oltre che della attendibilità a rendere la testimonianza: categorie che esigono un confronto serrato tra dimensione giuridica e dimensione psicologica.

Nel presente lavoro, per credibilità si intende l’affidabilità del soggetto dichiarante (sincerità, lealtà dichiarativa, assenza di motivi di menzogna, coerenza comportamentale); è una valutazione personologica e contingente che non coincide con la verità dei fatti riferiti.

Per attendibilità si intende la qualità del contenuto dichiarativo, misurata attraverso coerenza interna, congruenza con altri elementi, specificità e stabilità dei dettagli ed eventuali riscontri esterni; un testimone può essere credibile ma non attendibile, e viceversa.

⁸¹ F. CALLARI, *op.cit.*, pp.1822-1823.

Per idoneità a testimoniare si intende la capacità neuro-cognitiva e comunicativa di comprendere le domande, ricordare i fatti e riferirli in modo autonomo e intelligibile; è un concetto clinico-funzionale distinto sia dalla credibilità sia dall'attendibilità e, se dubbio, può richiedere valutazione tecnica.

Con specifico riguardo alla perizia sull'idoneità a testimoniare, la dottrina⁸² ha opportunamente richiamato l'esigenza di separare i termini veridicità, credibilità, attendibilità, sincerità e accuratezza⁸³, sovente sovrapposti nella prassi, soprattutto lungo l'iter processuale, con importanti ricadute non trascurabili sulla valutazione della prova.

Il termine credibilità presenta “ampi margini di ambiguità e che si presta a diverse interpretazioni spesso confusive”⁸⁴. Va chiarito che in ambito anglosassone, la *credibility* ha un'accezione non sovrapponibile a quella italiana: questa infatti combina la *truthfulness*, cioè la sincerità, e l'*accuracy*, accuratezza, e precisa esplicitamente che la valutazione conclusiva spetta al giudice. La locuzione credibilità designa una qualità prevalentemente soggettiva e “influenzabile fortemente da variabili irrilevanti”⁸⁵, mentre l'attendibilità concerne la corrispondenza potenziale tra i fatti oggetto di causa– la cosiddetta verità storica che la macchina retrospettiva del processo mira a ricostruire– e il resoconto che li rappresenta. Altresì, occorre mantener ferma la distinzione tra valutazione della persona e valutazione del narrato: non di rado soggetti percepiti come poco credibili rendono dichiarazioni altamente attendibili e viceversa⁸⁶, sicché il rapporto tra credibilità del testimone e attendibilità della testimonianza può risultare in concreto, “ortogonale”⁸⁷.

La questione centrale discende dal fatto che si pretende un resoconto oggettivo da un sistema cognitivo, la memoria umana, che non opera come un dispositivo di registrazione. La memoria umana non è una videocamera né una macchina perfetta.

⁸² G. B. CAMERINI, *Ruolo dell'esperto in tema di perizia sull'idoneità a rendere testimonianza: ambiti di valutazione e criticità*, in *giornale italiano di psicologia*, fascicolo 1, 2022, pp.177-183.

⁸³ D. GATTI, M. STOCKNER, E. ALLEGRINI, G. MAZZONI, *Memoria e testimonianza: tra psicologia e prassi forense*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2022, pp. 231-240.

⁸⁴ G. B. CAMERINI, *op.cit.*, p. 180.

⁸⁵ D. GATTI, M. STOCKNER, E. ALLEGRINI, G. MAZZONI, *op.cit.*, p.231.

⁸⁶ *Ivi*, p.232.

⁸⁷ *Ibidem*.

Al contrario, la memoria umana ricostruisce a posteriori ed è suscettibile di distorsioni quali il decadimento, le interferenze post-evento, la confusione della fonte o le integrazioni inferenziali.

Ne deriva, dunque, l'esigenza di acquisire la testimonianza mediante procedure idonee a massimizzarne attendibilità e accuratezza. Resta fermo un principio consolidato nella psicologia forense, ossia che la decisione sui fatti compete esclusivamente al giudice; mentre il contributo dell'esperto attiene ai profili psicologici del dichiarante, non al contenuto fattuale del narrato.

In questa prospettiva, la qualità probatoria del resoconto deve essere letta alla luce della filiera cognitiva che lo genera: percezione, codificazione, conservazione, rielaborazione e verbalizzazione in udienza⁸⁸.

A questo riguardo, è opportuno sottolineare come la psicologia e lo studio della mente umana consentano di cogliere i limiti delle capacità del testimone, ciò che non è possibile esigervi, nonché il metodo più indicato per ottenere risposte con il minor numero di errori possibili⁸⁹.

Il rapporto tra psicologia e procedura penale emerse concretamente tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, con la contrapposizione tra scuola classica e scuola positiva. La prima, rappresentata da Francesco Carrara, basava la teoria della testimonianza su tre postulati: completezza della percezione, volontarietà della narrazione del vero, neutralità del testimone, ritenendo che l'uomo percepisse e riferisse il vero, salvo eccezioni⁹⁰.

Successivamente però la scuola positiva, applicando il metodo scientifico, ne dimostrò la fallacia.

Pertanto, i tre postulati della scuola classica sono caduti non appena ad essi è stato applicato il metodo scientifico.

Gli studi di Enrico Altavilla e Cesare Musatti segnarono l'ingresso della psicologia nel processo penale, ma furono a lungo ignorati dalla dottrina dominata

⁸⁸ D. GATTI, M. STOCKNER, E. ALLEGRI, G. MAZZONI, *op.cit.*, pp. 231-240.

⁸⁹ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2024, p.1205.

⁹⁰ F. CARRARA, come riportato in P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p. 1206: "L'esperienza mostra che l'uomo per regola percepisce e narra il vero e solo eccezionalmente si inganna e mente. Codesta regola si avvalorza perciò di due presunzioni: 1) presunzione che i sensi non abbiano ingannato il testimone; 2) presunzione di veridicità che assiste ogni uomo, la quale porta a ritenere che egli non voglia ingannare".

dall'indirizzo tecnico giuridico di Arturo Rocco e della dottrina pura del diritto di Kelsen.

Solo con la riforma del processo penale e l'introduzione del modello accusatorio si riaprì l'interesse per la psicologia della testimonianza. Nel 1987 il Parlamento approvò la seconda legge delega (l. n.81 del 1987)⁹¹, nella quale il criterio direttivo numero 73 prevedeva una disciplina dell'esame diretto volta a garantire correttezza, genuinità delle risposte e rispetto della persona sotto la vigilanza del presidente del collegio.

Grazie ai contributi di Alessandro Malinverni, Guglielmo Gulotta e Luisella De Cataldo Neuburger; oggi tale disciplina si concentra sui meccanismi cognitivi della percezione della memoria, riconoscendo che la testimonianza non è un dato oggettivo, ma una elaborazione soggettiva influenzata da processi mentali e sociali.

Infatti, attraverso numerosi esperimenti, è stato dimostrato che la testimonianza non è mai completa. Non è infatti corretto affermare che il testimone percepisca tutto ciò che ha davanti in quanto le sue capacità percettive risultano limitate, poiché egli non è in grado di cogliere e riferire integralmente tutto ciò che potrebbe vedere o ascoltare. Inoltre, per via di un meccanismo di selezione naturale, “perché il prestare attenzione fa fatica e il cervello tende a risparmiare il suo impegno”⁹² si limita la quantità di informazioni elaborate.

A ciò si aggiunge che la percezione dipende anche dalle conoscenze soggettive del testimone. È stato altresì accertato che, anche quando il testimone è animato da sincerità, egli non riesce comunque a riferire fedelmente tutto ciò che ha osservato, poiché la sua deposizione può essere influenzata da fattori inconsci, determinando così una falsa testimonianza inconsapevole.

⁹¹ Legge 16 febbraio 1987, n. 81, Delega al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, art. 2, comma 1, n. 73, ove si prevede “esame diretto dell'imputato, dei testimoni e dei periti da parte del pubblico ministero e dei difensori, con garanzie idonee ad assicurare la lealtà dell'esame, la genuinità delle risposte, la pertinenza al giudizio e il rispetto della persona, sotto la direzione e la vigilanza del presidente del collegio o del pretore, che decidono immediatamente sulle eccezioni; previsione che l'esame dei testimoni minorenni possa essere effettuato in ogni momento dal giudice, tenute presenti le esigenze di tutela della personalità; potere del presidente, anche su richiesta di altro componente il collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova”.

⁹² P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.1208.

Si è giunti quindi alla conclusione che il testimone può riferire il falso per ragioni indipendenti dai propri interessi nel processo. È inoltre opportuno ricordare che non esistono testimonianze pienamente neutrali in relazione a un reato poiché, l'evento criminoso, per la sua natura drammatica e per l'impatto sugli interessi collettivi, induce generalmente il testimone a solidarizzare con la persona offesa.

Va ricordato, infine, che la psicologia della testimonianza comprende anche le dichiarazioni rese dall'imputato o della parte offesa o parte civile quando sono sentite come testimoni. In definitiva, gli studi psicologici hanno dimostrato che tutte le narrazioni effettuate per finalità processuali — a prescindere da chi le compia — sono soggette a limiti percettivi, a influenze inconsce e all'assenza di una reale neutralità, poiché il testimone tende spontaneamente a schierarsi con la vittima⁹³.

La testimonianza può essere intesa come un processo unitario anche se numerosi studiosi tendono ad isolare almeno sei momenti fondamentali:

- la sensazione;
- la percezione;
- la rielaborazione;
- la memoria;
- la rievocazione;
- l'espressione.

Il teste, durante il momento della sensazione, risponde, tramite i recettori sensoriali situati negli organi di senso, agli stimoli ambientali. I recettori sensoriali, infatti, inviano segnali sotto forma di impulso nervoso alla corteccia cerebrale e, questi segnali, contribuiscono all'attivazione di neuroni sensibili alle caratteristiche fisiche dello stimolo, realizzando in questo modo la percezione.

La percezione è un “processo che implica il riconoscimento e l'interpretazione degli stimoli che colpiscono i nostri sensi”⁹⁴. Essa può essere definita come l'elaborazione consapevole delle informazioni sensoriali che arrivano al cervello⁹⁵.

⁹³ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, pp. 1205-1210.

⁹⁴ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.1212.

⁹⁵ P. ROOKES & J. WILLSON, *La percezione*, Bologna, 2002, p.7.

L'oggetto, individuato nella sua forma e caratteristiche fisiche, viene confrontato con le tracce mnestiche conservate nella memoria e identificato come elemento sconosciuto o appartenente ad una categoria nota di oggetti con caratteristiche simili. Già in questa fase è possibile riscontrare i primi limiti della conoscenza, derivanti dalla limitatezza delle capacità umane. Infatti, ogni individuo può percepire solo un limitato numero di stimoli provenienti dall'ambiente esterno nello stesso momento, anche considerando che la percezione è "d'insieme e non di singoli particolari"⁹⁶. Infine, ogni essere umano ha proprie emozioni, pregiudizi aspettative derivanti da esperienze precedenti che irrimediabilmente influenzano il processo conoscitivo.

Tra le sensazioni che riceve, il cervello umano ne seleziona automaticamente soltanto alcune. Ad esempio, quando giungono sensazioni incomplete, il cervello umano tende a riempire le lacune; mentre, quando ne riceve una molteplicità tutte contrastanti tra loro, esclude in modo soggettivo gli stimoli tra loro contraddittori, giungendo così sostanzialmente a percepire ciò che desidera e ciò che fortemente teme possa accadere, generando in tal modo fenomeni di illusione. Il momento della percezione è un momento interno alla psiche umana e proprio per questo motivo non è soggetto ad alcun controllo da parte del sistema giudiziario.

Un errore comune, ad esempio, riguarda la stima della durata di un evento⁹⁷.

Gli avvenimenti piacevoli tendono a essere percepiti come più brevi, poiché l'attenzione si concentra sulla gradevolezza dell'esperienza; al contrario, gli eventi spiacevoli appaiono più lunghi, in quanto l'attenzione è rivolta alla loro durata e all'attesa che la situazione dolorosa abbia fine.

Per esempio, la vittima di un'aggressione può percepire l'evento come più lungo del reale, poiché la sua attenzione è assorbita dall'attesa che questa termini; se invece la vittima è impegnata nel fronteggiare una serie continua di situazioni di

⁹⁶ P. TONINI, C. CONTI, 2024, op.cit., p.1212.

⁹⁷ DM. THOMSON, *Eyewitness testimony and identification tests*, in N. BREWER & C. WILSON, *Psychology and Policing*, LAWRENCE ERLBAUM ASSOCIATES, HILLSDALE, New Jersey, 1995, 119-154.

pericolo, l'attenzione si sposta anche sui contenuti dell'evento determinando una percezione di durata più breve⁹⁸.

L'attività percettiva, dunque, non solo è selettiva e condizionata da fattori interni ma può essere ulteriormente distorta da variabili situazionali ed emotive che incidono sulla qualità del ricordo.

La psicologia forense ha infatti individuato e descritto numerosissimi fenomeni che mostrano empiricamente come tali variabili incidano sull'accuratezza della percezione, tra cui si annoverano il *weapon focus effect* e l'*own-race bias*, esempi emblematici di come l'attenzione selettiva e gli schemi mentali preesistenti possano alterare il ricordo dell'evento.

Nel *weapon effect*, l'attenzione del testimone viene catturata da uno stimolo atipico della scena—tipicamente un'arma— con conseguente cecità attenzionale per i dettagli diagnostici, come i tratti del volto del perpetratore⁹⁹.

Evidenze classiche mostrano un decremento dell'accuratezza in presenza dell'arma: nello studio di Johnson & Scott il 49% dei partecipanti che aveva assistito alla scena senza arma identificò correttamente l'uomo, mentre tra coloro che avevano visto la scena con il coltello la quota di identificazioni corrette scese al 33%—cioè meno persone riuscirono a riconoscere il volto quando era presente l'arma.

Risultati in linea emergono negli studi di Loftus, in cui l'arma assorbe lo sguardo più a lungo e, a parità di esposizione, peggiora il ricordo dei dettagli—fatta eccezione per l'oggetto arma¹⁰⁰. Un caso esemplare del ruolo dei distrattori atipici è la famigerata “Rapina dell’oca”¹⁰¹ (Toronto, 1997): l’ingresso del rapinatore con un’oca al guinzaglio polarizzò l’attenzione dei presenti sull’elemento insolito, ostacolando la descrizione del soggetto. Coerentemente, una meta-analisi su 34 studi, conferma la robustezza del fenomeno e la riduzione significativa delle prestazioni di riconoscimento in presenza di armi. Sul piano esplicativo, l’effetto è

⁹⁸ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, pp.1205-1218.

⁹⁹ G. SARTORI, *L’effetto Arma*, in *La Memoria del Testimone – Dati scientifici utili a Magistrati ed Avvocati*, disponibile online: <https://www.testimonianzopenale.com/lista-argomenti/leffetto-arma>

¹⁰⁰ P. MIRINO, *Weapon focus effect e affidabilità del testimone oculare*, 19 febbraio 2022, disponibile online: pierandreamirino.com.

¹⁰¹ G. SARTORI, *op.cit.*

attribuito sia alla focalizzazione automatica su oggetti minacciosi o incongrui (*attentional capture*) sia al restringimento attentivo indotto dallo stress, che privilegia la fonte di pericolo a scapito dei dettagli periferici rilevanti per l'identificazione¹⁰².

L'ulteriore fenomeno è quello dell'*own-race bias* che consiste nella tendenza a riconoscere con maggiore accuratezza i volti della propria razza rispetto a quelli di altra razza, con effetti negativi sull'accuratezza identificativa nelle cosiddette *lineup*. La letteratura attribuisce il fenomeno, in larga parte, alla *contact hypothesis*: l'elevata familiarità con i volti del proprio gruppo facilita la distinzione, mentre il minor contatto interraziale la ostacola. In ambito forense, ciò implica un elevato rischio di misidentificazione nei contesti interraziali e la necessità di prendere in considerazione questo bias nella valutazione probatoria¹⁰³.

Successivamente, il soggetto giunge al momento della rielaborazione.

Questo processo si colloca tra il momento in cui le informazioni vengono immagazzinate nella memoria e quello in cui vengono richiamate alla consapevolezza. I ricordi, infatti, non vengono conservati in memoria come un "peso morto"¹⁰⁴ ma continuamente rielaborati a livello inconscio. Sulla base di alcuni meccanismi, il soggetto può essere indotto in errore alterando le rappresentazioni originarie, tra questi ricordiamo il processo di rimozione, attraverso il quale il soggetto tende a dimenticare i momenti ed eventi più dolorosi attuando un meccanismo automatico di difesa; o il processo di integrazione, che mira a ripristinare una condizione di equilibrio, eliminando le contraddizioni e colmando le lacune percettive.

Successivamente si giunge alla tappa della memoria, intesa come la capacità di conservare e riprodurre i contenuti di coscienza vissuti in passato, definita da

¹⁰² PIERANDREA MIRINO, *op.cit.*

¹⁰³ C. HAVARD, *The own-race bias in eyewitness identification*, in *HERC Blog*, The Open University, disponibile online:

<https://university.open.ac.uk/research-centres/herc/blog/own-race-bias-eyewitness-identification>

¹⁰⁴ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.1213.

alcuni studiosi anche come “fase di ritenzione”¹⁰⁵, che rappresenta l’intervallo di tempo che intercorre tra la percezione di un evento e il ricordo dello stesso.

La memoria, tuttavia, non deve essere intesa semplicemente come la capacità di riprodurre informazioni immagazzinate, bensì come un processo di ricostruzione di esperienze personali passate, sul quale incidono gli interessi e le conoscenze acquisite successivamente. In questa fase, infatti, la memoria risulta influenzabile da molteplici fattori che possono comprometterne l’accuratezza, come le informazioni esterne o il trascorrere del tempo che contribuiscono a rielaborare e reinterpretare a posteriori il significato degli eventi, rendendolo coerente con i modelli di riferimento conosciuti. I principali difetti della memoria derivano infatti anche dal trascorrere del tempo; è, per l’appunto, stato osservato che già poche ore dopo che si è assistito ad un evento criminoso il ricordo tende a divenire approssimativo¹⁰⁶ poiché la memoria risulta pienamente efficiente solo nelle ore immediatamente successive all’accaduto¹⁰⁷: la traccia mnestica decade rapidamente nelle prime ventiquattro ore, per poi rallentare con costanza. Il fattore temporale è dunque determinante: maggiore è l’intervallo tra la percezione ed il recupero del ricordo, maggiore sarà l’inaccuratezza della testimonianza.

Tale fenomeno è stato dimostrato da Loftus e da altri ricercatori, i quali hanno evidenziato che il resoconto di eventi lontani nel tempo presentano una maggiore probabilità di distorsione, oltre ad essere più facilmente contaminati da informazioni errate.¹⁰⁸

Tuttavia, non è corretto generalizzare questo principio poiché i tempi di efficienza variano a seconda della natura del contenuto da ricordare. Per esempio, nelle memorie di riconoscimento, nella prima settimana non si rilevano significative variazioni, e la capacità mnestica rimane relativamente stabile anche dopo diversi mesi, specialmente nel caso di volti particolarmente distintivi. Le ricerche hanno anche dimostrato che è molto più difficile ricordare parole, simboli, numeri che siano sconnessi tra loro rendendo molto facile, ad esempio, dimenticare la targa di un’automobile. Al contrario, il ricordo di eventi dotati di significato personale o

¹⁰⁵ A. CAVEDON, M. G. CALZOLARI, *Come si esamina un testimone*, Milano, 2005, p.12.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, pp.1205-1218.

¹⁰⁸ A. CAVEDON, M. G. CALZOLARI, *op.cit.*, p.12.

emotivo decade più lentamente. Rimane pertanto valido il principio secondo cui il tempo attenua progressivamente la nitidezza dei ricordi¹⁰⁹.

Considerando che il dibattimento spesso si svolge a distanza di molto tempo dallo svolgimento dei fatti, risulta evidente la complessità del problema, anche in ragione del fatto che le prime dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria non avvengono nel pieno rispetto del contraddittorio.

All'interno della memoria operano altresì i cosiddetti copioni, cioè schemi mentali derivati da esperienze precedenti che vengono utilizzati per comprendere nuovi eventi; infatti una volta che si è formato tale schema, la mente tende ad inserire ogni nuova esperienza all'interno di un modello preesistente, con il rischio che, in assenza del ricordo originario, il soggetto fornisca come testimonianza una ricostruzione basata sullo schema già appreso.

Inoltre, va considerato che di fronte ad un evento criminoso l'intensa carica emotiva può interferire con il processo percettivo e mnestico: le emozioni forti possono bloccare o alterare la percezione, determinando una deformazione nella sequenza temporale o nella ricostruzione di fatti.

Si aggiunga, poi, che la memoria è un processo dinamico di elaborazione, quindi, se dopo un evento un individuo viene esposto a informazioni simili nel contenuto ma estranee al contesto originario, egli può non essere più in grado di distinguere le due esperienze. Nel celebre studio del 1979 Loftus ha dimostrato come la memoria dei testimoni oculari sia altamente malleabile, in quanto le nuove informazioni che vengono acquisite, anche solo leggendo la notizia sul giornale, possono sostituire o distorcere completamente il contenuto originario immagazzinato in memoria. Altri studiosi, come Zaragoza e McCloskey hanno proposto una visione differente, sostenendo che le informazioni successive non sostituiscono, bensì si sovrappongono a quelle originarie mescolandosi e generando confusione. Inoltre, in uno studio risalente al 1978 di Hall e altri studiosi, si è dimostrato come anche la comunicazione non verbale quale, ad esempio, la postura, il tono di voce o i gesti possono influenzare il ricordo¹¹⁰.

¹⁰⁹ G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Bologna, 2003, p. 117.

¹¹⁰ A. CAVEDON, M. G. CALZOLARI, *op.cit.*, pp.12-13.

La fase successiva è quella della rievocazione, vale a dire l'attività di richiamo consapevole del "materiale esistente nella memoria"¹¹¹. Si tratta di quel processo mentale di ripasso, che il testimone compie con particolare intensità nel momento in cui viene a conoscenza della sua futura citazione a deporre. Anche in questa fase possono intervenire numerosi fattori in grado di influenzare il contenuto della successiva deposizione. Il testimone, ad esempio, può modificare o adattare i ricordi degli eventi per timore che la propria dichiarazione possa arrecare un danno a sé stesso o ad altri. La situazione ideale, da un punto di vista probatorio sarebbe quella di raccogliere la sua testimonianza "a caldo", cioè immediatamente dopo i fatti, in modo da ridurre al minimo tali alterazioni.

In questo processo giocano un ruolo significativo i meccanismi inconsci che intervengono con la conservazione del ricordo, come il processo di integrazione.

Un'ulteriore variabile capace di contaminare la memoria del testimone è rappresentata dagli interrogatori a cui il teste può essere sottoposto prima del dibattimento. In tali occasioni, infatti, il testimone può essere sentito in segreto dalla polizia, subendo pressioni che potrebbero influenzare il suo ricordo.

Alle imperfezioni intrinseche del ricordo si sommano poi, nel momento della verbalizzazione in aula, ulteriori fonti di alterazione, dovute al contesto dell'esame e alla formulazione delle domande che possono modificare ulteriormente il contenuto della testimonianza.

1.2.3. I fattori esterni di distorsione della dichiarazione: rievocazione ed espressione in aula

Prima di analizzare le modalità di rievocazione e le distorsioni indotte dal contesto processuale, è opportuno ricordare che la prestazione cognitiva del testimone è strettamente connessa al suo stato emotivo.

La legge di Yerkes-Dodson, teorizzata nel 1908, descrive la relazione tra il livello di attivazione emotiva e il rendimento mentale secondo un modello a U

¹¹¹ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.1215.

rovesciata. Quando il livello di *arousal* è troppo basso, a causa di scarso interesse o coinvolgimento nella situazione che si sta vivendo, la performance risulterà mediocre; al contrario, un maggior livello di *arousal* e di stress renderà migliore la performance. Tuttavia, quando lo stress supera il picco ottimale e raggiunge livelli eccessivi, la curva discende nuovamente, determinando un peggioramento della capacità di attenzione e memoria¹¹².

Ciò detto, è facile comprendere come il contesto del tribunale inneschi nel teste chiamato a deporre un altissimo livello di stress, comportando un superamento della soglia ottimale, che quindi esiterà in una minore accuratezza del ricordo.

Sono state condotte numerose ricerche in merito alla rievocazione del ricordo e sulla sua successiva espressione in aula. Le ricerche condotte hanno analizzato sia il contenuto sia la forma delle domande.

È stato rilevato, ad esempio, che quando vengono poste domande chiuse cioè con due sole alternative di risposta (ad es. “aveva o non aveva la cravatta?”¹¹³) solitamente il testimone tende a scegliere l’opzione formulata in modo positivo.

Ancora più insidiosa è l’ipotesi in cui, attraverso domande implicative per supposizione, vengano introdotti dettagli non reali che il testimone tende per accettare come veri. Ad esempio, se si chiede “ha visto la valigia sul portapacchi?”¹¹⁴ il teste potrebbe dare per scontata l’esistenza del portapacchi stesso.

Un effetto simile si produce con le domande disgiuntive parziali, ad esempio “l’uomo era vestito di bianco o di nero?”¹¹⁵, che costringono il testimone a scegliere l’opzione che più si avvicina al suo ricordo, deformandolo.

È stato inoltre dimostrato come anche l’uso di determinati termini può modificare e plasmare il ricordo; infatti, durante gli anni ‘70 numerosi studi vennero condotti da Elizabeth Loftus. Questa condusse una serie di esperimenti in merito alle distorsioni della memoria, riuscendo a dimostrare che la memoria umana è suggestionabile poiché un soggetto ricorda deformando la sua rappresentazione del passato.

¹¹² A. CAVEDON, M. G. CALZOLARI, *op.cit.*, p.10.

¹¹³ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.1215.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

Nel 1974 Loftus riuscì a dimostrare che era possibile modificare il modo in cui i soggetti ricordavano un incidente stradale, formulando in modi diversi le domande a proposito dei fatti accaduti. Risulta senz'altro opportuno, ai fini della presente trattazione, riassumere brevemente l'esperimento citato. Durante l'esperimento vennero presi 150 studenti universitari ai quali venne fatto guardare un filmato che mostrava un incidente stradale. Successivamente, venne richiesto agli stessi di compilare un questionario riguardante i fatti osservati: ciò che cambiava era soltanto la formulazione della domanda relativa alla velocità dei veicoli coinvolti. Dunque, ad un gruppo venne posta la seguente domanda: *"About how fast were the cars going when they hit each other?"*, mentre all'altro gruppo venne chiesto *"About how fast were the cars going when they smashed each other?"*. Circa una settimana dopo gli studenti furono nuovamente interrogati sull'incidente cui avevano assistito, e venne loro domandato se avessero visto dei vetri rotti – anche se nel filmato non compariva alcuna presenza di frammenti di vetro – e il risultato fu sconvolgente: gli studenti a cui era stata posta la domanda nella formulazione più violenta, utilizzando il verbo *to smash* – fracassarsi – mostrarono una tendenza decisamente maggiore a ricordare un particolare del tutto inesistente. Poiché la presenza di vetri rotti è un elemento coerente con l'immagine di due auto che si schiantano piuttosto che di due auto che si urtano – *to hit each other* – i partecipanti furono indotti a ricostruire l'evento in maniera distorta.¹¹⁶

Un'altra categoria di domande suggestive è rappresentata da quelle condizionali: nelle forme affermative (ad es. "non era forse bianca l'auto dell'imputato?") il testimone, percependo che ci si attende una risposta positiva, tende a rispondere in modo positivo, mentre, in quelle negative (ad es. "era forse bianca l'auto dell'imputato?") egli intuisce l'aspettativa di una risposta contraria.

Particolarmente insidiose sono poi le domande indirette di tipo dubitativo, che celano il suggerimento con una forma apparentemente neutra, come: "mi domando se lei ricorda se l'auto dell'imputato fosse una Fiat o un'Alfa Romeo" la quale induce inconsciamente il testimone a scegliere tra opzioni prefissate. Anche le affermazioni di dubbio sono da considerarsi psicologicamente pressanti come, ad

¹¹⁶ M. FEYLES, *La memoria: un testimone non attendibile?*, in *L'Ircocervo*, disponibile online: <https://lircocervo.it/?p=999&page=4>

esempio, “non si sta sbagliando?”; questo genere di domande può esercitare una notevole pressione psicologica, generando nel testimone in buona fede un timore più intenso di quello del mentitore consapevole.

È dunque necessario che le parti usino tali tecniche con estrema prudenza, poiché possono alterare la genuinità della deposizione e compromettere la ricerca della verità.

L'espressione consiste nella narrazione orale resa dal testimone durante il dibattimento. Anche in questa fase emergono difficoltà, poiché non tutti i soggetti sono in grado di tradurre oralmente ciò che ricordano. Il passaggio dal ricordo all'esposizione verbale comporta inevitabilmente una semplificazione linguistica che può ridurre la precisione della testimonianza.

La ricerca psicologica ritiene opportuno che dapprima si proceda con una narrazione libera del testimone dei fatti e che solo in seguito gli si pongano delle domande. Le ricerche dimostrano che, sebbene l'interrogatorio possa apparire più completo della narrazione libera, contiene più errori e distorsioni del primo.

Quindi, è opportuno affermare che il racconto libero consenta di ottenere una rievocazione più accurata anche se meno completa, mentre l'interrogatorio o la rievocazione guidata consentono di ottenere un resoconto testimoniale meno accurato ma più completo.

Inoltre, anche l'ordine e il ritmo con cui le domande vengono formulate possono alterare la capacità del teste di ricordare i fatti accuratamente.

Quindi, inizialmente, viene preferito il racconto libero, se pur lungo e lacunoso, poiché in tal modo si consente al teste di rievocare il suo ricordo in maniera libera e il più possibile esente da pressioni esterne; poiché l'interrogante potrebbe “inavvertitamente suggerire ipotesi, indirizzare il pensiero e le strategie di recupero dell'informazione del testimone, stravolgendone completamente i ricordi che, come abbiamo appena detto, possono già essere fortemente deteriorati o labili”¹¹⁷. È preferibile quindi aspettare che il teste abbia terminato la propria narrazione libera per procedere al recupero guidato, procedendo prima con

¹¹⁷A. CAVEDON, M. G. CALZOLARI, *op.cit.*, p.14.

domande formulate basandosi su quanto emerso nel racconto libero, formulandole prima in maniera aperta fino a renderle sempre più specifiche.

Infine, è opportuno rammentare il ruolo delle domande suggestive nella ricerca della verità. Queste sono vietate nell'esame diretto, poiché la parte che presenta il testimone deve valutarne l'attendibilità, mentre sono ammesse nel controesame, fase in cui lo scopo è verificare la credibilità del dichiarante.

1.3. L'esame testimoniale: struttura

1.3.1. L'esame incrociato

Il libro VII del codice di procedura penale è dedicato al giudizio e si articola in tre titoli: il titolo I, relativo agli atti preliminari al dibattimento; il titolo II rubricato giudizio e il III dedicato alla sentenza. All'interno del titolo II, il capo III è rubricato "istruzione dibattimentale".

L'esame testimoniale avviene durante il dibattimento nella forma dell'esame incrociato, regolato dal Codice di procedura penale ex. articoli 498 e 499 C.p.p. "Come il dibattimento è il cuore del processo e l'istruzione è il cuore del dibattimento, così l'esame è il centro dell'istruzione dibattimentale."¹¹⁸

Durante questa fase, infatti, l'art. 111 della Costituzione trova attuazione concreta, poiché la prova si forma nel contraddittorio tra le parti.

L'ordine di assunzione delle prove è disciplinato dall'art. 496 C.p.p., secondo cui l'istruzione dibattimentale inizia con l'assunzione delle prove richieste dal pubblico ministero e prosegue con quelle richieste da altre parti, secondo l'ordine precisato all'art 493 co. 2 C.p.p.

Ai sensi dell'art 497 C.p.p., i testimoni vengono esaminati uno dopo l'altro nell'ordine indicato dalle parti che li hanno proposti e tale facoltà di stabilire liberamente l'ordine di assunzione della prova è una manifestazione plastica del principio argomentativo della prova¹¹⁹, fondato sull'idea di un confronto dialettico tra le parti.

¹¹⁸ E. FASSONE, *Il giudizio*, E. FORTUNA, S. DRAGONE, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI (a cura di), *op.cit.*, p.935.

¹¹⁹ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.776.

Giova rimarcare inoltre la scrupolosità del sistema, nella parte in cui prevede all'art. 149 delle disposizioni di attuazione del C.p.p.–riproducendo quasi testualmente l'art.448, co.3 del codice del 1930–in cui prescrive che l'esame del testimone si svolga in modo tale da impedire che, prima della deposizione, le persone citate possano comunicare con le parti, i difensori, i consulenti tecnici o assistere all'esame di altri testimoni o , comunque, venire a conoscenza di quanto si compie nell'aula di udienza.¹²⁰

L'istruzione dibattimentale si svolge, pertanto, nel rispetto dei principi dell'onere¹²¹ e della disponibilità della prova¹²².

Le prove orali, tra cui l'esame testimoniale, inteso come lo strumento con cui “un soggetto, portatore di conoscenze rilevanti, è richiesto di versarle nel processo”,¹²³ vengono assunte tutte attraverso la tecnica dell'esame incrociato, che si compone nell'esame diretto, controesame e riesame.

L'esame testimoniale viene condotto ad opera di una parte davanti ad un giudice terzo ed ha l'attitudine a costituire mezzo di prova.

Il testimone ha l'obbligo penalmente sanzionato di rispondere secondo verità, deve inoltre essere avvisato dal giudice dell'esistenza di tale obbligo e delle responsabilità che la legge prevede per i testimoni falsi o reticenti.¹²⁴

Il testimone non giura, ma pronuncia la formula illustrata all'art. 497 co. 2 C.p.p.¹²⁵ e successivamente è invitato dal giudice a fornire le proprie generalità.

È opportuno menzionare che “il mancato rispetto delle previsioni concernenti avvertimenti e inviti preliminari alla testimonianza determina la nullità della stessa ed è da ricondurre alla violazione degli articoli 181 e 182 cpp, nonché alla categoria delle nullità relative”¹²⁶.

L'esame incrociato, cuore del dibattimento, si articola nelle tre fasi dell'esame diretto, controesame e riesame, come previsto dall'art. 498 C.p.p. e in

¹²⁰ E. FASSONE, *Il giudizio*, op. cit., p.938.

¹²¹ Art 27 co.2 Costituzione.

¹²² Art. 190 C.p.p.

¹²³ E. FASSONE, *Il giudizio*, op. cit., p.935.

¹²⁴ Cfr. 372 C.p.

¹²⁵ “Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza.”

¹²⁶ G. GARUTI, *Il giudizio ordinario* in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Torino ,2024. p.692.

queste fasi i soggetti che pongono le domande sono il pubblico ministero e i difensori delle parti private.

L'esame diretto consiste nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto di interrogare il testimone e mira a ottenere la narrazione dei fatti conosciuti dal testimone e ad estrapolare dal suo racconto elementi utili a dimostrare la tesi di chi lo ha chiamato a deporre.

Il testimone deve essere collocato su un seggio ben visibile sia al giudice che alle parti, in modo da evitare che vi sia una eccessiva prossimità fisica tra esaminatore ed esaminato, così da evitare soggezione o intimidazione.

Solitamente il soggetto interrogante conosce già le informazioni che il testimone fornirà: il suo compito sarà dimostrare che il teste sia "attendibile e credibile".¹²⁷ In questa fase sono vietate le domande che possano compromettere la sincerità delle risposte (499 co.2 C.p.p.) e le domande-suggerimento (domande suggestive)—divieto che si estende anche alle parti che abbiano un interesse comune con l'esaminatore come la parte civile nei confronti del pubblico ministero, dimostrando l'attenzione del legislatore a che l'esame venga svolto in modo leale (499 co. 6 C.p.p.) – poiché potrebbero minare l'attendibilità del teste, orientandone la risposta (499 co.3 C.p.p.).

Si suole rimarcare come il legislatore sia animato dal desiderio di offrire un'immagine di giustizia "sportiva"¹²⁸ che emerge dall'introduzione di numerosi precetti deontologici per limitare, quanto più possibile, quell'inevitabile grado di aggressività insito nell'esame diretto condotto da una parte. L'esame deve quindi vertere su fatti specifici (art. 499, co.1 C.p.p.), richiamando l'obbligo specifico già previsto all'art. 194, co.3, C.p.p., di interrogare il testimone soltanto su fatti determinati.

Ne consegue che l'intero art. 194 C.p.p. "entra a far parte del codice di correttezza relativo all'esame: e se il teste non può «esprimere apprezzamenti

¹²⁷ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.779.

¹²⁸ E. FASSONE, *Il giudizio, op. cit.*, p.939.

personali», è inevitabile dedurre che tali apprezzamenti non gli possono essere richiesti, salvo che sia «impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti».”¹²⁹

A questo proposito emerge un problema già posto dall’art. 468 C.p.p. che trova qui la sua piena rilevanza applicativa. Secondo tale norma, la parte che deposita in cancelleria le liste testimoniali deve non solo indicare i soggetti che intende esaminare, ma anche le circostanze oggetto dell’esame. Ne consegue, per lealtà processuale, il divieto di introdurre temi non previamente specificati, onde evitare pregiudizi alla controparte privandola del diritto alla controprova. Tale divieto va però applicato con misura: l’eventuale estensione delle circostanze può essere ammessa quando costituisca sviluppo non malizioso di quelle già indicate.

Spetterà quindi al presidente valutare caso per caso, assumendo il principio di lealtà dell’esame quale criterio guida.¹³⁰

Terminato l’esame diretto, le parti che non lo hanno richiesto—quelle che hanno un interesse contrario alla parte che ha presentato quel soggetto come testimone—possono rivolgere ulteriori domande alla persona già sentita, questa fase è denominata dalla rubrica della norma come *controesame*.

È bene rimarcare l’eventualità di questa fase, che è pertanto rimessa alla decisione della controparte di esaminare lo stesso teste ascoltato in sede di esame diretto.

Il controesame avrà ad oggetto i fatti o la credibilità del testimone e tende ad ottenere una narrazione che sia idonea a rimarcare la non attendibilità del teste, o a fargli dichiarare un fatto diverso, o contrario rispetto a quello esposto nell’esame diretto, o una spiegazione alternativa o contraddittoria rispetto a quella fornita in sede di esame diretto.

In questa fase le domande suggestive sono ammesse al fine di “saggiare come vi reagisca il testimone o di far cadere quest’ultimo in contraddizione”¹³¹, quando quindi siano finalizzate al recupero della verità. Al contrario, non sono ammesse le domande nocive che, per definizione, alterano la verità.

¹²⁹Ibidem.

¹³⁰Ibidem.

¹³¹ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.780.

Alcuni hanno sostenuto che anche nel controesame le domande suggestive sarebbero vietate in forza del principio generale di lealtà sancito dall'articolo 499 C.p.p. u.c.¹³², si ritiene però che il confronto tra le formule di apertura dei commi 2 e 3 sia troppo chiaro per consentire letture di segno diverso.

La terza ed ultima fase in cui si articola l'esame incrociato è quella del riesame, fase "doppiamente eventuale"¹³³ che si tiene soltanto se la parte che ha citato il testimone intende effettivamente procedervi. La sua funzione è consentire, a chi ha introdotto la prova, il recupero della sequenza fattuale dopo che il controesame ha tentato di metterne in dubbio l'esistenza; in tal modo si ha l'opportunità di sentire nuovamente il testimone in modo da chiarire quanto detto, integrare quanto emerso o di illustrare le ragioni delle contraddizioni in cui il testimone sia eventualmente incorso, al fine di corroborare la validità della dichiarazione originaria.

Dalle considerazioni finora svolte, emerge che l'esame incrociato non si riduce alla mera facoltà, riconosciuta alle parti, di porre domande ai testimoni. Si tratta, al contrario, di un meccanismo strutturato e complesso, sorretto da regole puntuali. Pertanto, non si può di certo affermare che l'esame incrociato sia "frutto di improvvisazione"¹³⁴ al contrario, le domande e il loro ordine sono l'esito di una

¹³² Dispositivo art.499 C.p.p.

1. L'esame testimoniale si svolge mediante domande su fatti specifici [194](1).

2. Nel corso dell'esame sono vietate le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte(2).

3. Nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande che tendono a suggerire le risposte.

4. Il presidente cura che l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona.

5. Il testimone può essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto della memoria, documenti da lui redatti [501 2, 514 2].

6. Durante l'esame, il presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni, ordinando, se occorre, l'esibizione del verbale nella parte in cui le dichiarazioni sono state utilizzate per le contestazioni.

¹³³ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, Milano, 2024.

¹³⁴ A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970, p. 216, cit. in P. TONINI, C. CONTI, *op. cit.*, 2024, p. 786.

L'autore, nel momento in cui aveva proposto l'inserimento dell'istituto nella legge delega per il nuovo codice, così si esprimeva:

«Chi credesse che l'esame incrociato sia frutto di improvvisazione, sbaglierebbe. Al contrario, le domande e l'ordine di esse sono il risultato di una lunga, laboriosa e meticolosa preparazione. Nei paesi in cui l'esame incrociato è in uso, il tempo dedicato allo studio di esso impegna i legali come e più di quanto da noi avvenga per le questioni giuridiche. (...) Inoltre, il legale dovrà

lunga, accurata e meticolosa preparazione. Nei sistemi in cui tale istituto è in uso, il tempo che vi si dedica per studiarlo impegna i legali quanto, se non più, di quello che si riserva alle questioni giuridiche.

L'esame incrociato non può essere interrotto sebbene le parti, durante il suo svolgimento, dispongano della possibilità di formulare opposizioni, sulle quali il presidente decide immediatamente e senza formalità come disposto ex. Art. 504 C.p.p.

Può, ad esempio, accadere che una domanda sia inammissibile o non pertinente, o che si tratti di una domanda suggerimento nei casi in cui tale tipologia è preclusa. Soltanto al termine della sequenza esame diretto–controesame–riesame il presidente può rivolgere d'ufficio domande al testimone, in modo da non alterare la sequenza logica seguita dalle parti.

Dopo le domande del presidente, le parti hanno il diritto di concludere l'esame secondo l'ordine stabilito ex art. 506 co.2 e, nel caso in cui il presidente non consenta alle parti di concludere l'esame¹³⁵, si verifica una nullità a regime intermedio ex. Art. 178 co.1 lett. b o c¹³⁶, sanabile ai sensi dell'art. 182 C.p.p.¹³⁷

frequentemente ampliare per proprio conto le indagini e raccogliere ogni notizia possibile sul fatto addebitato, sulle persone, sui luoghi e su ogni altro particolare».

¹³⁵ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, pp. 786-787.

¹³⁶ Dispositivo Lett art. 178 C.p.p.

1. È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti:

a) le condizioni di capacità del giudice [33] e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario(1);

b) l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento;

c) l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante(2).

¹³⁷ Dispositivo Lett. Art 182 C.p.p.

1. Le nullità previste dagli articoli 180 e 181 non possono essere eccepite da chi vi ha dato o ha concorso a darvi causa ovvero non ha interesse all'osservanza della disposizione violata(1).

2. Quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo. Negli altri casi la nullità deve essere eccepita entro i termini previsti dagli articoli 180 e 181 commi 2, 3 e 4.

3. I termini per rilevare o eccepire le nullità sono stabiliti a pena di decadenza [173](2).

1.3.2. L'incidenza delle modalità di esame sull'attendibilità della testimonianza

L'esame incrociato si fonda sul principio secondo cui si può giungere alla verità tanto meglio quanto più è lo spazio lasciato alla dialettica tra le parti in conflitto.

In tal modo, esse riescono a trarre dalla fonte di prova tutto ciò che può offrire, svelandone al contempo il grado di genuinità e di attendibilità.

Affinché l'esame incrociato rimanga un metodo di ricerca del vero e di ricostruzione dei fatti e non si trasformi in uno strumento di intimidazione, allarme o inganno nei confronti del testimone, il Codice prevede regole e un penetrante controllo da parte del giudice.

Le regole concernenti le modalità di formulazione delle domande valgono “per i tre momenti dell'esame diretto, del controesame e del riesame; ed hanno lo scopo di tutelare sia la genuinità della prova, sia il rispetto della dignità della persona sottoposta all'esame”.¹³⁸

Per quanto concerne le regole per le domande, è opportuno analizzare quali siano ammesse e quali no, in modo da comprendere le ragioni sottese a tale scelta.

Nell'esame diretto e nel riesame non sono ammesse le domande suggestive, mentre nel controesame queste sono ammesse. Tale impostazione si spiega considerando che ogni fase dell'esame risponde a finalità diverse: l'esame diretto presuppone che l'esaminatore ritenga che l'esaminato dirà la verità e se ne serva per comunicarla al giudice, che ne è ignaro; il controesame muove, invece, dall'ipotesi che l'interrogante voglia rovesciare l'apparente verità offerta al giudice in sede di esame diretto per ripristinare quella reale: il riesame, infine, parte dal presupposto che le contraddizioni o incertezze dell'esaminato dipendano soltanto dalla sua difficoltà a reggere la pressione delle domande suggestive del controesame, ed è finalizzato a sottrarlo agli effetti di tale tendenziosità.

È proprio da queste premesse che discende la disciplina propria di ciascuna fase.

¹³⁸ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.787.

L'esame diretto, che serve a comunicare al giudice qualcosa che la parte interrogante già sa e che il giudice ancora non sa, richiede che non vengano poste domande che diano per scontato alcun presupposto logicamente anteriore a quanto riferito dal teste. La domanda suggestiva è vietata perché indurrebbe il testimone a considerare per acquisito ciò che egli non ha spontaneamente enunciato nella naturale esposizione dei fatti, così come presenti nella sua memoria.

Ad esempio, la domanda "il giubbotto dell'assalitore si macchiò di sangue?" risulterà corretta se il teste ha già detto che quella persona indossava un giubbotto, ma diventerà suggestiva se tale circostanza non è mai stata introdotta, poiché tende a far ritenere acquisito ciò che non lo è. La stessa domanda sarà altresì considerata nociva se risulta che l'assalitore non portava alcun giubbotto, poiché mirerebbe a creare sconcerto o a tendere un'insidia a cui il teste, per timore, esitazione o eccessiva pressione (secondo il modello previamente illustrato dalla legge di Yerkes-Dodson), potrebbe reagire in modo non genuino.

Ne consegue quindi che uno dei criteri per distinguere tra le domande lecite, suggestive o nocive è quello della presupposizione: il presupposto della domanda è quel fatto o circostanza che l'esaminatore dà per acquisito, ma che l'esaminato può o meno condividere. Affinché la domanda sia corretta occorre che il destinatario concordi sull'esistenza del presupposto, anche implicitamente.

Tuttavia, un eccessivo rigore nella applicazione del criterio della presupposizione porterebbe a concludere che quasi ogni domanda contenga un tasso di presupposizione e quindi risulterebbero inammissibili quasi tutte le domande.

Affinché la domanda sia legittima, è essenziale che questo presupposto non implichi risultati utili per il deducente. Una tecnica corretta d'esame sarebbe quella che fa emergere un solo elemento per domanda, procedendo dal più oggettivo e incontrovertibile (ad esempio, invece di chiedere se il rapinatore avesse una cicatrice sulla guancia, si può chiedere se il teste abbia notato segni particolari, poi in quale parte del corpo, e così via). È lecito considerare come acquisiti quei presupposti che ragionevolmente possono dirsi ammessi o pacificamente conosciuti dal teste.

Al contrario, nel controesame, l'assunto di base— che il controesaminatore non creda alla verità di quanto riferito poco prima—legittima la domanda suggestiva quando finalizzata al recupero della verità, ma non legittima la domanda nociva, che, per definizione, la altera. Se il teste è sincero ma in errore, la domanda suggestiva può portare alla luce la fallacia della sua percezione di allora o della sua memoria odierna, invece, se il teste mente, ne favorirà lo smascheramento. È però decisivo che anche la domanda suggestiva si muova entro una finalizzazione al vero.

Quindi, la domanda poc'anzi ipotizzata riguardante la macchia sul giubbotto, sarà ammissibile se il teste non ha parlato né di giubbotto né di sangue quando, attraverso la risposta, si intenda dimostrare che egli non ha visto bene la scena; resta invece inammissibile la domanda “il giubbotto si macchiò davanti o dietro?” se è assodato che l'indumento non riportò macchie.

Sulla base di quanto detto, l'accertamento della verità rimane lo scopo del processo, pur senza pretese di verità oggettiva. È quindi opportuno chiarire i concetti di genuinità, sincerità e lealtà, quali valori-guida nella conduzione dell'esame.

La genuinità è la salvaguardia del “senso di paternità” della risposta in capo a chi la rende. La sincerità è la corrispondenza tra la rappresentazione del reale posseduta dal soggetto e la proposizione da lui enunciata. La lealtà attiene invece all'esaminatore, e consiste nell'astenersi dal porre domande fondate su presupposti falsi, indotti come veri all'esaminato.

Queste categorie possono combinarsi in modi diversi: un teste può essere genuino ma falso (se la risposta rispecchia la sua volontà, ma non la realtà); oppure non genuino e vero (se, grazie all'abilità dell'esaminatore, viene indotto suo malgrado a smascherarsi: es., “in base a che cosa distingue un'arma vera da un giocattolo?”, sapendo già che si trattava di un'arma vera). Parimenti, un teste può essere sincero e dire qualcosa di difforme dal reale (per errore percettivo), o essere falso e pronunciare parole conformi al vero (es., afferma di aver visto l'imputato in un luogo dove in realtà non lo vide, ma in cui l'imputato effettivamente si trovava).

Ne deriva un intreccio complesso dei precetti che strutturano l'art. 499: una domanda che sarebbe suggestiva può servire a richiamare alla memoria del teste una circostanza reale da lui dimenticata e non è quindi a priori inammissibile neppure nell'esame diretto (es.: "a che ora è solito recarsi da sua madre?" è suggestiva se mira obliquamente a far dire l'ora del fatto che il teste non ricorda; è lecita se il teste ha già dichiarato di aver visto l'accaduto mentre si preparava per quella visita). Viceversa, una domanda che nell'esame diretto potrebbe reputarsi nociva alla sincerità della risposta può, nel controesame, acquisire legittimità se diretta a far emergere la mendacità della precedente affermazione.

Si può allora tracciare questo quadro: nel controesame soltanto sono ammissibili le domande suggestive ma, poiché l'intero esame è governato dalla tutela della genuinità, risultano legittime solo quelle in cui la suggestione – la "guida" – mira a far emergere la non sincerità della risposta precedente, preservando però il senso di paternità della nuova risposta.

Per differenza, lo spazio della domanda nociva si definisce come quella che, agendo sui sentimenti del teste, lo allontana da ciò che egli genuinamente direbbe: riducendone la capacità evocativa o espositiva ("come può dire che la velocità era elevata se non sa neppure guidare?"); amplificando il timore dell'imperfezione del ricordo sino a farlo divenire dubbio rilevante ("può dire con assoluta certezza che l'imputato pronunciò esattamente quelle parole?"); oppure inserendo timori o traumi emotivi tra evocazione ed enunciazione ("si sentirebbe di mandare in carcere un padre di famiglia basandosi solo sulla sua memoria?").

Va infine ricordato – a sottolineare la necessità di un'etica comune dell'esame – che la domanda suggestiva (e, in parte, anche la nociva) può produrre un danno irreparabile già con la sola formulazione: è sufficiente proferirla perché il suggerimento o l'intimidazione giungano al testimone, anche se la controparte si oppone e il giudice accoglie l'obiezione. Basterà che l'esaminatore riproponga subito dopo una domanda non suggestiva perché l'esaminato si adegui, se quello era lo scopo della prima, all'obiettivo perseguito.

In conclusione, in un sistema come il nostro, che non ha adottato una tipizzazione rigida delle *rules of evidence*, ma ha scelto l'enunciazione di valori di

fondo la cui tutela è affidata al giudice-moderatore, occorre ritenere che, al di là di classificazioni concettuali impossibili, le regole sull'esame non sono rigidamente precettive, ma strumentali rispetto al fine: garantire sincerità e genuinità delle risposte.¹³⁹

Sono ammesse le domande su fatti specifici (499 co.1): ciò non esclude che una parte possa chiedere al dichiarante di narrare ciò che ha percepito, ma ciò che si vuole evitare è che il testimone ripeta un racconto imparato a memoria. La domanda deve avere ad oggetto un fatto determinato e non un apprezzamento del dichiarante (194, co.3), che può formulare apprezzamenti solo quando risulti impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti.

Sono vietate le domande nocive, ossia le domande che aggrediscono l'autodeterminazione del teste o che possano minare la sincerità delle sue risposte (499, co.2); non sono ammesse quindi domande intimidatorie o suadenti. L'unico richiamo consentito è quello formale del presidente del collegio giudicante ai sensi dell'art.207.¹⁴⁰

Sono inoltre vietate le domande lesive del rispetto della persona umana (499,co.4) ossia quelle che ledono l'onore o la reputazione del deponente. Tuttavia, quando nel controesame occorre saggiare la credibilità del dichiarante, il diritto di difesa mediante prove prevale sulla riservatezza della persona: il codice non contempla "materie non indagabili".

¹³⁹ E. FASSONE, *Il giudizio*, op. cit., p.p.944.

¹⁴⁰ Art. 207 C.p.p.

1. Se nel corso dell'esame un testimone rende dichiarazioni contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite, il presidente o il giudice glielo fa rilevare rinnovandogli, se del caso, l'avvertimento previsto dall'articolo 497 comma 2. Allo stesso avvertimento provvede se un testimone rifiuta di deporre fuori dei casi espressamente previsti dalla legge e, se il testimone persiste nel rifiuto, dispone l'immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero perché proceda a norma di legge [476 2](1).

2. Con la decisione che definisce la fase processuale in cui il testimone ha prestato il suo ufficio, il giudice, se ravvisa indizi del reato previsto dall'articolo 372 del codice penale, ne informa il pubblico ministero trasmettendogli i relativi atti.

Su richiesta dell'interessato, il presidente predisporre che il dibattimento si svolga a porte chiuse quando l'assunzione della prova possa arrecare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni o delle parti private in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione. (472, co.2). In ogni caso, il giudice può disporre le porte chiuse quando la pubblicità può nuocere al buon costume (472, co.1).¹⁴¹

1.3.3. La giurisprudenza di legittimità sull'esame e controesame: il diritto vivente

La disciplina normativa, tuttavia, non esaurisce la complessità applicativa dell'istituto. L'esame e il controesame trovano infatti la loro concreta declinazione nel c.d. diritto vivente, ossia nell'elaborazione giurisprudenziale che ne definisce limiti, garanzie e modalità operative.

È la Corte di Cassazione, in particolare, ad aver precisato, da un lato, il regime delle domande suggestive nei diversi momenti dell'assunzione della prova e, dall'altro, i limiti dei poteri officiosi del giudice, con ricadute tanto sulla valutazione di attendibilità, quando sulla stessa legittimità del procedimento di formazione della prova.

Secondo un orientamento ormai costante, il divieto di porre domande suggestive— che opera nell'esame diretto— non è assistito, di regola, da sanzioni automatiche di inutilizzabilità o nullità della deposizione. La violazione incide principalmente sul piano della genuinità della dichiarazione e, dunque, sull'apprezzamento dell'attendibilità, che spetta al giudice di merito; salvo che il vizio si traduca in una compromissione dell'intera narrazione o in una concreta lesione del contraddittorio. La Corte è quindi costante nell'escludere che il divieto dell'art. 499 C.p.p. possa trasformarsi nell'espulsione automatica della deposizione, chiarendo altresì che il divieto codicistico riguarda il dibattimento, e non si estende, come tale, alle dichiarazioni rese in fase di indagini.

¹⁴¹ P. TONINI, C. CONTI, 2024, *op.cit.*, p.782.

Invero, la Corte di Cassazione, ha ribadito principi importantissimi in tema di utilizzabilità della prova dichiarativa, con specifico riguardo al divieto di porre domande suggestive ex art. 499 C.p.p. Il Supremo Collegio ha inoltre ribadito che “il divieto di porre domande suggestive di cui all’art. 499 C.p.p. non si applica alle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla persona informata sui fatti, in quanto la norma riguarda il dibattimento e non le indagini preliminari”¹⁴². Inoltre, la Suprema Corte ha chiarito che “la violazione del divieto di porre domande suggestive non dà luogo né alla sanzione di inutilizzabilità prevista dall’art. 191 C.p.p., né a quella di nullità, atteso che l’inosservanza delle disposizioni fissate dagli artt. 498, comma 1, e 499 c.p.p. non determina l’assunzione di prove in violazione dei divieti di legge ovvero la inosservanza di alcuna delle previsioni dettate dall’art. 178 C.p.p. e rileva soltanto sul piano della valutazione della genuinità della prova, che può risultare compromessa esclusivamente se la modalità incriminata inficia l’intera dichiarazione e non semplicemente la singola risposta fornita, ben potendo il giudizio di piena attendibilità del teste essere fondato sulle risposte alle altre domande”.¹⁴³

È opportuno menzionare che la giurisprudenza di legittimità conferma l’orientamento sopra delineato nel decidere il ricorso proposto avverso la condanna pronunciata dalla Corte d’appello di Napoli a nove anni di reclusione per i reati di cui agli artt. 81, comma 2, 609-bis e 609-ter, comma 1, n. 1, c.p., in relazione a plurimi atti sessuali commessi su M.L. e M.G.¹⁴⁴

Contro questa sentenza ha presentato ricorso l’avv. Taormina Carlo, censurando il vizio di motivazione “per avere la sentenza operato una ricostruzione dei fatti che non tiene conto delle considerazioni svolte dalla parte nell’atto di gravame, in punto di sussistenza di elementi capaci di dimostrare l’errata

¹⁴² Cass., Sez. II, 20 gennaio 2021, n. 2388.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Cassazione penale sez. III, 25 giugno 2019, n.42568. La Corte ha ritenuto il condannato colpevole “perché, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, in più occasioni costringeva i minori M.L., la sorella M.G., a subire atti sessuali consistiti nel denudare i due bambini, nell’avere rapporti orali con il bambino, nel mettere il suo pene sulla pancia della bambina e dietro il sedere di entrambi, nel toccare gli organi genitali della bambina, nell’ejaculare su di loro, nel colpirli e morderli chiamandoli con appellativi ingiuriosi; b) artt. 56,610 cpv. c.p., art. 61 c.p., n. 2), perché, al fine di assicurarsi l’impunità del reato sub a), minacciava le persone offese con un coltello da cucina, dicendo loro che li avrebbe uccisi se avessero raccontato ai genitori o alla zia, sua compagna, quello che subivano da lui (dal 2012, con condotta perdurante al dicembre 2014)”.

interpretazione dei dati probanti e specificamente della prova testimoniale, ovvero della audizione dei minori. In particolare, non si sarebbe tenuto conto delle modalità di disvelamento dei fatti, della sedimentazione del narrato, frutto di colloqui ripetuti, delle errate modalità di ascolto, delle ipotesi alternative non tenute completamente in considerazione, della suggestionabilità dei minori”¹⁴⁵; infatti secondo la difesa difetterebbe l’analisi della credibilità clinica di entrambi i minori, avendo la dottoressa D. svolto una valutazione delle capacità laconica, sommaria e, per di più, successiva all’escussione dei minori, dalla quale emergerebbe la capacità a deporre della sola M.G. e l’incapacità del fratello.

In aggiunta, secondo la difesa, il perito avrebbe dichiarato di avere impiegato, nell’audizione dei minori, un metodo privo di riconoscimento scientifico in luogo dei criteri CBCA; sussistendo quindi un grave travisamento della prova, giacché, nel caso concreto, non sarebbe stata svolta un’analisi delle modalità di disvelamento. Secondo Taormina difetterebbero linearità, chiarezza e coerenza delle dichiarazioni dei minori, con una tendenza all’amplificazione dei fatti. Si è inoltre rilevato che il perito avrebbe impiegato strumenti tarati su popolazioni adulte per valutare l’esposizione alla sessualizzazione (ATSYC, CSBY), mentre le scale FAT e CAT attesterebbero soltanto un distress traumatico aspecifico, privo di valore dimostrativo sia in ordine alla sussistenza di abusi sia quanto alla credibilità clinica dei minori. Sempre secondo la difesa, dalla lettura delle trascrizioni dell’incidente probatorio emergerebbe chiaramente il contagio dichiarativo dei bambini — ascoltati congiuntamente dalla polizia giudiziaria mediante domande suggestive, focalizzate sugli zii presenti in famiglia, e per di più, circa otto mesi dopo le prime narrazioni familiari e circa quattro mesi dopo la proposizione della denuncia-querela. Né la Corte d’appello avrebbe adeguatamente valutato la reiterazione di domande suggestive, formulate anche dalla madre nell’audizione protetta del minore.

Inoltre, con un terzo motivo, l’avv. Taormina lamenta la violazione di legge e il vizio di motivazione, “per avere la sentenza superato la completa inattendibilità delle dichiarazioni dei minori, affette da intrinseca ed estrinseca incoerenza,

¹⁴⁵ Ibidem.

infirmate significativamente dal complesso degli elementi probatori introdotti dalla difesa.”¹⁴⁶ In aggiunta, si lamenta il fatto che la Corte d’appello avrebbe attribuito rilievo in modo illogico alle testimonianze dell’accusa, disattendendo completamente il narrato dei testi a difesa: in particolare riguardo alle incongruenze dei racconti dei minori su luoghi, modalità e tempi degli asseriti abusi, nonché al netto contrasto tra le loro dichiarazioni e quelle rese dai testimoni della difesa. Si aggiunga che “a parere della difesa, i minori hanno modificato più volte la narrazione rispetto al nucleo centrale della vicenda”.¹⁴⁷ Per di più, si osservi che le inesattezze riguardavano anche i luoghi teatro degli abusi.¹⁴⁸

In aggiunta, secondo la difesa, le deposizioni della maestra A.L., di M.D. e del proprietario C.G. smentirebbero il racconto dei minori su prelievi a scuola, sulle segnalazioni di malessere, sulla presenza dell’imputato con i bambini nonché luogo degli asseriti abusi.

Giova inoltre ricordare che è stato presentato dall’avv. Bolzano Domenico Nicolas, nell’interesse dell’imputato, un secondo ricorso.

La Corte in merito si è espressa ritenendo entrambi i ricorsi, in larga parte sovrapponibili, fondati.

In conclusione, in tema di esame testimoniale, la Suprema Corte ha chiarito, facendo anche riferimento alla consolidata giurisprudenza della stessa, che il divieto di porre domande suggestive si applica a tutti i soggetti che intervengono nell’esame (art. 499 C.p.p., comma 2) e che il giudice deve comunque assicurare la genuinità delle risposte (comma 6)¹⁴⁹, con particolare rigore quando si tratta dell’audizione del minore vittima di reati sessuali, ove vige anche il divieto di domande suggestive valide solo nell’esame e non anche nel controesame.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ In merito: “in casa di M.D., dove ci sarebbe stato un letto sotto cui la minore si nascondeva e una scarpiera, mentre era risultato che il letto presso l’abitazione della zia aveva un cassetto incompatibile con ogni nascondiglio e la scarpiera fu acquistata dopo il matrimonio in epoca incompatibile con gli asseriti abusi; oppure in casa dei nonni paterni, che hanno invece affermato di non aver mai lasciato i minori con terzi; oppure in casa di zia R., descritta dai minori come abbandonata”.

¹⁴⁹ Sul punto, cfr. Cass., Sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373.

¹⁵⁰ Cass. Sez. III, 2002, n. 1048.

Nel caso concreto, infatti, fin dall'immediatezza della denuncia, si sono verificati gravi errori nelle modalità di ascolto: i minori furono sentiti dalla polizia giudiziaria con l'ausilio di un'esperta che avrebbe condotto un esame suggestivo.¹⁵¹

In aggiunta, in sede di incidente probatorio, il perito del giudice concluse per la capacità a testimoniare della minore e l'incapacità del minore, nonostante le sentenze di merito non spieghino quali dichiarazioni siano state poste a fondamento e quali tralasciate in ragione dell'accertata incapacità, né perché sarebbe sufficiente il solo narrato della sorella. Inoltre, durante l'incidente probatorio la madre dei bambini fu presente e, intervenne più volte con domande suggestive su profili decisivi senza che il G.u.p. esercitasse adeguatamente i poteri di garanzia della pertinenza, genuinità e lealtà dell'esame (art. 499, comma 6). La descrizione degli atti da parte della minore risulta, poi, non costante tra le prime le rivelazioni, l'audizione della P.G. e l'incidente probatorio, risultando, dunque, la motivazione d'appello inadeguata anche rispetto al dedotto contagio dichiarativo.

Restano infondate, invece, le censure difensive di inutilizzabilità automatica delle dichiarazioni: la Corte ribadisce infatti che la violazione del divieto di domande suggestive non determina nullità, ma incide solo sulla valutazione di genuinità e soltanto se compromette l'intera dichiarazione.¹⁵²

Sul punto, giova essere menzionata anche l'importante massima della S.C., che si è espressa chiarendo che in tema di esame testimoniale, la violazione del divieto di porre domande suggestive non comporta né l'inutilizzabilità né la nullità della deposizione, non essendo prevista una tale sanzione dall'art. 499, comma 3 C.p.p., né potendo la stessa essere desunta dalle previsioni contenute nell'art. 178 C.p.p.¹⁵³

¹⁵¹ Cfr. Sent. primo grado.

¹⁵² Cfr. Cass., Sez. III, 22 ottobre 2014, n. 4672; Cass., Sez. I, 16 maggio 2013, n. 13387.

¹⁵³ Cass., Sez. III, 16 settembre 2019, n. 49993; In motivazione, la Corte ha peraltro precisato che la domanda suggestiva può compromettere la genuinità della dichiarazione ove abbia inciso sul risultato della prova in maniera da rendere il materiale raccolto globalmente inidoneo ad essere valutato

Chiarito l'inquadramento delle domande suggestive, occorre considerare il profilo speculare dei poteri officiosi del giudice: la giurisprudenza di legittimità ha infatti precisato i confini dell'iniziativa officiosa.

È evidente che il potere del giudice di intervenire sulla testimonianza, consentito solo dopo lo svolgimento dell'esame e del controesame (art. 506, co.2, C.p.p.), è estraneo alla logica dell'alternanza tra le parti, non potendo il giudice calarsi in un esame o in un controesame che non gli compete e che può avere come protagonisti solo le parti¹⁵⁴. Superfluo sarebbe, poi, per sostenere l'assenza di preclusioni in capo al giudice, richiamare la disposizione secondo cui il divieto di domande suggestive riguarda solo la parte che ha citato il teste o quella con interesse comune (art. 499, comma 3, c.p.p.)¹⁵⁵, o che nell'esame del giudice non sussiste il rischio di un previo accordo con il teste.¹⁵⁶ “Se tuttavia la giurisprudenza intende attribuire al giudice la funzione di cooperare con le parti nell'accertamento della verità, allora è comprensibile come torni a rivivere la questione se anche per lui regole e divieti valgano oppure no”.¹⁵⁷

Superando un orientamento pressoché costante secondo cui il giudice può rivolgere anche domande suggestive in un'ottica di terzietà¹⁵⁸, in Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2020 n. 15331, la Corte si esprime con chiarezza richiamando la ratio di

¹⁵⁴ Vd., tuttavia, Cass. Sez. 2, 11 settembre 2019 n. 48957, per la affermazione circa la insussistenza di vizi processuali conseguenti a violazione delle regole previste dall'art. 506 c.p.p. che prescriverebbe soltanto modalità di assunzione che se violate, generano solo irregolarità. In linea, Cass. Sez. 3, 9 novembre 2014 n. 45931.

¹⁵⁵ Sul punto, V. MAFFEO, *L'esame incrociato tra norme e prassi*, Padova, 2012, p. 107.

¹⁵⁶ Cass. Sez. 3, 30 gennaio 2008 n. 4721.

¹⁵⁷ N. GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in Sistema Penale, disponibile online: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/galantini-cassazione-15331-2020-divieto-domande-suggestive-nocive>

¹⁵⁸ Secondo Cass. Sez. 3, 15 aprile 2015, n. 21627, "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". Sul punto, Cass. Sez. 3, 12 dicembre 2007, n. 4271, "in tema di esame testimoniale, il divieto di porre domande suggestive riguarda l'esame condotto dalla parte che ha un interesse comune al testimone e non invece il controesame o l'esame condotto direttamente dal giudice per il quale non vi è il rischio di un precedente accordo tra testimone ed esaminante". V., inoltre, Cass. Sez.3, 9 maggio 2019 n. 36413, "in tema di esame testimoniale, per sostenere l'assenza di genuinità della prova dichiarativa, non è sufficiente affermare e comprovare che una o più domande abbiano suggerito la risposta, ma occorre estendere l'analisi dell'affidabilità della prova nel suo complesso, ben potendo il giudizio di piena attendibilità del teste essere fondato sulle risposte ad altre domande".

tutela della genuinità e della sincerità delle risposte sottesa ai divieti di particolari domande e affermando che, a maggior ragione, essi devono applicarsi al giudice.

Sarebbe, infatti, paradossale che quest'ultimo fosse sottratto alle regole che, secondo il codice, egli stesso è tenuto a far rispettare (art. 499, comma 6, c.p.p.).

La Suprema Corte nella suddetta sentenza ha dunque correttamente calibrato i valori in gioco e fissato un principio di diritto che supera il dictum dell'altra precedente decisione che sanciva il divieto di domande suggestive del giudice nei confronti del teste minorenn¹⁵⁹. Il principio secondo cui il divieto di domande suggestive e nocive si estenda anche al giudice, è enunciato in una vicenda in cui l'imputato, condannato in primo grado per il reato di atti sessuali con minorenne (609-quater C.p.) e assolto per fatti successivi nei confronti della medesima minore, era poi stato condannato in appello anche ai sensi dell'art. 609-bis C.p. (violenza sessuale). Nel giudizio di rinvio, la Corte di appello, attenendosi al dictum della Cassazione, disponeva la riassunzione della testimonianza della persona offesa, assunta dal giudice relatore. Sulle modalità dell'esame della vittima—ritenute irregolari dall'imputato nel successivo ricorso—si è espressa la Corte, che ha accolto le doglianze e ha annullato con rinvio la seconda sentenza, viziata da un difetto di motivazione determinato dall'incidenza di dichiarazioni inattendibili perché ottenute mediante un metodo di assunzione vietato dalla legge. Secondo la Corte, il giudice aveva posto domande suggestive e nocive che si sono “riverberate, viziandola, sulla motivazione della sentenza impugnata”. La Corte menziona come “Il divieto di formulare domande che possano nuocere alla sincerità delle risposte, nel duplice senso delle domande "suggestive" delle domande "nocive" —finalizzate a manipolare il teste, fuorviandone la memoria, poiché gli forniscono informazioni

¹⁵⁹ Cass. Sez. 3, 11 maggio 2011, n. 25712, secondo cui il giudice che procede all'esame diretto del testimone minorenne 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 assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie.

Per un precedente orientamento contrario, Cass. Sez. 3, 28 ottobre 2009, n. 9157, “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 minorenne”. In motivazione la Corte ha precisato che l'eventuale vizio di acquisizione delle dichiarazioni effettuate dal minore non integra un problema di utilizzabilità, ma può formare oggetto di gravame sotto il profilo dell'attendibilità del risultato della prova a causa delle modalità della sua assunzione.

errate e falsi presupposti tali da minare la stessa genuinità della risposta – è espressamente previsto con riferimento alla parte che ha chiesto la citazione del teste, in quanto tale parte è ritenuta dal legislatore interessata a suggerire al teste risposte utili per la sua difesa. A maggior ragione, detto divieto deve applicarsi al giudice al quale spetta il compito di assicurare, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 della medesima disposizione (...) ¹⁶⁰.

Risulta chiaro quindi che l'inosservanza delle regole stabilite dal C.p.p. per assicurare la sincerità e genuinità delle risposte del teste rende la prova non genuina e poco attendibile.

Nel caso oggetto di scrutinio, i quesiti rivolti dal consigliere relatore alla teste presentano congiuntamente i caratteri della suggestività e della nocività, nei sensi sopra precisati. Si tratta, infatti, di domande a contenuto assertivo che orientano la teste verso una mera adesione alle premesse dell'interrogante. I quesiti scendono inoltre in un grado di dettaglio tale da determinare un'evidente manipolazione delle risposte della giovane donna. A titolo esemplificativo, la Suprema Corte richiama alcuni passaggi che, a suo avviso, compromettono la genuinità delle dichiarazioni: "Giudice consigliere: «L'ha conosciuto, poi lui vi portava ogni tanto a scuola con la macchina...». La domanda è suggestiva perché serve a surrettiziamente suggerire alla testimone che l'episodio di cui si tratta è avvenuto in macchina.”; ¹⁶¹ "«E poi, da lì, ci sono stati determinati rapporti tra di voi»”¹⁶², la domanda, posta in forma assertiva - tale, cioè, da perdere il connotato interrogativo, attribuendo al suo contenuto un carattere di certezza - è nociva poiché palesemente manipolatoria rispetto al ricordo della testimone, cui fornisce falsi presupposti; “«il fatto materiale lo possiamo dare per pacifico»”¹⁶³: si tratta, all'evidenza, di un assunto nocivo, in quanto dà per scontato proprio il fatto oggetto della testimonianza, che l'esame della persona offesa dovrebbe invece accertare.

Ne consegue che la tecnica esaminatoria adottata risulta idonea a inquinare il processo mnestico e a vulnerare il principio di neutralità dell'interrogatorio.

¹⁶⁰ Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2020 n. 15331.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

Quanto appena evidenziato si riflette anche sul piano epistemico, poiché la prova indicata dalla sentenza di annullamento non ha fornito un sapere certo: la teste, infatti, per larga parte dell'esame si è limitata ad assecondare, nei termini descritti, il giudice che la interrogava. È, pertanto, condivisibile l'assunto del ricorrente secondo cui tale approccio, non garantendo la spontaneità delle risposte della persona offesa, ne pregiudica l'attendibilità.

La Suprema Corte ha quindi concluso rilevando che “Il divieto di domande suggestive e nocive vale anche per il giudice, pena l'annullamento della sentenza”.¹⁶⁴

“In questo specifico caso, che pure tratta della assunzione di persona offesa minore di età, la sentenza ha esteso la operatività di quella che si può ritenere una regola di esclusione posta a garanzia della legalità del metodo probatorio, quale che sia la fonte o il contesto in cui viene applicato”.¹⁶⁵

Chiariti i confini dell'intervento officioso — e in particolare il divieto di trasformarlo in un controesame surrettizio — occorre ora verificare quali conseguenze processuali derivino dall'inosservanza delle regole di conduzione dell'esame.

Ferma la necessità di un rigoroso controllo sull'attendibilità, la giurisprudenza esclude automatismi sanzionatori quando l'esame non si articoli correttamente “mediante domande su fatti specifici” (art. 499, co. 1, C.p.p.) o quando il presidente assuma direttamente la prova in forme non conformi.

La Corte ha chiarito che simili evenienze non danno luogo né a inutilizzabilità ex art. 191 C.p.p. né a nullità ex art. 178 C.p.p., trattandosi non di «prova assunta in violazione di divieti posti dalla legge», bensì di prova assunta con modalità diverse da quelle prescritte.

In tale prospettiva, la Suprema Corte ha affermato che “l'esame testimoniale è utilizzabile anche se non è stato svolto mediante domande su fatti specifici”:¹⁶⁶ la violazione della regola di cui all'art. 499 C.p.p. non determina, dunque, né nullità

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ N. GALANTINI, *op.cit.*

¹⁶⁶ Cass., sez. III, 3 ottobre 2017, n. 52435.

né inutilizzabilità, trattandosi di una prova assunta non in violazione di divieti legali, bensì con modalità difformi da quelle prescritte.

L'orientamento è consolidato, tra l'altro, in Cass. Sez. 2, n. 35445 del 2002, Natalotto, "secondo cui l'assunzione della prova direttamente a cura del presidente, e mediante la semplice richiesta se il teste confermi o meno le dichiarazioni già rese in una precedente fase del dibattimento, non può dirsi conforme alle regole che disciplinano la prova stessa, perché non si articola con domande su fatti specifici (art. 499 C.p.p., comma 1), tende a suggerire la risposta (art. 499 C.p.p., commi 1 e 2), e comunque viola la disposizione per la quale - salvi alcuni casi particolari - le domande sono rivolte al testimone direttamente dalle parti processuali (art. 498 C.p.p., comma 1). Va esclusa, nondimeno, la ricorrenza della sanzione di inutilizzabilità (art. 191 C.p.p.), posto che non si tratta di prova assunta in violazione di divieti posti dalla legge bensì di prova assunta con modalità diverse da quelle prescritte, così come va esclusa la ricorrenza di nullità, posto che la deroga alle norme indicate non è riconducibile ad alcuna delle previsioni delineate dall'art. 178 C.p.p.". ¹⁶⁷

In sintesi, le irregolarità nella conduzione dell'esame incidono sulla valutazione dell'attendibilità, ma non comportano, di per sé, inutilizzabilità o nullità dell'atto.

In definitiva, il diritto vivente offre un assetto interpretativo chiaro e coerente: i poteri officiosi del giudice servono al chiarimento e non possono tradursi in un controesame surrettizio, mentre, il divieto di domande suggestive e nocive si estende anche al giudice. Le irregolarità di conduzione, di regola, non determinano inutilizzabilità o nullità, ma impongono un più severo vaglio di attendibilità e una motivazione puntuale; e sono idonee a caducare la decisione solo quando incidono sul contraddittorio o sulla libertà morale del dichiarante.

¹⁶⁷ Ibidem. Nello stesso senso, Cass, Sez. 2, 5 febbraio 2008, n. 7922; Cass, Sez. 1, 6 maggio 2008, n. 32851; Cass. Sez. 5, 17 luglio 2008 n. 38271, Cass. Sez. 6, 30 gennaio 2013, n. 28247; Cass, Sez. 3, n. 45931; 9 ottobre 2014, n. 45931.

1.3.4. Il dovere di lealtà ed il rispetto della persona nel corso dell'esame

È agevole prevedere, anche alla luce della lunga esperienza dei Paesi che da tempo adottano esame diretto e incrociato, che tale tecnica sottoponga l'esaminato a una vera pressione psicologica, idonea a erodere le sue capacità psichiche e spirituali, se non addirittura a compromettere la sua immagine o la reputazione.

Il legislatore si è mostrato giustamente preoccupato di simili esiti e lo ha più volte ribadito: durante tutto l'esame deve essere costantemente salvaguardato il rispetto della persona (art. 499, comma 4); va osservato il dovere di lealtà (art. 499, comma 6); occorre perseguire la sincerità delle risposte, precludendo ciò che potrebbe deviare da tale scopo (art. 499, comma 2); e va ricercata anche la serenità di chi depone.

Quest'ultimo obiettivo non rientra nel "decalogo" dell'art. 499, ma si desume agevolmente dal quarto comma dell'art. 498, relativo all'esame del testimone minorenne. La previsione che tale esame sia condotto dal presidente e restituito alle parti solo se egli ritenga che ciò non nuoccia alla serenità del teste consente di inferire che l'esame diretto si presume lesivo di tale valore nei confronti dell'adolescente, e dunque è potenzialmente aggressivo della serenità anche per soggetti più maturi. Di conseguenza, nei confronti di costoro, pur non potendosi giungere al radicale mutamento delle modalità d'esame previsto per l'infra-diciottenne, si può quantomeno affermare che la serenità dell'esaminato rientra nell'ampia nozione di "rispetto" del teste, la cui tutela è affidata al giudice.

1.3.5. Considerazioni conclusive

La ricognizione svolta ha evidenziato come la prova testimoniale, pur costituendo l'asse portante dell'istruzione dibattimentale, sia fisiologicamente esposta a limiti conoscitivi e a possibili distorsioni connesse sia ai meccanismi percettivo-mnemonici, sia al contesto di assunzione.

Ogni testimone interiorizza l'esperienza vissuta in prima persona, la rielabora, la rende ricordo e la traspone nel racconto, derivandone che il racconto del testimone sia personale ed unico.

Le regole sulla conduzione dell'esame incrociato, unitamente ai poteri di direzione del presidente e agli strumenti di contestazione, mirano a garantire la

genuinità del dato dichiarativo e la sua formazione dialettica, preservando pertinenza e lealtà processuale.

In tale prospettiva, il libero convincimento del giudice si esercita entro confini razionali e motivazionali predeterminati, che valorizzano l'analisi critica della fonte e del narrato, riducendo così il rischio di errori inferenziali. Rimane, tuttavia, la consapevolezza che l'affidabilità della testimonianza non è un dato, ma un risultato.

Su queste premesse si innesterà l'attenzione per le situazioni in cui la condizione personale del dichiarante incide in modo significativo sulla formazione della prova. Il passaggio ai capitoli successivi consentirà, dunque, di verificare come l'ordinamento moduli strumenti e garanzie al cospetto del testimone "vulnerabile", con specifico riguardo alle persone transgender, e di valutare la coerenza sistematica tra esigenze probatorie e tutela della dignità della persona.

CAPITOLO 2

IDENTITÀ DI GENERE NEL PROCESSO PENALE: PROFILI GIURIDICI E SOCIOLOGICI

2.1. Le persone transgender e la loro posizione nel processo penale: profili sociologici e giuridici

2.1.1 Definizioni e terminologia: non binary, transgender, transessuale

In una società in costante trasformazione, si assiste— si potrebbe dire quasi in modo spontaneo e grazie anche all’opera delle Corti costituzionali— al profilarsi di nuove generazioni di diritti o, più precisamente, “all’individuazione di valori, già presenti *in fieri* nel sistema giuridico, ma non ancora rivestiti da un pieno riconoscimento normativo.”¹⁶⁸

Il diritto è il riflesso e lo specchio di ciò che è già presente nella nostra società e, proprio per questo motivo, è bene che si faccia carico delle spinte sociali che provengono dall’interno. Il rapporto con la società è “l’elemento vivificante del diritto, è il diritto vivente, l’aspetto concreto, vivo e tangibile dell’ordinamento.”¹⁶⁹

Ne discende l’esigenza che il diritto si faccia carico delle dimensioni più intime dell’identità personale, soprattutto quando esse incidono sulle condizioni di vulnerabilità e sull’effettivo esercizio dei diritti nel processo penale.

¹⁶⁸ G. SULPIZI, *Il diritto ad essere diversi: oltre il binarismo nella rettificazione di sesso?* in Genius, prima pubblicazione online, 9 Gennaio 2025, p.2.

“I valori, proprio per questa loro dimensione radicale, sono destinati a durare: creature storiche essi pure, non sono realtà assolutamente statiche, ma il loro movimento è lentissimo, assomigliando a quei ghiacciai della natura fisica percorsi da un impercettibile moto che ne scandisce l’immobilità apparente”, dove è fondamentale il ruolo del giudice costituzionale come «organo respiratorio» del nostro ordinamento giuridico”: così, P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 58.

¹⁶⁹ A. CATELANI, *Norma giuridica e dato sociale*, in Pensare il Diritto, 26 gennaio 2018, p.1. disponibile online: <https://www.pensareildiritto.it/wp-content/uploads/2018/01/Norma-giuridica-e-dato-sociale.pdf>

Nel nostro contesto costituzionale, i principi di dignità, uguaglianza e non discriminazione impongono che le categorie giuridiche dialoghino con le esperienze vissute delle persone.

Tra queste, un ruolo centrale è assunto dalla dimensione del genere, che non si esaurisce nel dato anagrafico del sesso: vi rientrano, infatti, realtà differenti—transgender, transessuale (in senso storico-medico) e *non-binary*—che presentano ricadute terminologiche e pratiche nella redazione degli atti, nella conduzione dell’esame in udienza e nella valutazione dell’attendibilità.

Il diritto deve servirsi di una terminologia chiara, infatti, muovendo da tali premesse, il paragrafo che segue chiarisce il lessico di riferimento—distinguendo tra sesso, identità di genere, espressione di genere e orientamento sessuale—e definisce le nozioni di *non-binary*, transgender e transessuale, così da fornire una griglia concettuale coerente con le migliori prassi e idonea a orientare le scelte processuali.

Con il termine identità sessuale, facciamo riferimento alle sue quattro componenti: il sesso biologico, l’identità di genere, il ruolo di genere e l’orientamento sessuale.¹⁷⁰

Per sesso, si intende la “dimensione biologica e anatomica dell’individuo”¹⁷¹ con cui individuiamo la femmina, il maschio e, in rari casi, l’intersessuale. Questo è stabilito dalla combinazione cromosomica—XX o XY—e, per questo, si parla di sesso cromosomico o genotipico, il cui esito può essere maschile, femminile o intersex.¹⁷² La letteratura specialistica adotta un modello multicomponente del sesso biologico inteso come esito dell’interazione di più componenti: sesso cromosomico, gonadico, fenotipico, dei genitali interni/esterni, ormonale e cerebrale.¹⁷³

¹⁷⁰ F. BATINI, *Comprendere la differenza. Verso una pedagogia dell’identità sessuale*, Roma, 2011, pp. 15-32.

¹⁷¹ C. NARDINOCCHI, *Giornata omotransfobia: guida tra orientamenti sessuali e identità di genere*, La Repubblica, 17 maggio 2024, disponibile online: https://www.repubblica.it/cronaca/2024/05/17/news/orientamenti_sessuali_identita_genere_definizioni_vocabolario-422867733/

¹⁷² F. BATINI, *op.cit.*, pp. 15-32.

¹⁷³ Migeon, C., J., Wisniewski, A., B., Gearhart, J., P., Meyer-Bahlburg, H., F., L., Rock, J., A., Brown, T., R., Casella, S., J., Maret, A., Ming Ngai, Money, J., & Berkovitz, G., D. (2002).

Ai sensi dell'art. 1, lett. a), del Ddl Zan, per “sesso” si intende il sesso biologico o anagrafico, cioè il dato biologico e quello registrale: dimensioni che possono anche non coincidere e che si collocano all'interno del modello multicomponente sopra descritto.

Se il sesso costituisce una matrice biologica, il genere rappresenta una costruzione psicosociale e “come è noto, esiste la possibilità di una discrepanza tra queste due sfere, tra come si presenta il corpo e come si fa esperienza della propria identità”.¹⁷⁴

Con il termine genere si intende infatti “qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso”.¹⁷⁵

Inoltre, il genere assume due diverse declinazioni, in quanto può essere inteso nella sua “«proiezione interna» – quale *gender identity*, ossia «percezione psicologica interiore di sé nell'ambito dell'esperienza privata» – o nella sua «proiezione esterna», quale *gender role*, ossia espressione di sé nella sfera pubblica e nell'ambito delle relazioni sociali e/o lavorative”.¹⁷⁶

Un concetto ancora diverso dal genere è quello dell'identità di genere.

Ambiguous Genitalia With Perineoscrotal Hypospadias in 46,XY individuals: Long-Term Medical, Surgical, and Psychosexual Outcome. Pediatrics, 110(3), 31. Nello specifico: il sesso cromosomico ha origine genetica e riguarda i cromosomi sessuali e i geni ereditati dai genitori, definendo il genotipo sessuale del feto. Il sesso gonadico è determinato dalla presenza del gene SRY del cromosoma Y. Le gonadi dapprima bipotenti, tramite l'azione del gene SRY si trasformano in testicoli e se assente come ovaie. Il sesso fenotipico consiste invece nella presenza o assenza di caratteri secondari, di genitali esterni e dell'aspetto esteriore dell'individuo. Il sesso dei genitali interni è determinato dalle gonadi e dai canali ad essi collegati. Il sesso ormonale è determinato dal rilascio di ormoni LH e GnRH che sintetizzano gli ormoni in estrogeni o androgeni, determinando lo sviluppo dei tessuti in femminile o maschile. Il sesso cerebrale consiste nelle differenze anatomiche tra il cervello maschile e femminile.

¹⁷⁴C. NARDINOCCHI, *op.cit.*

¹⁷⁵DDL Zan, art. 1, lett. b).

¹⁷⁶ A.C. VISCONTI, *Oltre la “logica binaria”... L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 2023, p.p. 239-289, p.243. Cfr. anche L.P. MARTINA, *La prospettiva di genere. Un processo di normativizzazione politica mondiale*, Roma, 2017, p.21; si vedano altresì A. CRAPANZANO, B. CARPINIELLO, F. PINNA, *Approccio alla persona con disforia di genere: dal modello psichiatrico italiano al modello emergente basato sul consenso informato*, in *Rivista di Psichiatria*, 2021, p. 120 ss., p. 121.

Già dal IV secolo a.C. Platone si interrogava sull'identità di genere e sulla compresenza, in ogni individuo, di tratti maschili e femminili. Emblematica è la pagina del Simposio sull'androgino: “ma ce n'era in più anche un terzo, che partecipava di entrambi questi, e il suo nome ora è rimasto, mentre esso è scomparso. L'androgino infatti era allora un essere partecipe sia per forma che per nome ad entrambi, maschio e femmina, mentre ora non è altro che un termine rimasto come insulto”.¹⁷⁷ Numerosi miti tramandati su questo tema testimoniano l'esigenza profonda degli esseri umani di comprendere meglio tale componente della personalità che, pur appearing a prima vista semplice nella dicotomia maschile/femminile, rivela, a uno sguardo più attento, elementi di incertezza e ambivalenza.¹⁷⁸

In aggiunta, Winnicott affronta il tema dell'identità di genere, osservando che “non vi è nulla di nuovo al di dentro o al di fuori della psicoanalisi nell'idea che uomini e donne abbiano una predisposizione verso la bisessualità.”¹⁷⁹ Lo stesso autore riconosce che tale profilo rappresenta un elemento nuovo per la propria teoria, riferendo come, nel corso dell'analisi di un uomo adulto, sia riuscito a entrare in contatto con la componente non maschile della sua personalità.¹⁸⁰

Il caso clinico gli consente, dunque, di constatare la compresenza di elementi maschili e femminili tanto negli uomini quanto nelle donne.

¹⁷⁷ PLATONE, *Simposio* 189e-190a. “ἀλλὰ καὶ τρίτον προσῆν κοινὸν ὃν ἀμφοτέρων τούτων, οὗ νῦν ὄνομα λοιπόν, αὐτὸ δὲ ἠφάνισται· ἀνδρόγυνον γὰρ ἔν τῷ τότε μὲν ἦν καὶ εἶδος καὶ ὄνομα ἐξ ἀμφοτέρων κοινὸν τοῦ τε ἄρρενος καὶ θήλεος, νῦν δὲ οὐκ ἔστιν ἀλλ' ἢ ἐν ὀνείδει ὄνομα κείμενον.”

¹⁷⁸ M. MOSCONI, *Sviluppo e problematiche dell'identità di genere*, *Giornale Storico*, 2013, p.1. disponibile online:

<https://centrostudipsicologiaeletteratura.org/wp-content/uploads/2013/12/Maddalena-Mosconi-Sviluppo-e-problematiche-dellidentit%C3%A0-di-genere.pdf>

Cfr. PLATONE, *Il Convivio*, in *Dialoghi di Platone*, a cura di Turolla, Milano, 1953.

¹⁷⁹ D. WINNICOTT, *La creatività e le sue origini*, in *Gioco e realtà*, Roma, 1974, p. 130.

¹⁸⁰ In merito, appare opportuno riportare alcuni interventi cruciali di questo trattamento, all'interno di una seduta Winnicott dice: “Io sto ascoltando una ragazza. So perfettamente che lei è un uomo ma io sto ascoltando una ragazza, e sto parlando con una ragazza. Sto dicendo a questa ragazza: lei sta parlando di invidia del pene.” Dopo una pausa il paziente risponde “Se dovessi dire a qualcuno di questa ragazza verrei considerato matto” e Winnicott aggiunge “non è che lei ha detto questo ad altri; sono io che vedo la ragazza, ed ascolto una ragazza che parla, mentre in realtà c'è un uomo sul mio divano. La persona folle sono io stesso.”

Con identità di genere intendiamo quindi “la relazione che un individuo ha con il proprio essere biologico, ovvero a come l’individuo si sente e percepisce rispetto al proprio sesso biologico, adeguato o inadeguato”.¹⁸¹

Questo concetto è stato recepito a livello normativo nel Ddl Zan che lo definisce come “l’identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dall’aver concluso un percorso di transizione.”¹⁸²

L’espressione *identità di genere* è stata introdotta e portata nell’uso corrente dal sessuologo John Money nel 1972 e dallo psicoanalista Robert Stoller nel 1968. Stoller, attivo all’*University of California*, distinse già prima degli anni Settanta il sesso–attinente alla dimensione corporea–e il genere–collocato tra lo psichico e il culturale– e dipendente dalla somma di elementi maschilini e femminili¹⁸³. Inoltre, egli introdusse il concetto di identità di genere nucleare, intesa come “il senso che abbiamo nel nostro sesso, di essere maschio nei maschi e di essere femmina nelle femmine”¹⁸⁴ spiegando come questa si formi nella relazione bambino-genitore e sia ritenuta non modificabile dopo i 2-3 anni. Egli la distingue dall’identità di genere che, invece, continua a svilupparsi almeno fino alla fine dell’adolescenza. Money, studioso attivo di Baltimora, indicò come identità di genere “Il senso di sé stesso, l’unità e la persistenza della propria individualità maschile e femminile intesa come esperienza di percezione sessuata di sé stessi e del proprio comportamento”.¹⁸⁵

Il concetto di identità di genere ci spiega come per qualificare qualcuno come femmina o maschio non basti la mera appartenenza sessuale. Infatti, la femminilità e la mascolinità non sono determinate esclusivamente da tratti fisici e biologici, in quanto cultura ed educazione assumono un ruolo decisivo.

L’acquisizione dell’identità di genere si attiva ed è orientata a partire dal dato anatomico: ciò avviene tramite la sollecitazione, culturalmente indotta, di

¹⁸¹ F. BATINI, *Comprendere la differenza. Verso una pedagogia dell’identità sessuale*, Roma, 2011, p.21.

¹⁸² DDL Zan, art. 1, lett. d).

¹⁸³ R. STOLLER, *The Transsexual Experiment*, London, Hogarth Press, 1975.

¹⁸⁴ R. STOLLER, *La storia di Miss Belle*, Roma, 1979, p. 53.

¹⁸⁵ J. MONEY, A. A. EHRHARDT, *Man & Woman, Boy & Girl: The Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Baltimora, 1972, p. 4.

comportamenti ritenuti tipici del ruolo maschile e femminile, che generano affetti, spinte emotive e la percezione di appartenere ad un genere piuttosto che ad un altro.¹⁸⁶ Dunque, i soli fattori biologici non esauriscono gli indicatori dell'appartenenza alla categoria uomo o donna, poiché intervengono anche dimensioni culturali e sociali che modellano modi di essere considerati propri del maschile o del femminile. Fin dall'infanzia, i bambini sono incoraggiati ad assumere condotte diverse in funzione del sesso biologico: apprendono a parlare, comportarsi e muoversi secondo modalità tipiche della cultura di riferimento.¹⁸⁷

La socializzazione di genere risulta quindi fortemente mediata dall'intervento degli adulti di riferimento: genitori e *caregiver*, alla luce di prassi culturali, selezionano giocattoli ed attività differenziate per bambine e bambini, rinforzando comportamenti ritenuti congrui al ruolo di genere, incidendo così sul processo di costruzione identitaria. Tali dinamiche sono osservabili già entro il primo anno di vita e, tra i 18 e i 24 mesi, conducono verosimilmente a una stabilizzazione dell'identità di genere; mentre dai tre anni i minori interiorizzano e sviluppano guide interne per seguire il ventaglio di comportamenti in precedenza rinforzati.¹⁸⁸

È opportuno rammentare quindi che l'identità di genere trascende qualunque classificazione rigida e si presenta come l'autodefinizione che la persona attribuisce a sé in base al proprio senso di appartenenza: maschio, femmina, non binario, neutro, fluido, *genderqueer*.¹⁸⁹

Con l'espressione ruolo di genere si intende, invece, ciò che società e cultura definiscono come maschile o femminile. Il ruolo di genere, dunque, aderisce alla norma sociale e alle credenze condivise che stabiliscono quali comportamenti si adattano a ruoli maschili o femminili.¹⁹⁰ Questa si distingue dall'espressione di

¹⁸⁶ E. RUPINI, *Le identità di genere*, Roma, 2004, p.88.

¹⁸⁷ J. LORBER, *L'invenzione dei sessi*, Milano, 1994.

¹⁸⁸ Cfr. E. RUPINI, *op. cit.*; P. T. COHEN-KETTENIS, F. PFÄFFLIN, *Transgenderism and intersexuality in childhood and adolescence: making choices*, Sage Publications, 2003; J. D. LICHTENBERG, *Psicoanalisi e sistemi motivazionali*, Milano, 1989.

¹⁸⁹ COOPER, K., SMITH, L. G. E., & RUSSELL, A. J., *Gender identity in autism: Sex differences in social affiliation with gender groups*. Journal of Autism and Developmental Disorders, 2018, 48(12), pp. 3995–4006.

¹⁹⁰ F. BATINI, *op.cit.*, p.89.

genere che consiste invece nella modalità con cui il genere viene manifestato all'esterno.

Infine, l'orientamento sessuale si riferisce “all'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi”.¹⁹¹

Ai fini della presente analisi è opportuno rammentare che il DSM-5 ha qualificato come disforia di genere la “la condizione caratterizzata dal malessere insopprimibile e continuativo che deriva dalla non coincidenza del genere percepito con quello assegnato alla nascita”.¹⁹²

La discrepanza percepita dal soggetto può—benché non necessariamente—generare il proposito di intraprendere terapie ormonali o specifici interventi medico-chirurgici finalizzati ad allineare il sesso alla sessualità vissuta, mediante transizione *Male to Female (MtF)* o *Female to Male (FtM)*. Per questo motivo, la categoria di “transessualismo”, inizialmente impiegata in ambito clinico e, in particolare, nel Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali dell'*American Psychiatric Association (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM)*¹⁹³, è stata sostituita, nell'edizione del 1994 (DSM-IV), dalla più appropriata etichetta “Disturbo dell'identità di genere” e, con la quinta revisione del 2013 (DSM-5), dalla meno stigmatizzante “Disforia di genere”¹⁹⁴.

Tale aggiornamento è stato preceduto da un ampio confronto sull'opportunità di de-patologizzare il disturbo dell'identità di genere.

¹⁹¹ DDL Zan, art. 1, lett. c).

¹⁹² M. ROMANO, *Indietro non si torna: Il lungo cammino dei diritti civili delle persone LGBT+ in Italia. Una storia personale, una battaglia politica*, Milano, 2023, p.10.

¹⁹³ Il transessualismo, inizialmente escluso dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, è stato inserito nella sua terza edizione del 1980 tra i “Disturbi dell'identità di genere”, sezione a sua volta ricompresa tra i “Disturbi psicosessuali”.

¹⁹⁴ Si veda DSM-5, ove la diagnosi di disforia di genere si articola ulteriormente in: Disforia di genere nei bambini [302.6(F64.2)]; Disforia di genere negli adolescenti e negli adulti [302.85 (F64.1)]; Disforia di genere con altra specificazione [302.6 (F64.8)]; Disforia di genere senza specificazione [302.6 (F64.9)]. Sul DSM e sul suo aggiornamento (DSM-5) si vedano, tra gli altri, A.I. LEV, *Disordering gender identity: gender identity disorder in the DSM-IV TR*, in *The Journal of Psychology of Human Sexuality*, 17(3-4), 2005, p. 35 ss.; K.J. ZUCKER, P.T. COHEN-KETTENIS, H. DRESCHER, H.F.L. MEYER-BAHLBURG, F. PFÄFFLIN, W.M. WOMACK, *Memo Outlining Evidence for Change for Gender Identity Disorder in the DSM-5*, in *Archives for Sexual Behaviour*, 42, 2013, p. 901 ss.

Quindi, ciò che prima era denominato disturbo dell'identità di genere è ora una categoria autonoma distinta da parafilie e da disturbi sessuali. Questo si pone come un passaggio estremamente significativo verso la de-psichiatrizzazione della condizione transgender.

Inoltre, con l'ultimo aggiornamento dell'ICD-11, l'incongruenza di genere è stata rimossa dall'organizzazione mondiale della sanità dall'area dei disturbi mentali ed inserita in un nuovo capitolo, quello delle condizioni di salute sessuale.

Sulla base dell'analisi terminologica appena compiuta, si possono ora distinguere le categorie più utilizzate: la nozione di transgender, la figura tradizionalmente denominata transessuale e, da ultimo, le identità *non-binary*, non riconducibili al binomio maschile/femminile.

Chiarire tali concetti non ha un valore meramente descrittivo: è proprio dal corretto inquadramento di queste definizioni che dipendono la verbalizzazione negli atti, i modi in cui il soggetto è esaminato in udienza e, più in generale la piena tutela della persona, con particolare riguardo ai soggetti vulnerabili.

Assunto che le “varianti di genere”¹⁹⁵ presuppongano la discrepanza esistente tra il sesso attribuito alla nascita e il genere “intimamente percepito dal soggetto”¹⁹⁶, si delineano “spazi di esistenza che trovano posto al di là del rigido binarismo di genere”¹⁹⁷ e che permettono di registrare il superamento della concezione statica della distinzione binaria uomo/donna, a favore di un'impostazione in cui “maschilità e femminilità non sono valori nettamente opposti, ma gradi successivi dello sviluppo di un'unica funzione, la sessualità”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Cfr. H.F.L. MEYER-BAHLBURG, *From mental disorder to iatrogenic hypogonadism: dilemmas in conceptualizing gender identity variants as psychiatric conditions*, in *Archives of Sexual Behavior*, 39, 2010, p. 461 ss.

¹⁹⁶ A.C. VISCONTI, *op.cit.*, p.244.

¹⁹⁷ R. VITELLI, P. FAZZARI, P. VALERIO, *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?* in F. CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013, p. 221 ss., p. 221.

¹⁹⁸ P. STANZIONE, *Transessualità*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1992, p. 874 ss., p. 875.

“Il fenomeno dell’identità non binaria, in quanto variante di genere, è ricondotto alla nozione ombrello di transgenderismo”.¹⁹⁹ La nozione di *transgender*²⁰⁰ si pone come nozione ombrello, idonea a ricomprendere varie espressioni dell’identità di genere, alcune delle quali non implicano l’avvio, né il proposito di avviare, un percorso di modificazione del sesso, come, invece, nel caso dei soggetti transessuali.²⁰¹

In effetti, entrambe le etichette (*transgender* e transessuale) designano una persona il cui sesso biologico non coincide con il genere percepito sul piano personale e psicosociale. “Tuttavia, diversamente dal termine «*transgender*», il termine «transessuale» indica una persona – affetta da disforia di genere – che si sottopone, intende sottoporsi o si è sottoposta a un’operazione medica con conseguente cambio di genere sessuale”.²⁰² Quindi, entrambe le nozioni presentano una matrice comune–quella della *gender identity*– differenziandosi però sotto il profilo del *gender role*, derivandone quindi diversi gradi di espressione pubblica dell’identità di genere che possono andare da un percorso di transizione completo (con terapie ormonali e interventi chirurgici per allineare le caratteristiche sessuali primarie e/o secondarie all’identità percepita), al solo trattamento ormonale, al cambiamento di abbigliamento, trucco e acconciatura, fino alla scelta di non modificare alcun aspetto esteriore.

In questo spettro di possibili espressioni, chi mira a ricomporre sesso e genere si colloca nella logica dicotomica “uomo–donna”, identificandosi con il polo opposto rispetto a quello di “appartenenza biologica”; viceversa, chi non percorre la “via dell’allineamento” trascende e/o mette in discussione gli schemi concettuali binari.

¹⁹⁹ P. MEZZANOTTE, *Identità di genere non binaria e altre questioni in una recente pronuncia della Corte Costituzionale*, in Nomos, p.3.

²⁰⁰ Sul termine *transgender*, si veda V. PRINCE, *Charles to Virginia: sex research as a personal experience*, in V.L. BULLOUGH (a cura di), *The Frontiers of Sex Research*, Prometheus Books, Buffalo, NY, 1979, la quale lo utilizzò per la prima volta al fine di rimarcare le differenze con quello di *transsexual*..

²⁰¹ Si vedano R. EKINS, D. KING, *The Transgender phenomenon*, Sage, London, 2006; E.A. RILEY, T. WONG, G. SITHARTHAN, *Counselling support for the forgotten transgender community*, in *Journal of gay and lesbian Social Services*, 23(3), 2011, p. 395 ss.

²⁰² A.C. VISCONTI, *op.cit.*, pp.246-247.

Pertanto, per transessuale si intende “chi si sottopone a interventi medici per mutare il proprio sesso da uomo a donna o viceversa, nel termine *transgender* sono altresì inclusi coloro che, per ragioni mediche o per scelta, non intendono affrontare l'intervento di riconversione dei caratteri sessuali, così come coloro che percepiscono la propria identità a prescindere dal binarismo di genere”.²⁰³

In conclusione, a completamento dell'analisi terminologica sopra proposta appare opportuno definire con chiarezza il concetto di *non binary*: questo termine si riferisce all'individuo la cui identità di genere non si colloca stabilmente nei due poli tradizionali “maschile/femminile”, riconoscendosi questo in un terzo genere, in più generi (es. *bigender*, *pangender*), in nessun genere (*agender*), oppure vivere un'identità variabile nel tempo (*gender-fluid*) o non conforme alle categorie convenzionali (*genderqueer*).²⁰⁴

In questa prospettiva, la questione impone di oltrepassare gli schemi e le astrazioni riconducibili all'*aut/aut* binario, poiché i concetti di “uomo” e “donna” in senso assoluto sono astrazioni, modelli “puri” di riferimento, talora—sebbene non sempre—inadeguati a rappresentare “un *continuum* variegato, lungo il quale è possibile ogni tipo di combinazione del maschile e del femminile, senza che per questo ci debba essere alcuna forma di esclusione o di emarginazione”.²⁰⁵

2.1.2. Il riconoscimento dell'identità di genere nel sistema giuridico italiano: assetto normativo

In modi differenti e con differente intensità, “tutte le espressioni della condizione transgenere condividono la messa in discussione delle regole dell'ascrizione delle persone ad un determinato sesso e genere, con significativa ricaduta sul piano sociale, sia, specificamente, sul piano giuridico.”²⁰⁶

²⁰³ P. MEZZANOTTE, *op.cit.*, p.3

²⁰⁴ E. MATSUNO, S.L. BUDGE, *Non-binary/Genderqueer Identities: a Critical Review of the Literature*, 2017. *Current Sexual Health Reports*, 9, 116–120.

²⁰⁵ E. ZITO, P. VALERIO, *Le identità sessuali tra discorso clinico e discorso sociale*, in R. VITELLI, P. VALERIO (a cura di), *Sesso e genere: uno sguardo tra storia e nuove prospettive*, Liguori editore, Napoli, 2012, p. 153 ss., p. 166.

²⁰⁶ B. PEZZINI, *Del sesso, del genere e del “mestiere di vivere”*: cosa c'è di nuovo nella questione dello scioglimento automatico del matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la

L'assegnazione del sesso a cui si procede alla nascita avviene in base ad un "codice rigidamente binario M/F, sulla base dell'osservazione della morfologia dei genitali esterni".²⁰⁷ In tal modo il sesso, fin dalla nascita, diviene un fondamentale elemento nella costruzione di una propria identità sociale e nel processo di identificazione personale. Benché l'attribuzione del sesso sia per lo più percepita come un'operazione non problematica e "naturale"²⁰⁸, al contrario, questa è "interamente «culturale» e giuridicamente costruita"²⁰⁹ come emerge nei casi di intersessualità e, più in generale, quando si tematizza il rapporto tra sesso e genere, elaborando il dualismo maschile/femminile non solo in termini biologico-corporei ma anche con riguardo ai ruoli e agli status sociali (*sex-gender system*).

Invero, il concetto di genere, in questa prospettiva, sottopone a scrutinio critico il sesso: ne problematizza la pretesa fondazione naturale, la sua assunzione quale fondamento del genere—domandandosi se non sia vero, piuttosto, il contrario—nonché la supposta naturalità delle differenze tra i sessi/generi e del dimorfismo.²¹⁰

Prima del 1982, le persone *transgender* non avevano la facoltà di modificare sesso e nome, ritrovandosi di fatto confinate in un corpo biologico non corrispondente alla propria identità né al proprio sentire.

Sul finire degli anni Settanta, in Italia, le proteste del movimento LGBT sollecitarono l'attenzione della politica sulla tematica della transizione sessuale.

L'Italia è infatti stata relativamente precoce nell'adottare una normativa che tutelasse la condizione del *transgender*, soprattutto sotto il profilo della possibilità di procedere ad una disciplina sulla rettificazione del sesso, giungendo a una legge già nel 1982 e collocandosi al terzo posto in Europa, dopo Svezia (1972) e Germania (1980).

La l. n. 164/1982 stabilisce che si possa giungere a rettificazione del sesso a seguito di sentenza passata in giudicato che attribuisce a una persona sesso diverso

rettificazione dell'attribuzione di sesso (a proposito delle modifiche alla legge sul transessualismo attraverso la semplificazione dei riti processuali), in Studi in onore di Claudio Rossano v. 2, Jovene editore, 2013, p. 733.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Ibidem. Sul tema, Cfr. anche M. BUSONI, *Genere, sesso, cultura*, Roma, 2000.

²¹⁰ B. PEZZINI, *op.cit.*, p. 734.

da quello dell'atto di nascita "a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali".²¹¹

La legge dell'82 è esplicita nell'attribuire rilievo alle condizioni psico-sessuali dell'interessato, che vengono accertate tramite consulenza, disposta quando necessario con ordinanza dal giudice istruttore.²¹²

Inoltre, la normativa oggetto dell'analisi prevedeva all'art. 3 che il tribunale, quando risultasse "necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico",²¹³ lo autorizzasse con sentenza.

Quindi, si sarebbe poi svolta una seconda fase, in camera di consiglio, ai fini dell'accertamento della effettuazione del trattamento autorizzato, con conseguente emanazione del provvedimento di rettifica della attribuzione di sesso nell'atto di nascita.²¹⁴

Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione dell'attribuzione di sesso, il tribunale impone all'ufficiale dello stato civile del comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro (art. 2, co. 5).

Invero, la l. n. 164/1982 consentiva la rettificazione del sesso solo dopo che la persona transessuale si fosse sottoposta a un intervento chirurgico di demolizione o costruzione dell'organo sessuale primario, in quanto il principio ispiratore della legge del 1982 consiste nella ricerca di una somiglianza tra la biologia e l'anagrafica del soggetto interessato. La normativa in analisi, seppur innovativa, e quasi pioniera in Europa di una normazione del procedimento della rettificazione dell'attribuzione del sesso, comportava una lesione del diritto alla salute e del benessere psicofisico dell'interessato. La regolamentazione giuridica del transessualismo è infatti stata

²¹¹ Cfr. art. 2 L. n. 164/1982 ora abrogato "*La domanda di rettificazione di attribuzione di sesso di cui all'articolo 1 è proposta con ricorso al tribunale del luogo dove ha residenza l'attore. Il presidente del tribunale designa il giudice istruttore e fissa con decreto la data per la trattazione del ricorso e il termine per la notificazione al coniuge e ai figli. Al giudizio partecipa il pubblico ministero ai sensi dell'articolo 70 del Codice di procedura civile. Quando è necessario, il giudice istruttore dispone con ordinanza l'acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato. Con la sentenza che accoglie la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso il tribunale ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove fu compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro.*"

²¹² Art 2 co. 4 l. n. 164/82.

²¹³ Art. 3 l. n. 164/1982.

²¹⁴ Ibidem.

delineata attorno a due finalità centrali: l'attribuzione di rilievo al sesso psicologico quale elemento dinamicamente significativo entro una concezione estesa di salute, in quanto "l'armonizzazione tra le diverse componenti, fisiche e psichiche, della propria identità sessuale consente al transessuale la ricomposizione di un equilibrio psico-fisico complessivo"²¹⁵; mentre la seconda finalità attiene al superamento, tramite l'autorizzazione giudiziale al trattamento, dell'interpretazione tradizionale del limite posto al divieto di atti di disposizione del proprio corpo ex art 5 cc.²¹⁶

Nel 1982 l'autorizzazione del giudice "poteva apparire indispensabile a consentire il superamento del principio dell'indisponibilità del proprio corpo"²¹⁷; ciononostante, pochi anni più tardi, la Corte costituzionale avrebbe affermato proprio in questo ambito che gli "atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti"²¹⁸. La suddetta sentenza della Corte costituzionale è fondamentale e merita di essere menzionata soprattutto con riguardo merita di essere ricordata per alcuni passaggi in essa contenuti circa "la condizione delle persone transessuali e la riconosciuta natura terapeutica dell'intervento chirurgico volto all'allineamento "soma-psiche", da ritenersi lecito in quanto atto dispositivo del proprio corpo preordinato alla tutela della salute".²¹⁹

Si può rilevare quindi che la legge n. 164/1982 non considerava che il diritto alla salute potesse essere compromesso da un'operazione di tale entità.

Dopo 29 anni, la disciplina del procedimento è stata novellata dall'art. 31 D. Lgs. 150/2011 che ha abrogato gli artt. 2 e 3 e l'art. 6, comma 2 della L. 164/1982.

L'articolo 31 risolse la questione che si era posta già all'entrata in vigore della l. n. 164/82 circa la necessità di aver eseguito l'intervento di riassegnazione del sesso per ottenere la rettificazione; la questione riguardava se oggetto

²¹⁵ B. PEZZINI, *op.cit.*, p.735.

²¹⁶ Dispositivo lett. art. 5 cc "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge (579 c.p.), all'ordine pubblico o al buon costume (32 Cost.)(1)(2)."

²¹⁷ A.C. VISCONTI, *op.cit.*, p.274.

²¹⁸ Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161.

²¹⁹ A.C. VISCONTI, *op.cit.*, p.274; cfr. Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161, *Cons. in dir.*, p.to 10.

dell'indagine istruttoria dovesse essere, o meno, l'effettiva esecuzione della modificazione anatomica. Sul punto si crearono due orientamenti opposti.

La questione parve risolversi con l'art. 31 del suddetto decreto, che abrogò l'art. 3, stabilendo che “il tribunale autorizza il trattamento medico-chirurgico “quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali”.²²⁰

La disciplina positiva si colloca nel solco dei principi di dignità e identità personale (art. 2 Cost.), eguaglianza e non discriminazione (art. 3 Cost.), e tutela della salute in chiave anche di autodeterminazione (art. 32 Cost.). Tali principi fungono da criteri direttivi dell'interpretazione e dell'esecuzione amministrativa dei provvedimenti di rettifica.

In questa prospettiva si pone quindi la celebre sentenza della Corte Costituzionale n.161 del 1985 in cui si rileva che “il legislatore è intervenuto, senza certamente né provocarla né agevolarla, su di una realtà fenomenica nota, anche se di dimensioni quantitative assai modeste, per apprestare adeguata tutela ai soggetti affetti da sindrome transessuale.”²²¹ Non solo, la Corte ha rilevato altresì che il transessuale non compie una scelta propriamente libera, bensì “obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo «naturale» modo di essere”²²². Sotto l'ulteriore profilo del contrasto tra la l. n. 164/82 e l'art. 32 Cost, la Corte ha ritenuto la normativa perfettamente compatibile con il dettato Costituzionale, ritenendo auspicabile che al transessuale si riconosca la facoltà di modificare i propri caratteri sessuali in coerenza con il genere percepito, rilevando altresì che tale eventualità non si ponga in contrasto con l'art 32 Cost. La Consulta afferma inoltre che “per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi

²²⁰ I. RIVERA, *La rettificazione anagrafica del sesso e l'intervento medico-chirurgico tra istanza personale e certezza sociale*, in *Articolo29*, 10 Gennaio 2017, disponibile su: <https://www.articolo29.it/2017/la-rettificazione-anagrafica-del-sesso-e-lintervento-medico-chirurgico-tra-istanza-personale-e-certezza-sociale/>

²²¹ Corte costituzionale, sent. 6 maggio 1985, n.161.

²²² *Ibidem*.

leciti”²²³. Non solo, il Giudice delle leggi si è espresso anche rilevando il valore terapeutico degli interventi di rettificazione del sesso in quanto idonei a “ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche, consentendo al transessuale di godere una situazione di, almeno relativo, benessere, ponendo così le condizioni per una vita sessuale e di relazione quanto più possibile normale.”²²⁴

Invero, la disciplina trova copertura Costituzionale anche in riferimento al dovere di solidarietà sociale esplicitato nell’art. 2 della Carta costituzionale, in quanto si rileva che l’identità sessuale costituisca un “fattore di svolgimento della personalità”²²⁵, che “gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere”²²⁶.

“Quanto, infine, al turbamento dei rapporti sociali che il giudice *a quo* sembra adombrare in conseguenza della rettificazione dell'attribuzione di sesso del transessuale”²²⁷—ci dice la Corte— “pur essendo arduo individuare il parametro di riferimento, è certo che il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici.”²²⁸

Ne discende che il diritto alla rettifica non è un favore eccezionale, ma uno strumento di tutela dell’identità, la cui attuazione deve essere effettiva e non stigmatizzante: dagli uffici di stato civile ai registri amministrativi, la P.A. è tenuta a dare corso alle annotazioni in modo conforme ai principi costituzionali e alla finalità di protezione della persona.

²²³ Ibidem.

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Ibidem.

2.2. Le problematiche sottese alla normativa e il diritto vivente

2.2.1. La legge n. 164/1982 e le sue criticità

La legge n.164/82, come osservò il Consigliere di Cassazione Prof. Ugo Dinacci presenta un testo “costruito con qualche fretta sotto l’impulso dell’ondata d’opinione e di pressione creata da parte radicale”,²²⁹ sottolineando che questo sia “tutt’altro esente da oscurità e incertezze, sia dal punto di vista delle strutture e della terminologia legale, sia dal punto di vista dei concetti scientifici”.²³⁰ È opportuno sottolineare come la normativa in analisi introduce una domanda giudiziaria che permette la rettificazione del sesso non solo in casi di “banali errori di identificazione del sesso in base all’apparenza esterna dei genitali al momento della nascita”,²³¹ ma anche in casi in cui sia “verificata un’evoluzione spontanea degli organi genitali esterni”,²³² o una “evoluzione volontaria, cioè favorita da interventi medico-chirurgici”.²³³

La parte più rilevante e “pregna di effetti morali e sociali”²³⁴ della normativa in analisi, consiste nella domanda di adeguamento dei caratteri sessuali da realizzarsi mediante trattamento medico chirurgico di cui all’art. 3, in quanto questo caso sembra rispondere esclusivamente “alle esigenze di soggetti affetti da transessualismo irreversibile”.²³⁵

Si può osservare infatti che la legge ha omissso l’utilizzo dei concetti, ormai ricevuti, di transessualismo irreversibile e psicosessualità, che erano stati già delineati nel disegno di legge n.1621 del Senato.

Come prima criticità si può quindi evidenziare l’impianto affrettato e medicalizzato della legge analizzata, in quanto segnata da ambiguità testuali—la

²²⁹ C. LA FARINA, *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1983, p. 820.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ Ibidem.

²³² Ibidem.

²³³ Ibidem.

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ Ibidem.

vaga nozione di “adeguamento” dei caratteri sessuali– e da una carenza definitoria– l’assenza di riferimenti chiari al transessualismo irreversibile e alla psicosessualità.

Ne derivano incertezze sistematiche, in quanto la legge confonde ipotesi diverse, lasciando irrisolti snodi delicati quale, ad esempio, la sorte del matrimonio pregresso, anche se è bene rammentare che l’analisi dei dubbi scaturiti circa i profili attinenti allo status familiare non rientra nell’oggetto del presente lavoro, perché estranea al perimetro processuale penale di questa tesi.

Per offrire un’analisi attenta e completa delle criticità sottese alla normativa sulla rettificazione di sesso, è opportuno osservare che ai fini della riassegnazione del genere in capo all’attore, sulla base dell’art.1 l. n. 164/82, il tribunale avrebbe dovuto accertare la sussistenza delle “intervenute modificazioni”²³⁶ dei caratteri sessuali dell’individuo, che conducono quindi l’interessato verso una “nuova identità di genere”²³⁷.

Fin dalla sua entrata in vigore, la l. n. 164/82 sollevò un notevole dibattito sulla “necessità dell’intervento chirurgico di adeguamento quale presupposto indispensabile per giungere alla rettificazione del genere”²³⁸. Negli anni Ottanta si riteneva comunemente– in ragione dei costumi e del modello socioculturale allora dominante– che la decisione sulla rettificazione del sesso dovesse costituire, in via necessaria, il diretto esito di un previo intervento medico-chirurgico di modificazione dei caratteri sessuali primari.²³⁹ Questa impostazione trovava un chiaro addentellato normativo nell’art.3 l. n. 164/82, poi abrogato con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2011. La maggiore problematicità insita nella l. 164/82 riguardava, infatti, l’art. 3, comma 2, in quanto presentava una rigida sequenza che “lasciava univocamente intendere che la rettificazione potesse essere disposta solo

²³⁶ A. NASCOSI, *Profili processuali del procedimento di attribuzione di sesso in Italia e in Francia*, in Genius, online first 2023, p.8.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem. In dottrina per la prospettiva della necessità dell’intervento chirurgico v. M. MANTOVANI, *Commento alla l. 14 aprile 1982, n. 164*, in Nuova giur. civ. comm., 1985, II, p. 4; p. STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82*, in Dir. fam., 2009, p. 713.

dopo l'esecuzione del trattamento e previa puntuale verifica della sua effettiva realizzazione.”²⁴⁰

La normativa ha subito un'importante innovazione con il d.lgs. n.150/2011 che non è intervenuto soltanto sul piano processuale, innovando anche la disciplina sostanziale. L'articolo 31 comma 4 del suddetto d.lgs. prevede infatti che “quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato.”²⁴¹

L'innovazione principale è nascosta nelle parole “quando risulta necessario” che sembrano poter “significare altro dall'obbligo di un intervento chirurgico che eliminasse ogni traccia dei caratteri sessuali «originari»”²⁴² in quanto, non subordinando più la riattribuzione all'effettuazione dell'intervento previamente autorizzato, implicano “almeno per le ipotesi in cui un'autorizzazione giudiziale vi è stata – di abrogare il requisito sostanziale della realizzazione dell'intervento e, con esso, della sterilizzazione o, comunque, della norma conformazione chirurgica”.²⁴³

Nonostante l'orientamento prevalente fosse negativo, si analizzerà in seguito come, “da un caso posto a un tribunale si è innescato il percorso verso il cambiamento.”²⁴⁴

In ogni caso, è bene rammentare che, prima del 2015, la regola poteva ricavarsi dal combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 3 della l. 164/1982 (ora art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011), da cui emergono quali condizioni per ottenere un provvedimento di rettificazione anagrafica di sesso “tanto la modificazione dei caratteri sessuali secondari quanto l'intervento chirurgico di riassegnazione dei caratteri sessuali primari. In realtà, anche il filone giurisprudenziale maggioritario era parecchio articolato al proprio interno con «significativi scostamenti in ordine al tipo e al grado di invasività dell'intervento chirurgico minimo ritenuto necessario

²⁴⁰ A. VENTURELLI, «Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso», in *Persona e Mercato*, 2 (2021), p. 333, disponibile online:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Venturelli.pdf>

²⁴¹ F. BARTOLINI, *La circolazione del sesso della persona: attribuzione, rettificazione, scelte di autonomia*, in *Accademia. Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani*, n. 6, 2024, pp. 703-722, p.708.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ A. SCHUSTER, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, 2017, pp.29-31

²⁴⁴ F. BARTOLINI, *op.cit.*, p.708.

ai fini della rettificazione»²⁴⁵ “In altri termini, l’abrogazione da parte del legislatore delegato del 2011 della previsione che legava la rettificazione di sesso all’accertamento dell’intervenuto trattamento chirurgico, se precedentemente autorizzato, non era stata intesa come indicazione univoca”²⁴⁶, poiché la norma non riusciva a valorizzare quell’interpretazione giurisprudenziale minoritaria che intravedeva nel ricorso al bisturi non più un requisito obbligatorio, bensì una possibilità da valutare—e autorizzare—solo qualora fosse la persona interessata a ritenere tale intervento un passaggio irrinunciabile per il definitivo superamento del conflitto interiore tra soma e psiche e per la piena realizzazione della sfera identitaria psico-affettiva verso cui era—irreversibilmente—orientato.

Una prima criticità su cui il legislatore cercò di intervenire con il d.lgs. 150/2011 riguarda la fase istruttoria in cui è essenziale: disporre l’ascolto dell’interessato mediante l’interrogatorio libero—in modo che il giudice possa instaurare un dialogo con la parte per comprendere le ragioni sottese al percorso di transizione—, raccoglierne la manifestazione della volontà di autodeterminarsi relativamente all’identità di genere oltre che la necessità che l’istante che presenti una documentazione medica.²⁴⁷

Un ulteriore profilo critico della normativa in esame attiene al contrasto che la legge n.164/82 sembra avere in riferimento all’art. 32 Cost. Si tratta di una legge

²⁴⁵ C.P. GUARINI, *Maschio e femmina li creò» ... o, forse, no. La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in *Federalismi.it*, 2018, p.5, disponibile online:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29215_2015_221.pdf

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ Nonostante la l. n. 164/1982 e l’art. 31 del d.lgs. n. 150/2011 non compiano alcun riferimento al percorso di transizione intrapreso dall’individuo, costituisce un dato acquisito nella prassi invalsa nei tribunali la produzione in giudizio da parte dell’attore di una certificazione proveniente da uno psicologo o uno psichiatra volta a dimostrare la sussistenza della disforia di genere, nonché la documentazione attestante il percorso di affermazione di genere (da cui si evince la volontà irreversibile del soggetto di rettificare il proprio genere anagrafico, unita alla immedesimazione definitiva e irreversibile nel genere vissuto e percepito come il proprio) ed, infine, la certificazione di un ginecologo e di un endocrinologo che attestino l’assenza di fattori di rischio significativi (di carattere fisico e psicologico) sia per la terapia endocrinologica intrapresa che per l’eventuale adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali. Oltre a tali documenti (ai quali potrebbe aggiungersi una certificazione comprovante lo svolgimento di interventi di chirurgia estetica), l’attore offrirà in comunicazione l’atto di nascita, nonché l’ulteriore documentazione dalla quale si potrà evincere la presenza del coniuge e dei figli (si pensi al certificato contestuale di stato e famiglia e all’estratto di matrimonio) quali destinatari della notificazione della domanda giudiziale. Discusso se le certificazioni mediche devono provenire da strutture sanitarie pubbliche (così Tribunale di Bologna, 27 luglio 2016, in *www.dejure.it*) o se sia sufficiente la documentazione redatta da una struttura privata (così Tribunale di Belluno, 30 novembre 2016, in *www.dejure.it*).

che ha suscitato un ampio dibattito e che presentava due tratti essenziali, tra loro in tensione, da un lato un profilo di apertura sul piano normativo, in quanto riconosceva un diritto fino ad allora trascurato; dall'altro un profilo di chiusura sotto il versante dei diritti umani, poiché non teneva in adeguata considerazione il diritto alla salute e al benessere psicofisico.

In concreto, la legge 164/1982 non prendeva in considerazione il fatto che il diritto alla salute potesse risultare compromesso da un intervento chirurgico non voluto oppure rischioso per la persona. Il legislatore del 1982 avrebbe, infatti, dovuto riconoscere che il diritto del soggetto transessuale meritava tutela anzitutto sul piano psicologico, e non esclusivamente su quello fisiologico/anatomico.

Il legislatore non si è occupato di fornire una disciplina compiuta, né di sciogliere i principali dubbi interpretativi. In questo contesto, il lavoro delle corti è stato prezioso: queste si sono occupate infatti di chiarire la terminologia, gli eventuali contrasti con la Costituzione, di precisare i criteri tramite importanti sentenze che hanno chiarito i punti oscuri della legge e di colmarne le lacune.²⁴⁸

2.2.2 Il diritto vivente: la svolta delle sentenze Cass. n. 15138/2015 e Corte Costituzionale n. 221/2015

Come già anticipato, il lavoro delle Corti è stato fondamentale e prezioso. Nello specifico, cruciale e lungimirante è stato il lavoro della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, con pronunce che hanno finalmente conferito una dignità giuridica alla popolazione *transgender*.

Con la sentenza n. 15138/2015 della Corte di Cassazione e la sentenza n. 221/2015 della Corte Costituzionale si è affermato chiaramente che nell'ordinamento italiano non sia possibile esigere l'intervento medico-chirurgico per la riattribuzione del genere anagrafico. Tali statuizioni non sono state, tuttavia, risolutive della questione attinente alla tutela all'identità di genere.

²⁴⁸ <http://www.portalenazionalelgbt.it/bancadeidati/schede/legge-14-aprile-1982-n-164.html>

Nonostante queste importanti pronunce, c'è ancora chi non condivide la scelta di fondo dei giudici apicali e trova appigli nelle loro stesse decisioni per persistere in accertamenti in sede processuale che appaiono lesivi della dignità delle persone *transgender*.

Per comprendere l'importanza e la lungimiranza delle pronunce appena citate, appare opportuno descrivere il clima giurisprudenziale in cui queste si inseriscono.

Prima del 2015, la giurisprudenza prevalente riteneva che le condizioni per ottenere un provvedimento di rettificazione anagrafica di sesso emergessero esclusivamente dalla lettura del combinato disposto degli artt. 1 co 1 e 3 l. n. 164/82 (ora art. 31 co 4 d.lgs. 150/2011) e che queste consistessero non solo nella modificazione dei caratteri sessuali secondari ma anche nell'effettuazione dell'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso.

Invero, giova ricordare che anche il filone maggioritario era “parecchio articolato al proprio interno”²⁴⁹ con “significativi scostamenti in ordine al tipo e al grado di invasività dell'intervento chirurgico minimo ritenuto necessario ai fini della rettificazione”²⁵⁰. I giudici erano variegati anche all'interno del filone maggioritario, talvolta ritenendo sufficiente “il soddisfacimento del presupposto della sterilizzazione organica del richiedente – particolarmente avvertito nel caso di transizione da donna a uomo (FtM)– o, almeno, in via alternativa, trattamenti farmacologici di tipo ormonale associati a interventi medico-chirurgici (prevalentemente estetici) di minore invasività di quelli demolitivi e/o ricostruttivi”.²⁵¹

Quindi, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, il requisito della *modificazione dei caratteri sessuali* veniva interpretato dalla maggior parte delle Corti nel senso dell'indefettibilità, ai fini della rettificazione, non solo del

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ A. NOCCO, *La rettificazione di attribuzione di sesso tra Corte costituzionale n. 221/2015 e fonti sovranazionali*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 30 novembre 2015, disponibile online:

https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-rettificazione-di-attribuzione-di-sesso-tra-corte-costituzionale-n_2212015-e-fonti-sovraneazionali_30-11-2015.php

²⁵¹ C.P. GUARINI, *op.cit.*, p.5, disponibile online:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29215_2015_221.pdf

completamento della terapia ormonale—e quindi il raggiungimento di “un armonioso rapporto soma–psiche”²⁵²—ma anche dell’intervento chirurgico.

In particolare, è possibile ripercorrere il ragionamento del giudice di una Corte che si esprime con particolare fermezza per la indefettibilità dell’intervento chirurgico: il Tribunale di Potenza con la pronuncia n. 157 del 20/02/2015 in cui il giudice ha disposto che non si potesse prescindere dal tenore normativo della norma, chiarendo che l’art 1 della l. n.164/82 “impone che la rettificazione di sesso sia disposta solo a seguito dell’intervenuta modificazione dei caratteri sessuali.

Nell’esprimersi con fermezza sulla questione, il giudice fece inoltre riferimento alla allora più recente giurisprudenza di merito,²⁵³ che si esprimeva “in senso contrario alla possibilità di una rettificazione dell’attribuzione di sesso in assenza di trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali”²⁵⁴, che non si possa prescindere dal tenore normativo della norma chiarendo che l’art 1 della l. n 164 82 “impone che la rettificazione di sesso sia disposta solo a seguito dell’intervenuta modificazione dei caratteri sessuali. Sul punto giova premettere come la distinzione tra caratteri sessuali primari (gli organi riproduttivi) e secondari (le residue molteplici caratteristiche anatomiche utili a ricondurre una persona ad un genere, quali ad es. il seno, la barba, il timbro della voce, il cd. “Pomo d’Adamo”, gli zigomi, etc.) abbia natura e rilevanza squisitamente medico-anatomica. Pare, invece, perlomeno dubitabile che essa sia stata (implicitamente) fatta propria dal legislatore del 1982, che si sarebbe limitato a parlare genericamente di “caratteri sessuali”, allo scopo di rendere sufficiente, per l’ottenimento della rettificazione anagrafica, la sola modificazione dei caratteri secondari: secondo il canone di cui all’art. 12 disp. prel. cod. civ., infatti, l’interprete deve attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, nonché dall’intenzione del legislatore.”²⁵⁵

Invero, con riferimento all’art 31 co. 4 d.lgs. 150/2011 il Tribunale di Potenza ritiene che questa ricalchi la norma previgente (l’art. 3 l. n. 164/82),

²⁵² A. NOCCO, *op.cit.*

²⁵³ Trib. Roma, 18 luglio 2014, n.345525, Trib. Vercelli, 12 dicembre 2004, n. 159.

²⁵⁴ A. NOCCO, *op.cit.*

²⁵⁵ Tribunale di Potenza, 20 febbraio 2015, n. 157.

affermando che “tale norma ben poteva fare riferimento, nel senso di dispensarle dall'autorizzazione del Tribunale, alle persone che avevano già dato corso all'intervento chirurgico in epoca precedente all'entrata in vigore della legge (solitamente all'estero), ovvero a persone che per ragioni congenite non necessitassero di adeguamenti dei caratteri sessuali da conseguirsi attraverso interventi medico chirurgici. Per loro, e soltanto per loro, non sarebbe dunque stata necessaria l'autorizzazione del Tribunale”²⁵⁶.

La maggior parte delle Corti ritenevano quindi di dover interpretare la normativa vigente nel senso che prevedesse l'indefettibilità e la necessità del trattamento medico chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica del sesso.

Un'altra decisione esemplare del maggioritario orientamento di merito è la decisione della Corte di Appello di Bologna del 22/02/2013 n. 29.

In questo caso il giudice, pur riconoscendo che l'istante “ha completato il percorso di modifica dei caratteri sessuali secondari conseguito attraverso diversi e ripetuti trattamenti estetici, anche chirurgici (rinoplastica, mastoplastica additiva), e incisive terapie ormonali”²⁵⁷ e abbia “ottenuto una consolidata modifica dei caratteri sessuali secondari”²⁵⁸ nonché “abbia raggiunto sul piano psichico il convincimento ormai radicato dell'appartenenza al genere femminile e viva tale sua condizione serenamente”²⁵⁹; giunge a ritenere che l'art. 1 della l. n. 164/82 “laddove individua il presupposto della rettificazione dell'atto di nascita nella modificazione dei caratteri sessuali *tout court* della persona”²⁶⁰ sia stato formulato nel senso che il legislatore ritenga necessaria la modificazione di entrambe le tipologie di caratteri sessuali primari e secondari. Non solo, nella pronuncia in analisi, il giudice si esprime sulla mancata specificazione da parte del legislatore tra caratteri sessuali primari e secondari, affermando che questa mancata differenziazione “stia a significare che il legislatore ha voluto comprenderli entrambi e non anche, come

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Corte d'Appello di Bologna, 22 febbraio 2013, n. 29.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Ibidem.

ritenuto dal reclamante, che abbia voluto ritenere sufficiente l'intervenuta modificazione di una soltanto delle due categorie".²⁶¹

Invero, la Corte giunge alla stessa conclusione anche nel condurre un'analisi storico sistematica, riconoscendo la nozione di identità sessuale come "complessa"²⁶², ma presupponendo comunque la "indispensabilità del mutamento di tutti i caratteri sessuali dell'individuo quale unica via per poter ottenere il cambiamento dell'identità sessuale e, come conseguenza, del sesso anagrafico"²⁶³ chiarendo che non si possa assolutamente trascurare "il fattore strettamente anatomico-biologico"²⁶⁴ nel ricomporre l'equilibrio tra soma e psiche.

Inoltre, la Corte analizza l'art. 3 l. n. 164/1982, rilevando che, se pur formulato con l'avverbio "quando"²⁶⁵ questo non debba essere letto come apertura alla rettifica senza chirurgia: infatti, secondo la Corte, la norma "va calata nel preciso contesto storico della [...] facente parte di una legge diretta a sanare la situazione di chi già si era sottoposto a trattamenti demolitivi-ricostruttivi delle parti anatomiche del proprio corpo, prevalentemente all'estero"²⁶⁶, concludendo quindi che l'art. 3 "prevede che il trattamento medico-chirurgico possa esser solo eventuale, non già perché l'adeguamento dei caratteri sessuali possa avvenire a prescindere da esso, ma perché possono esservi casi concreti nei quali i caratteri sessuali, nella loro interezza, compresi quelli non modificabili se non per via chirurgica, risultano già modificati (ad esempio, nei già ricordati casi di interventi praticati all'estero o per ragioni congenite)".²⁶⁷

Da ciò discende il rigetto delle censure di incostituzionalità: la norma non violerebbe l'art. 32 Cost. perché non imporrebbe in astratto un trattamento obbligatorio, ma si limiterebbe a rendere possibile l'intervento "a tutela della salute fisiopsichica del soggetto"²⁶⁸, né lederebbe il diritto all'identità e all'autodeterminazione giacché, secondo la Corte, la persona resta libera di "vivere

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ Ibidem.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Ibidem.

la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile”²⁶⁹, mentre la modifica del sesso anagrafico resta condizionata al completamento del percorso chirurgico, evitando così – nella prospettiva del giudice – la creazione di un “*tertium genus* che non pare trovare alcun appiglio giuridico nel nostro ordinamento”.²⁷⁰

Dall'altra parte, è necessario far riferimento ad un ulteriore orientamento, chiaramente minoritario, in cui si inserisce, da ultimo, anche la Cassazione con la sentenza n. 15138/2015, in cui si riteneva che il tenore letterale della norma potesse essere superato mediante una lettura e un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla base della quale si autorizzano “le rettificazioni pur in difetto di intervento”.²⁷¹

Queste sentenze ravvisavano come elemento sufficiente “la verifica, da un lato, del transessualismo degli istanti, dall'altro, del loro fermo convincimento di appartenere al sesso opposto a quello attribuito alla nascita, nonché del raggiungimento di uno stabile equilibrio psicofisico, con piena accettazione del proprio corpo”.²⁷²

In questo senso si sono espresse molte altre corti di merito, quale ad esempio il Tribunale di Messina con una pronuncia innovativa in cui si affermava che “la rettificazione dell'attribuzione del sesso può avere luogo anche in assenza dell'intervento medico-chirurgico quando la persona interessata abbia già adeguato, a mezzo di cura ormonale, il fenotipo al “sesso mentale”²⁷³, così raggiungendo stabilità e benessere psico-fisici”.²⁷⁴

La Corte si è espressa in tal senso per risolvere un caso in cui un individuo – nato biologicamente uomo – si era rivolto al tribunale per ottenere, ai sensi dell'art. 31 d.lgs. 150/2011, una sentenza di rettificazione dell'attribuzione del sesso contenuta nel suo atto di nascita, chiedendo che gli fosse assegnato un prenome femminile. A sostegno della domanda l'istante evidenziava di essere affetta –

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ A. NOCCO, *op.cit.*

²⁷² Ibidem.

²⁷³ Tribunale Messina, 4 novembre 2014, n. 2649. In merito Cfr. anche Tribunale di Siena, 12 giugno 2013, inedita; Tribunale di Roma 22 marzo 2011, inedita.

²⁷⁴ Tribunale Messina, 4 novembre 2014, n. 2649.

l'utilizzo del femminile è voluto in quanto in questa tesi si sposa l'idea secondo cui l'identità di genere, intesa nel senso di come il soggetto si senta in riferimento al proprio genere, debba essere il criterio da utilizzare al fine dell'utilizzo del maschile o femminile— da disturbo di identità di genere in quanto sentiva di appartenere al genere femminile. “La peculiarità della questione in esame, consiste nel fatto che l'istante intende ottenere una modifica del proprio *status* civile senza avere effettuato un intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo degli organi genitali, bensì solamente una terapia ormonale femminilizzante. La sua domanda, volta ad ottenere la rettifica di sesso nei registri dello Stato Civile da maschio a femmina, viene dunque avanzata in assenza del presupposto che il nostro ordinamento ha sempre considerato necessario per la sua proposizione, ovvero l'effettuato intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo. Il Tribunale di Messina viene pertanto chiamato a decidere se accogliere o meno tale domanda”²⁷⁵.

Il Tribunale di Messina in quest'occasione si è espresso con una sentenza particolarmente innovativa e alternativa. La Corte parte da un'analisi della normativa in cui si evince che l'autorizzazione alla rettificazione è condizionata alla modifica dei caratteri sessuali. È bene sottolineare come questa espressione generica e fumosa abbia aperto la strada ad un copioso dibattito giurisprudenziale nel quale si colloca la sentenza in esame.

Nonostante la giurisprudenza maggioritaria abbia da sempre interpretato la norma facendo leva sul suo carattere letterale e interpretando la locuzione *l'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali* come necessità che l'istante si sottoponesse alla relativa operazione chirurgica, il Tribunale Messinese non ha ritenuto che l'orientamento maggioritario avesse effettuato un corretto bilanciamento dei due interessi – l'interesse della collettività ad una corrispondenza tra il corpo e il sesso anagrafico, e il diritto all'identità personale quale diritto fondamentale della persona– in quanto il primo è anche privo di copertura costituzionale. Nella sentenza in analisi si evince inoltre che “dalla lettera della legge non si ricava nemmeno quali debbano essere i caratteri sessuali dal

²⁷⁵ Trib. Messina, 4 novembre 2014, in *Ilfamiliarista.it*, 20 maggio 2015, con nota M. ROVACCHI, *È ammessa la rettificazione di attribuzione di sesso anche in assenza di intervento medico-chirurgico*.

modificare: ne discende che si può ritenere sufficiente una modifica dei caratteri sessuali secondari per la quale è di norma sufficiente una cura ormonale e non anche una modifica dei caratteri sessuali primari che richiede un intervento chirurgico invasivo”²⁷⁶. Non solo, la Corte evidenzia che il termine “adeguamento”, contenuto nell’art. 31 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, “sembra stare a significare che non occorra una modifica completa di tutti i caratteri sessuali, ma che sia sufficiente una evoluzione imperfetta della identità sessuale tale da realizzare un importante e significativo avvicinamento dell’identità del richiedente a quella tipica del nuovo sesso attraverso la maturazione della consapevolezza della propria identità sessuale”.²⁷⁷

“Eppure, dalla lettera della legge non si ricava immediatamente quali debbano essere i caratteri sessuali da modificare, potendosi ritenere sufficiente anche una modifica dei caratteri sessuali secondari (che a partire dalla pubertà consentono di distinguere i maschi dalle femmine, come la distribuzione delle masse muscolari e della forza, dell’adipe, dei peli, della laringe e della voce, delle mammelle), per la quale è normalmente sufficiente effettuare delle cure ormonali, e non anche una modifica dei caratteri sessuali primari (ossia gli organi genitali e riproduttivi), che richiede, invece, una operazione chirurgica particolarmente invasiva.”²⁷⁸ Non solo, il Tribunale offre anche un’analisi del concetto di identità di genere, descrivendo come questa sia costituita da tre componenti quali “il corpo, l’autopercezione e il ruolo sociale”²⁷⁹, osservando come non si possa prestare attenzione soltanto alla componente fisica e concludendo che “la soluzione interpretativa che ritiene l’intervento chirurgico come momento essenziale della modificazione dei caratteri sessuali è sono molti aspetti riduttiva”,²⁸⁰ in quanto non considera gli aspetti psichici e comportamentali. Non solo, la pronuncia evidenzia anche come “il legislatore specifichi che «l’adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico» vada effettuato «quando risulta necessario» e tale espressione può essere ritenuta come l’indice normativo della

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ Tribunale Messina, 4 novembre 2014, n. 2649.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ Ibidem.

mera «eventualità» dell'intervento chirurgico, mentre nella visione tradizionale è stata interpretata nel senso quando «l'intervento non sia già stato effettuato».²⁸¹

Dalla sentenza in esame emerge dunque il diritto all'identità sessuale²⁸², che nelle parole dei giudici “assume la piena consistenza di diritto soggettivo derivante dalle fonti costituzionali e internazionali”²⁸³ in quanto va i “pienamente riconosciuto non solo a coloro che, sentendo di appartenere all'altro genere, abbiano modificato i loro caratteri sessuali primari, ma anche a coloro che senza modificare i caratteri sessuali primari abbiano costruito una diversa identità di genere e si siano limitati ad adeguare in modo significativo l'aspetto corporeo”.²⁸⁴

Il Tribunale, nell'enucleazione di tale diritto, “attinge a piene mani”²⁸⁵ a fonti europee, citando sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti umani, oltre che a risoluzioni degli organismi internazionali.²⁸⁶

Per il Tribunale, “se è vero che l'identità di genere sotto il profilo relazionale può essere considerata un aspetto costitutivo dell'identità personale, la sua esplicazione risulterebbe ingiustificatamente compressa ove la modificazione chirurgica dei caratteri sessuali divenisse presupposto indefettibile della rettificazione degli atti anagrafici, specie quando la modificazione chirurgica possa risolversi in un danno alla salute fisica o psicologica del soggetto, costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art. 32 Cost. Non vi sono, infatti, interessi superiori da tutelare”.²⁸⁷

Altre Corti, sempre di impostazione minoritaria, facevano invece leva sull'art 31 co.4 d.lgs. n.150/2011, ritenendo che l'adeguamento dei caratteri sessuali

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² M. WINKLER, *Rettificazione anagrafica di sesso e assenza di intervento chirurgico: a Messina si può*, Altalex, 4 marzo 2015, disponibile online: <https://www.altalex.com/documents/news/2015/03/04/rettificazione-anagrafica-di-sesso-e-assenza-di-intervento-chirurgico-a-messina-si-puo>.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Tribunale Messina, 4 novembre 2014, n. 2649.

²⁸⁵ M. WINKLER, *op.cit.*

²⁸⁶ 30.4.1996, causa C-13/94, P. c. S. e Cornwall City Council, in Dir. com. sc. int., 1998, 609, nota Pallaro; 27.4.2006, causa C-423/04, Richards c. Secretary of State for Work and Pensions; Goodwin c. Regno Unito n. 28957/95 dell'11 luglio 2002.

²⁸⁷ Tribunale Messina, 4 novembre 2014, n. 2649.

mediante intervento non costituisse per il legislatore “condizione indefettibile per la rettificazione”. Secondo queste Corti il soggetto *transgender* non può essere “costretto al bisturi”²⁸⁸ quando, sottoponendosi all’intervento, si corrano rischi gravi per la propria salute o quando “avendo già completato il percorso di transizione sessuale, non lo ritenessero utile né, appunto, necessario”²⁸⁹.

Risulta opportuno in merito menzionare la sentenza del Tribunale di La Spezia n. 1233 del 25 Luglio 1987 in cui si affermava che si dovesse negare l'autorizzazione al trattamento medico chirurgico qualora esso consistesse in interventi non solo pericolosi ma che non comportassero una certa soluzione del transessualismo del richiedente “né dal punto di vista somatico né psichico con la conseguenza dell'impossibilità giuridica di rettificazione”²⁹⁰.

In questo contesto giurisprudenziale, emergono le due sentenze rappresentanti il cuore pulsante della disciplina: la sentenza della Corte di Cassazione n. 15138 del 2015 e quella della Corte Costituzionale n. 221 del 2015.

In queste pronunce si è cercato di chiarire il quadro interpretativo e di superare le incertezze emerse che si erano stratificate attorno alla delicata questione, molto probabilmente anche a causa dell'incapacità complessiva delle corti di merito di dare effettivo seguito all'ampiezza di vedute con cui la Consulta aveva già ritratto il transessualismo nella celebre sentenza n.161 del 6 maggio 1985, in termini tali da anticipare – con tratti per certi versi quasi profetici – i capisaldi dell'odierna rielaborazione giurisprudenziale e dottrinale in ordine al corretto inquadramento sociale e giuridico del fenomeno.²⁹¹

Dapprima, interviene la Cassazione con la celebre pronuncia del 20 Luglio 2015, tanto innovativa da esser descritta come tale dai giudici stessi nei passaggi conclusivi della motivazione e “che interviene a risolvere il contrasto – risalente, ma tuttora presente – in giurisprudenza e in dottrina giuridica, in merito alla necessità o meno della procedura chirurgica di modifica dei caratteri sessuali ai fini del riconoscimento del diritto alla rettificazione anagrafica”.²⁹²

²⁸⁸ A. NOCCO, *op.cit.*

²⁸⁹ *Ibidem.*

²⁹⁰ *Ibidem.*

²⁹¹ C.P. GUARINI, *op.cit.* p.7,

²⁹² D. RODRIGUEZ, V.MARCHESE, *Identità di genere. Ecco perché la sentenza della Cassazione è un'assoluta novità*, 25 Luglio 2015, *Disponibile online*

In tale occasione la Suprema Corte è chiamata a decidere su un ricorso proposto avverso la sentenza, già analizzata, della Corte d'Appello di Bologna, la quale – sulla base di diversi motivi – aveva ritenuto indefettibile il trattamento medico-chirurgico ai fini della rettificazione dell'attribuzione di sesso.

La Corte parte dall'idea che il diritto al riconoscimento dell'identità di genere rientri nel catalogo dei diritti inviolabili della persona, che nell'ordinamento nazionale trova fondamento negli articoli 2,3, 32 della Costituzione.

Invero, la Corte affronta il fenomeno del transessualismo affermando che “la scoperta dell'identità di genere costituisce un percorso che, grazie al minor stigma sociale, prende spesso avvio già in età preadolescenziale e si compone di terapie ormonali, di chirurgia estetica, sostegno psicoterapeutico”²⁹³ e procede, inoltre, individuando i “tre componenti dell'identità di genere: il corpo, l'autopercezione e il ruolo sociale”²⁹⁴. In questa celebre pronuncia, gli Ermellini riconoscono che l'apparenza fisica sia strettamente legata all'autopercezione, al modo con cui la persona interagisce con la società e “con le sue norme comportamentali concernenti la sfera della sessualità in un'interazione costante tra cervello, corpo, esperienza”²⁹⁵.

La Corte spiega, inoltre, come la scienza oggi descriva il transessualismo come un fenomeno frutto della combinazione dinamica di fattori biologici, psicologici e sociali, sottolineando come “la chirurgia in tale prospettiva non è la soluzione ma solo un eventuale ausilio per il benessere della persona”²⁹⁶, in quanto questa rappresenta soltanto una delle possibili tappe del percorso di affermazione di genere e non la condizione imprescindibile di benessere della persona.

Invero, la Corte di Cassazione ritiene che interpretare in modo letterale la normativa, non tenendo conto dell'evoluzione scientifica e della conoscenza del fenomeno del transessualismo, significherebbe tradire la *ratio* della disciplina che – come affermato già 30 anni prima dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 161 del 1985 in cui si “riteneva espressione dei doveri di solidarietà sociale rispettare le

https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=30154

²⁹³ Corte di Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138.

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ Ibidem.

persone transessuali nel loro desiderio di vivere armoniosamente il loro essere in relazione con gli altri anche attraverso la modificazione degli atti anagrafici”²⁹⁷— infatti mira a garantire il rispetto e l’integrazione delle persone *transgender*, consentendo loro di vivere in maniera armoniosa con sé stesse e con gli altri anche attraverso l’adeguamento dei dati anagrafici.

In ambito europeo, la tutela di tale diritto è assicurata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo attraverso un’interpretazione che valorizza il diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito nell’art. 8 della CEDU²⁹⁸ in cui, nelle garanzie ivi previste, rientra lo sviluppo della personalità individuale, che si esprime anche mediante il riconoscimento giuridico del cambiamento anagrafico di sesso.

Invero, in questa celebre sentenza la Suprema Corte richiama in modo specifico la decisione *Y.Y. contro Turchia* del 10 marzo 2015, nella quale la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare nella normativa turca che subordinava il cambiamento di sesso all’incapacità di procreare, conseguita tramite intervento chirurgico di sterilizzazione²⁹⁹. In questo caso, la Corte Europea considera illegittimo l’obbligo dell’intervento chirurgico in quanto lesivo del diritto della persona di determinare il proprio genere, garantita dai principi della CEDU che tutelano più ampiamente la libertà di autodeterminazione.³⁰⁰ Infatti, secondo i giudici, tenendo conto di questo quadro di valori così delineato, costituzionale ed europeo, devono essere valutate le differenti interpretazioni delle norme nazionali.

²⁹⁷ Corte Costituzionale, 6 maggio 1985, n. 161.

²⁹⁸ Art. 8 CEDU “Diritto al rispetto della vita privata e familiare
1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.
2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

²⁹⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, *YY c. Turchia*, sentenza 10 marzo 2015.

³⁰⁰ *Ibidem*.

La Corte di Cassazione, analizzando il dato normativo della l. n. 164/1982, evidenzia come l'art. 1 faccia riferimento alla modificazione dei caratteri sessuali della persona senza distinguere tra caratteri primari e secondari, mentre l'art. 3 (oggi trasfuso nell'art. 31, d.lgs. N. 150/2011) preveda l'intervento chirurgico soltanto *quando risulta necessario*. Da tale formulazione la Corte ricava che il legislatore non abbia inteso imporre un obbligo generalizzato di intervento demolitivo sui caratteri sessuali primari ai fini della rettificazione anagrafica, ma abbia piuttosto lasciato al giudice il compito di valutarne la necessità caso per caso. L'intervento chirurgico si configura quindi non come requisito indefettibile, bensì come uno degli strumenti possibili del percorso di affermazione di genere, da impiegare solo quando risulti funzionale al pieno equilibrio psico-fisico della persona. In questa prospettiva, l'interpretazione letterale non può essere disgiunta dalla finalità di tutela dell'identità di genere e del diritto all'autodeterminazione: imporre un intervento chirurgico in modo automatico, infatti, contrasterebbe con il principio costituzionale di protezione della salute e con l'esigenza di valorizzare la pluralità dei percorsi di transizione. La Suprema Corte in questa sentenza aderisce quindi all'orientamento minoritario, discostandosi da quello maggioritario che, come analizzato ampiamente sopra, riteneva condizione imprescindibile, ai fini della rettificazione anagrafica del sesso, l'effettuazione del trattamento chirurgico.

La Corte di Cassazione non condivide l'interpretazione restrittiva della Corte d'Appello di Bologna che rileva, nella mancata differenziazione tra caratteri sessuali primari e secondari, un implicito richiamo alla necessità di modificare entrambi. Invero, secondo la Suprema Corte, questa interpretazione restrittiva causa una ingiustificata restrizione delle ipotesi di godimento “dei diritti fondamentali della persona, quali l'identità personale, l'autodeterminazione, l'integrità psicofisica e il benessere psicosociale.”³⁰¹.

A ben vedere, gli Ermellini ritengono che “la scelta di sottoporsi alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari non può che essere una scelta espressiva dei diritti inviolabili della persona, sacrificabili soltanto se vi siano interessi superiori di carattere collettivo da tutelare espressamente indicati dal

³⁰¹ Corte di Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138.

legislatore. Il silenzio della legge sulla specificazione relativa ai caratteri sessuali da modificare costituisce un indicatore rilevante in ordine all'insussistenza d'interessi collettivi superiori”³⁰², concludendo che vi possono essere “casi in cui l'adeguamento chirurgico non è possibile per ragioni di salute, trattandosi d'interventi invasivi e non ancora fondati su una tecnica chirurgica sicura. È pertanto sempre necessario procedere al bilanciamento del diritto all'identità personale e del diritto alla salute con una prevalenza del secondo sul primo, purché in presenza di una diagnosi di disforia di genere e di una modificazione certa dei caratteri sessuali secondari attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali.”

Successivamente, la Corte si esprime in merito all'art 3 rilevando come “l'interpretazione definita “storico-sistematica”³⁰³ dalla Corte d'Appello non sia condivisibile in quanto fondata su una lettura esclusivamente storico-originalista, di carattere del tutto statico, del complesso normativo costituito dalla legge n. 164 del 1982, articoli 1 e 3, in palese contrasto con la precisa indicazione contenuta nella sentenza n. 161 del 1985 della Corte Costituzionale secondo la quale i diritti in gioco costituiscono parte integrante di una civiltà giuridica in continua evoluzione.”³⁰⁴

In particolare, non è sostenibile ritenere che l'esclusione dell'obbligo indefettibile della demolizione chirurgica, desumibile dalla locuzione *quando risulti necessario* possa essere spiegato, come ha ritenuto la Corte d'Appello³⁰⁵, con l'esigenza di evitare l'intervento a chi lo avesse già subito prima dell'entrata in vigore della legge o non ne avesse necessità per ragioni congenite. L'impossibilità in natura di essere sottoposti ad un intervento demolitorio chirurgico esclude in radice la necessità di una norma che possa anche solo astrattamente imporne l'esecuzione. L'interpretazione proposta, in conclusione, non è sostenibile perché priva di efficacia prescrittiva la previsione “quando risulti necessario”. ”³⁰⁶

³⁰² Ibidem.

³⁰³ Corte d'Appello di Bologna, 22 febbraio 2013, n. 29.

³⁰⁴ Corte di Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138.

³⁰⁵ Corte d'Appello di Bologna, 22 febbraio 2013, n. 29.

³⁰⁶ Corte di Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138.

Analizzando la posizione opposta della Corte d'Appello di Bologna, la Corte di Cassazione rileva come, nel ritenere necessaria la procedura chirurgica in nome della tutela dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici e alla corretta distinzione tra i generi, nel bilanciamento di interessi, il diritto all'integrità psicofisica—quindi anche a non sottoporsi ad interventi invasivi—dovrebbe cedere di fronte al contrapposto interesse pubblico.

Di conseguenza, è bene sottolineare come la Suprema Corte ritenga che l'*iter* necessario al “riallineamento tra soma e psiche”³⁰⁷ del soggetto interessato dalla disforia di genere debba essere “il più coerente possibile con il processo di mutamento dell'identità di genere”³⁰⁸, affermando come il percorso di transizione non sia standardizzabile ma, anzi, rilevando che “il momento conclusivo di tale percorso è individuale e certamente non standardizzabile attenendo alla sfera più esclusiva della personalità. Deve, tuttavia, evidenziarsi che il punto d'arrivo ovvero il desiderio di realizzare la coincidenza tra soma e psiche è, anche in mancanza dell'intervento di demolizione chirurgica, il risultato di un'elaborazione sofferta e personale della propria identità di genere realizzata con il sostegno di trattamenti medici e psicologici corrispondenti ai diversi profili di personalità e di condizione individuale. Il momento conclusivo non può che essere profondamente influenzato dalle caratteristiche individuali. Non può in conclusione che essere il frutto di un processo di autodeterminazione verso l'obiettivo del mutamento di sesso”³⁰⁹.

La pronuncia recepisce inoltre gli orientamenti più avanzati in ambito europeo, come ad esempio la disciplina tedesca e austriaca, che rifiuta ogni forma di sterilizzazione o intervento coattivo come condizione per l'accesso ai diritti.

In conclusione, con questa decisione, la Corte supera definitivamente la visione medico-centrica della l. 164/1982, interpretandola in maniera evolutiva e adeguata ai mutamenti scientifici e culturali, e riconoscendo che il compito del giudice è quello di accertare la serietà, definitività e univocità del percorso di transizione, senza imporre percorsi invasivi e potenzialmente lesivi “alla luce della natura di tale particolarissimo percorso e delle attuali conoscenze della scienza

³⁰⁷ C.P. GUARINI, *op.cit.*, p.8.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ Corte di Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138.

medica, la Corte di cassazione ha dedotto che «il mutamento di sesso è una scelta tendenzialmente immutabile, sia sotto il profilo della percezione soggettiva, sia sotto il profilo delle oggettive mutazioni dei caratteri sessuali secondari estetico-somatici e ormonali» e che, quando non richiesta espressamente dal transessuale, ogni pratica che persegua l'obiettivo di inibire la sua capacità riproduttiva debba essere esclusa ove risulti pericolosa per la salute ovvero degradante per la sua dignità»³¹⁰.

Tale sentenza segna dunque un passaggio decisivo verso un modello di tutela che pone al centro la persona *transgender* e la sua autodeterminazione, con rilevanti ricadute anche nel sistema penale e processuale, chiamato a riconoscere le persone in base al loro genere giuridicamente accertato e non più al dato anatomico originario.

Degna di nota risulta inoltre essere la massima della sentenza che si riporta di seguito “per la rettificazione dei dati anagrafici non è necessario sottoporsi al trattamento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari al genere femminile. L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psicofisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche. L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale.”³¹¹

Successivamente, sulla scorta della sentenza della Corte di Cassazione poc'anzi analizzata, si esprime il Giudice delle Leggi sull'annosa questione della rettificazione del sesso.

³¹⁰ C.P. GUARINI, *op.cit.*, p.9.

³¹¹ Corte di Cassazione, 20 luglio 2015, n. 15138.

Invero, la Corte Costituzionale, con sentenza del 21 Ottobre 2015 n. 221, ricalca il quadro già delineato dalla Suprema Corte.³¹²

Il giudice rimettente richiedeva di sciogliere il nodo in ordine all'illegittimità costituzionale dell'art. 1 co. 1 l. n. 164/82, infatti con l'ordinanza n. 228 del 20 agosto 2014 il Tribunale di Trento, ha sottoposto al sindacato della Corte Costituzionale l'art. 1 co. 1 della legge n. 164/1982 il quale prevede che “la rettificazione si fa in forza di sentenza passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali”.

La vicenda da cui trae origine la questione di legittimità costituzionale riguardava una persona di sesso biologicamente femminile che aveva domandato la rettificazione dell'attribuzione di sesso da femminile a maschile e l'autorizzazione a effettuare, in via eventuale e futura, gli interventi medico chirurgici necessari alla demolizione dei propri organi sessuali e alla ricostruzione di quelli maschili, ritenendo tuttavia tali interventi non imprescindibili ai fini della autorizzazione richiesta.

La ricorrente spiegava di aver percepito sin dall'infanzia un'identità maschile, di aver sviluppato un orientamento sessuale nei confronti delle donne e di provare frustrazione e disagio profondi per il fatto che i propri documenti e le risultanze anagrafiche attestassero un genere femminile.

Il Tribunale di Trento, ritenendo che il dato letterale dell'art. 1 co 1 della l. n. 164/82 non consentisse di dubitare sull'indispensabilità, tanto del trattamento ormonale quanto dell'intervento medico chirurgico—with la conseguenza che nel caso concreto la domanda proposta dalla persona transessuale non operata dovesse essere respinta—, sollevava questione di legittimità costituzionale della suddetta norma rilevando un dubbio di costituzionalità in riferimento agli articoli 2,3, 32 117 co, 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 della CEDU.

Infatti, “ad avviso del giudice rimettente, la disposizione censurata si porrebbe in contrasto con gli artt.[...] poiché la previsione della necessità, ai fini della rettificazione anagrafica dell'attribuzione di sesso, dell'intervenuta

³¹² C.P. GUARINI, *op.cit.*, p.11.

modificazione dei caratteri sessuali primari attraverso trattamenti clinici altamente invasivi, pregiudicherebbe gravemente l'esercizio del diritto fondamentale alla propria identità di genere"³¹³. Inoltre, viene denunciato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost. "per l'irragionevolezza insita nella subordinazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto all'identità sessuale, al requisito della sottoposizione della persona a trattamenti sanitari (chirurgici o ormonali), estremamente invasivi e pericolosi per la salute."³¹⁴

Il Tribunale prende atto dell'art. 31, co. 4, d.lgs. 150/2011, ma ritiene che il legislatore intenda che l'intervento chirurgico possa essere solo eventuale nei casi in cui i caratteri siano già modificati (es. intervento all'estero, condizioni congenite).

In tal senso, il Tribunale ritiene che non sia possibile procedere alla rettifica anagrafica senza una modificazione dei caratteri sessuali primari. Il giudice rimettente esclude, dunque, una lettura della norma conforme ai principi Costituzionali e reputa pertanto necessario sollevare la relativa questione di legittimità.

Nel valutare il merito della questione, la Corte Costituzionale ha valorizzato, in primo luogo, la natura fondamentale del diritto all'identità di genere, riconosciuto quale componente essenziale del diritto all'identità di genere e inteso come componente essenziale del diritto all'identità personale, tutelato dagli artt. 2 Cost e 8 della CEDU.

La legge n. 164 del 1982, secondo la lettura fatta propria dalla Corte, si fonda su una concezione evolutiva dell'identità sessuale, non più limitata ai soli caratteri anatomici esterni, ma intesa come "dato complesso della personalità"³¹⁵, risultante dall'interazione di molteplici fattori – psicologici, sociali, comportamentali e fisici – che concorrono alla costruzione della soggettiva identità di genere. In questa prospettiva, la Corte osserva che l'art. 1 della legge, laddove richiede l'intervento del giudice a seguito di *intervenute modificazioni dei caratteri sessuali*, non specifica in alcun modo né la natura di tali modificazioni, né la tecnica

³¹³ Corte costituzionale, 21 ottobre 2015, n. 221.

³¹⁴ Ibidem.

³¹⁵ Ibidem.

attraverso la quale esse debbano realizzarsi; soprattutto non menziona esclusivamente i caratteri sessuali primari, né richiede che la modificazione sia il frutto di interventi chirurgici demolitivi. Tale norma, interpretata alla luce dei valori costituzionali coinvolti, non può quindi essere letta in senso restrittivo, come subordinazione necessaria della rettificazione anagrafica al compimento di interventi chirurgici sui genitali, ma deve essere intesa nel senso che le modificazioni rilevanti possono riguardare anche l'ambito psicologico, sociale e fisico in senso ampio, fino a includere le transizioni fondate su trattamenti ormonali ovvero su un percorso di definizione identitaria privo di modificazioni anatomiche radicali. Il Giudice delle Leggi richiama anche quanto già affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 161 del 1985 in cui si accoglie un concetto di identità sessuale “nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero “naturalmente” evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale”³¹⁶ e in cui si riconosce come la legge n. 164 del 1982 si collochi nell'alveo di una “civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale”.³¹⁷

La Corte ribadisce che l'intervento chirurgico costituisca soltanto uno dei possibili mezzi di adeguamento dell'identità corporea a quella personale soggettivamente percepita e rilevante socialmente, e che esso trova giustificazione prevalentemente nell'esigenza di tutela della salute dell'individuo, nei casi in cui la non conformità del corpo rispetto al genere vissuto determini una situazione di grave sofferenza psichica e di compromissione del benessere complessivo della persona. In conformità all'art. 31, co. 4, del d.lgs. 150/2011, la chirurgia deve essere autorizzata dal giudice *quando risulta necessaria*, non essendo dunque configurabile quale passaggio obbligato per accedere alla rettificazione anagrafica del sesso. La scelta di sottoporsi a tali interventi rientra nella sfera dell'autodeterminazione individuale e non può essere imposta quale condizione per

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ Ibidem.

il riconoscimento giuridico dell'identità di genere: ciò eviterebbe un'irragionevole compressione del diritto alla salute e comporterebbe una violazione del principio di dignità personale, poiché imporrebbe alla persona un sacrificio corporeo sproporzionato rispetto al diritto che essa intende esercitare³¹⁸.

Invero, la Consulta riconosce l'esclusione del carattere necessario dell'intervento chirurgico ai fini della rettificazione anagrafica, appare il corollario di "un'impostazione che in coerenza con supremi valori costituzionali rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere."³¹⁹ Secondo la Corte, infatti, "l'ampiezza del dato letterale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 e la mancanza di rigide griglie normative sulla tipologia dei trattamenti rispondono all'irriducibile varietà delle singole situazioni soggettive"³²⁰.

La Corte sottolinea inoltre la permanenza della centralità del vaglio giudiziale: la rettificazione del sesso anagrafico resta affidata a un procedimento giudiziale volto ad accertare la serietà, stabilità e irreversibilità del percorso di transizione, nonché il carattere definitivo del mutamento dell'identità di genere, attraverso una valutazione complessiva che tenga conto delle trasformazioni psicologiche, sociali e fisiche effettivamente intercorse. Tale controllo costituisce il punto di equilibrio tra la tutela dei diritti fondamentali della persona *transgender* e l'interesse pubblico alla certezza nei rapporti giuridici. L'opzione interpretativa di rigetto adottata dalla Corte permette così di ricomporre il conflitto tra diritto all'identità di genere e diritto alla salute, evitando che l'accesso alla rettificazione anagrafica sia condizionato all'accettazione di interventi medici invasivi e irreversibili, la cui necessità va verificata caso per caso.

La soluzione ermeneutica prescelta risulta perfettamente coerente con gli approdi della giurisprudenza della Corte di cassazione – in particolare la sentenza

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ Ibidem.

³²⁰ Ibidem.

n. 15138 del 2015, che ha escluso l'obbligatorietà dell'intervento chirurgico quale presupposto per la rettificazione del sesso anagrafico – e con la giurisprudenza della Corte EDU, che considera l'identità di genere come parte integrante della vita privata tutelata dall'art. 8 CEDU.

Ne consegue che l'art. 1, co. 1, della legge n. 164 del 1982, interpretato nel senso di non imporre il ricorso alla chirurgia demolitiva sui caratteri sessuali primari, risulta conforme agli artt. 2, 3, 32 e 117, co. 1 Cost. e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Pertanto, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione non fondata, precisando che la norma deve essere applicata nel senso indicato in motivazione, con il risultato che nessun obbligo di intervento chirurgico può essere imposto per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile e che, nel bilanciamento tra certezza del diritto e tutela della persona, deve prevalere il riconoscimento del diritto fondamentale all'identità di genere, assicurato tramite un rigoroso accertamento giudiziale delle condizioni soggettive del richiedente.³²¹

A completamento della minuziosa analisi svolta sopra, appare necessario soffermarsi su un'altra fondamentale–nonché recentissima– sentenza del Giudice delle leggi: la sentenza n. 143 del 23 Luglio 2024.

Invero, la pronuncia ha esaminato questioni di grande rilievo per la disciplina del fenomeno *transgender*, soffermandosi in particolare su due profili.

Da una parte, la pronuncia affronta il complesso tema dell'identità di genere non binaria, dall'altra ha dichiarato, entro determinate condizioni, l'illegittimità costituzionale della necessità di un'autorizzazione giudiziaria per l'intervento medico-chirurgico finalizzato alla transizione di genere.

Nell'ambito degli studi e della giurisprudenza, le vicende che riguardano le persone *transgender* sono generalmente ricondotte al diritto all'identità di genere, il quale viene collegato a quello, inviolabile, all'identità personale. È proprio con le decisioni della Corte Costituzionale n. 221 del 2015 e n. 180 del 2017 che si è

³²¹ Ibidem.

affermato come l'identità di genere costituisca parte integrante dell'identità personale, ricompresa tra i diritti fondamentali della persona.³²²

La questione che ha originato la pronuncia in analisi riguarda la richiesta presentata da una persona AFAB – *assigned female at birth*– che si è rivolta al Tribunale di Bolzano per ottenere la rettificazione di attribuzione di sesso da femminile ad *altro*, in quanto si riconosceva in un genere non binario. L'istante è stata diagnosticata con disforia di genere con propensione verso il genere maschile e ha richiesto il riconoscimento del diritto a sottoporsi a interventi medico chirurgici per armonizzare la propria identità di genere in senso gino-androide, con riferimento specifico ad una mastectomia.

Il giudice *a quo* ha sollevato due questioni di legittimità costituzionale, prospettando un dubbio di costituzionalità con riferimento all'art. 1 della legge n. 164/1982 nella parte in cui non prevede la possibilità di rettificare il proprio sesso di nascita “abbracciando un sesso diverso dal maschile o dal femminile”;³²³ inoltre ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art 31 co. 4 d.lgs. 151/2011, in riferimento ai parametri 2, 3, 32 Cost nella parte in cui subordina l'effettuazione del trattamento medico chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali all'autorizzazione del tribunale, eventualmente necessario ai fini della rettificazione.³²⁴

È opportuno rilevare che “la prima questione sollevata attiene ad una dimensione che valica il transessualismo *tout court*, per approdare a situazioni attinenti alla rivendicazione di un'identità di genere non binaria. Se, da un lato, tali realtà hanno ormai ottenuto un riconoscimento sempre più ampio a livello sociale e culturale, dall'altro lato, resta ancora aperto l'interrogativo su quali siano gli

³²² P. MEZZANOTTE, *op.cit.*, p.2; In tema, cfr. M. D'AMICO, *I diritti dei “diversi”. Saggio sull'omosessualità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2021, p. 164 ss., nonché I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, 1/2016, p. 175 ss.

³²³ A. BERTINI, *Nota a Corte Cost., sentenza n. 143 del 2024: il riconoscimento delle identità non binarie secondo la Corte Costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 2/2025, 1 aprile 2025, pp.101-113,p.112,disponibile online https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2025_2_07_Bertini.pdf.

³²⁴ L'avverbio ‘eventualmente’ non è utilizzato in modo casuale, non essendo più necessario, ai fini della rettificazione del sesso di nascita, sottoporsi ad un intervento medico-chirurgico

ostacoli che impediscono un pieno riconoscimento giuridico delle identità non binarie”.³²⁵

D'altra parte, la seconda questione attiene a problematiche inerenti al processo di transizione sessuale oltre che ai requisiti giuridicamente richiesti per la rettificazione.

La Corte Costituzionale, nell'operare una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale in materia, fa riferimento anche alle due fondamentali sentenze approfondite in precedenza –Cass n. 15138/2015 e Corte Costituzionale n.221/2015– che hanno escluso definitivamente la necessità di sottoporsi ad un trattamento chirurgico quale condizione imprescindibile per ottenere una pronuncia di rettificazione in quanto rimettono “al singolo la scelta circa le modalità attraverso cui realizzare il proprio percorso di transizione e conseguire il più totale benessere psico-fisico”.³²⁶

Nella sentenza n. 143 del 2024 la Corte costituzionale affronta, da un lato, il tema del riconoscimento delle identità non binarie nell'ordinamento dello stato civile e, dall'altro, la persistenza del regime di autorizzazione giudiziale per gli interventi medico-chirurgici di adeguamento dei caratteri sessuali.

Quanto al primo profilo, la Corte riconosce espressamente la realtà clinica e sociale delle identità non binarie, richiamando le classificazioni DSM-5 e ICD-11, che includono forme di incongruenza/disforia di genere non riconducibili rigidamente alle categorie “maschile” e “femminile”; prende inoltre atto del fatto che diversi ordinamenti europei e lo stesso diritto dell'Unione si stanno già muovendo verso modelli meno rigidamente binari, e registra una crescente sensibilità sociale in Italia.

La Corte rileva che l'introduzione di un genere ulteriore nello stato civile produrrebbe un impatto sistemico assai ampio, investendo trasversalmente il diritto di famiglia (matrimonio e unioni civili strutturati sul binomio sesso diverso/sesso uguale), il diritto del lavoro (azioni positive e tutela del sesso sottorappresentato), l'ordinamento sportivo (categorie agonistiche distinte per genere), l'organizzazione

³²⁵ A. BERTINI, *op.cit.*

³²⁶ *Ibidem.*

di spazi separati per sesso in carceri, ospedali e servizi, nonché la disciplina del nome, fondata sul principio di corrispondenza tra nome e sesso sancito dall'art. 35 d.P.R. 396/2000. Una simile revisione richiederebbe dunque un intervento organico e complessivo del legislatore, che oltrepassa l'ambito di legittimazione della Corte, la quale si limita a rilevare l'esistenza di un problema costituzionalmente rilevante e a rimetterne la soluzione alla discrezionalità parlamentare.

Quindi, la questione sollevata in riferimento all'art. 1. n. 164/1982, nella parte in cui non consente la rettificazione verso un "altro" sesso rispetto a maschile e femminile, vengono dichiarate inammissibili: esse segnalano un vuoto di tutela effettivo per le persone non binarie, ma postulano scelte politiche e sistemiche che non possono essere colmate in via additiva dalla giurisprudenza costituzionale, pur contenendo un chiaro invito al legislatore a intervenire.

Diversa invece è la conclusione sul secondo fronte, relativo all'art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011, che riproduce il modello originario dell'art. 3 l. n. 164/1982, costruito come procedimento unitario ma potenzialmente bifasico (prima autorizzazione giudiziale all'intervento chirurgico, poi rettificazione di sesso).

Alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva – in particolare Cass. n. 15138/2015, Corte Cost. n. 221/2015 e Corte Cost. n. 180/2017 – la Corte rileva come il regime di autorizzazione giudiziale sia divenuto irragionevole nella sua rigidità: la rettificazione può ormai essere disposta anche in assenza di bisturi, sulla base di modificazioni dei caratteri sessuali e di un vissuto di genere ritenuti sufficienti dal giudice, tanto che non di rado gli stessi tribunali autorizzano l'eventuale intervento chirurgico contestualmente alla sentenza di rettificazione, e non già in via preliminare.

Nel caso concreto, il Tribunale di Bolzano aveva già accertato, sulla base di documentazione medica e psicoterapeutica, il completamento di un percorso irreversibile di transizione, idoneo di per sé a fondare la rettificazione; in tale contesto, la pretesa di subordinare comunque l'intervento chirurgico a una specifica autorizzazione giudiziale aggiuntiva si rivela priva di coerenza rispetto alla *ratio* originaria della norma, che era quella di controllare un passaggio ritenuto all'epoca indispensabile per il mutamento anagrafico, e determina una irragionevole compressione dell'autodeterminazione sanitaria.

Per questo la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 4, d.lgs. 150/2011 nella parte in cui prescrive l'autorizzazione del tribunale al trattamento medico-chirurgico anche qualora le modificazioni dei caratteri sessuali già intervenute siano ritenute dallo stesso tribunale sufficienti per l'accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso: se la transizione è già stata riconosciuta come adeguata ai fini anagrafici, ogni ulteriore intervento chirurgico rientra nell'ordinaria relazione medico-paziente e nell'ambito dell'autodeterminazione terapeutica, senza più necessità di filtro giudiziale. La corte afferma infatti che "Il regime autorizzatorio è divenuto tuttavia irrazionale, nella sua rigidità, laddove non si coordina con l'incidenza sul quadro normativo della sentenza della Corte di cassazione, sezione prima civile, 20 luglio 2015, n. 15138, e successivamente della sentenza di questa Corte n. 221 del 2015.

Come più sopra ricordato, tale evoluzione giurisprudenziale ha escluso che le modificazioni dei caratteri sessuali richieste agli effetti della rettificazione anagrafica debbano necessariamente includere un trattamento chirurgico di adeguamento, quest'ultimo essendo soltanto un «possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico» (sentenza n. 221 del 2015).

La sentenza n. 180 del 2017 ha quindi ribadito – come già visto – che agli effetti della rettificazione è necessario e sufficiente l'accertamento dell'«intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata».

Potendo questo percorso compiersi già mediante trattamenti ormonali e sostegno psicologico-comportamentale, quindi anche senza un intervento di adeguamento chirurgico, la prescrizione indistinta dell'autorizzazione giudiziale denuncia una palese irragionevolezza: in tal caso, infatti, un eventuale intervento chirurgico avverrebbe comunque dopo la già disposta rettificazione³²⁷.

“Resta quindi da capire se, anche nel caso di specie, la Corte tornerà a pronunciarsi sulle medesime questioni o se, invece, vi sarà un intervento pronto e responsivo da parte del legislatore. Nel frattempo, la questione rimane dunque

³²⁷ Corte costituzionale, 23 luglio 2024, n.143.

aperta: l'ordinamento giuridico italiano riuscirà ad adeguarsi alle nuove esigenze sociali e a garantire piena ed effettiva tutela alle persone non binarie? Sarà inoltre possibile superare definitivamente la logica binaria su cui ancora si fondano molti aspetti della legislazione vigente? Quel che è certo è che il diritto, per sua natura, deve tenersi al passo con l'evoluzione sociale. Proprio come le mani di M.C. Escher che si disegnano a vicenda, diritto, scienza e società devono quindi continuare a modellarsi reciprocamente, percorrendo insieme la strada verso la piena affermazione della dignità umana, in tutte le sue forme e declinazioni, anche quelle più intimamente connesse all'identità personale³²⁸.

Chiarito l'assetto normativo e gli approdi del diritto vivente, resta da misurare l'impatto concreto di tali principi sul terreno probatorio. Nel processo penale, infatti, l'identità di genere incide sulle condizioni di vulnerabilità del dichiarante, sui rischi di bias nella valutazione di credibilità e sulle cautele da adottare nella conduzione dell'esame. A queste ricadute pratiche è dedicato il capitolo seguente, che analizza il tema dei testimoni vulnerabili e sistematizza misure e prassi operative a tutela della genuinità della prova e della dignità della persona.

³²⁸ A. BERTINI, *op.cit.*

CAPITOLO 3

IL TESTIMONE VULNERABILE NEL SISTEMA PROCESSUALE ITALIANO

3.1. La nozione di vulnerabilità nella testimonianza

3.1.1. Brevi cenni normativi: la vittima quale soggetto vulnerabile nell'ordinamento sovranazionale e interno

Nei primi assetti del processo penale non si rinviene né una elaborazione espressa della categoria della *vulnerabilità*, né una compiuta considerazione della *vittima* come soggetto portatore di uno statuto autonomo di garanzie. Il Codice di Procedura Penale, infatti, continua a costruire la propria architettura attorno alla figura dell'imputato e, sul versante opposto, alla sola persona offesa dal reato, mentre la nozione di vittima – e, ancor più, quella di vittima vulnerabile – entra nel lessico giuridico positivo soltanto in epoca recente, sotto la spinta delle fonti sovranazionali.

Negli ultimi anni si infatti sono succedute una moltitudine di novelle legislative sul contenuto di alcune disposizioni del Codice di Procedura Penale, determinando una differenziazione dello *status* di persona offesa, che permettono di giungere alla conclusione che nell'ordinamento processualpenalistico italiano non vi è più soltanto una *species* di persona offesa – a cui il legislatore conferisce diritti e facoltà di ugual tipo – quanto più è possibile affermare che si sia voluto creare un sistema che comprenda una molteplicità di *species* di persona offese.³²⁹

Nelle pagine che seguono si esaminerà la nozione di *vulnerabilità* e gli arricchimenti che ha subito nel tempo, assumendo “connotati e significati nuovi alla luce degli interventi del legislatore europeo e nazionale”³³⁰, in particolare ponendo l'accento sul d.lgs. n. 24 del 4 marzo 2014 che, novellando alcuni articoli del C.p.p.

³²⁹ L. BRUNELLI, *Tutela della vulnerabilità delle persone offese*, in *Ars Iuris*, 18 Dicembre 2019, disponibile online:

<https://www.unicost.eu/tutela-della-vulnerabilita-delle-persone-offese/>

³³⁰ F. DI MUZIO, *La testimonianza della vittima “vulnerabile” nel sistema delle garanzie processuali*, in *Giurisprudenza penale*, 25 aprile 2015, p.1.

“ha posto le basi per un vero e proprio statuto della prova dichiarativa” del soggetto vulnerabile codificandolo nell’art. 398, co. 5-ter, C.p.p.”.³³¹

A ben vedere, fino alla metà del secolo scorso non sembrava esserci alcun interesse per la figura della vittima, stante il suo concetto antico e nonostante si ritrovi in numerose culture, in quanto strettamente legato al sacrificio religioso con un preciso valore simbolico³³².

Invero, attribuire al soggetto passivo un ruolo marginale era un corollario necessario dell’esclusiva attribuzione allo Stato del potere di intervenire di fronte alla commissione dei reati, ponendosi questa concezione come funzionale ad evitare “la diffusione di un sistema basato sulla vendetta privata, a livello individuale o di gruppo”³³³. Il fine era proprio quello di togliere alla vittima la facoltà di reagire contro il suo aggressore, in modo da contenere pulsioni e rabbia che “se esplose sarebbero state insuscettibili di controllo”³³⁴.

Successivamente, a partire dagli anni ’40³³⁵, emerse a livello internazionale e poi anche in Italia, una corrente di pensiero che determinò, nel soffermarsi su tematiche concernenti la persona offesa dal reato, la nascita di una scienza vera e propria: la vittimologia. La rivalutazione della posizione di questo soggetto dimenticato—la vittima— discende dalla presa di coscienza dell’inadeguatezza dell’impostazione tradizionale, ritenuta non adeguata a soddisfare le aspettative di chi, patita una lesione del bene di cui è titolare, non riesce a trarre “il dovuto appagamento”³³⁶ dall’intervento pubblico. Nel modello penale imperniato su una profonda attenzione al reo “quale soggetto da individuare, condannare e poi rieducare”³³⁷ emerge infatti una debolezza intrinseca consistente nella mancanza di un effettivo ascolto dell’offeso, che finisce per subire «esperienze di

³³¹ Ibidem.

³³² Ibidem.

³³³ F. DI MUZIO, *op.cit.*, p.2.

³³⁴ Ibidem.

Sul punto, v. D. CAPPUCIO, *La vittima del reato (Parte Prima)*, in *Diritto e Formazione*, 2003 n.3, p.925.

³³⁵ In questi anni apparvero i primi studi sistematici sulle vittime dei reati. Il libro “*The criminal and his victims*” di Von Heting venne edito nel 1948, ed è considerato il fondamento della vittimologia come scienza empirica.

³³⁶ F. DI MUZIO, *op.cit.*, p.3.

³³⁷ F. Di Muzio, *op.cit.*, p.3.

vittimizzazione» o «seconda vittimizzazione»³³⁸ in quanto, come si approfondirà in seguito, la vittima spesso subisce un processo di *seconda vittimizzazione*, in quanto trattata dalla polizia o –in generale– dagli operatori del sistema processuale in modo “duro e brutale”³³⁹ tanto da portarla a subire un “ulteriore trauma psicoemotivo talvolta aggravato dai danni addizionali legati alla pubblicità del fatto”³⁴⁰.

Al rinnovato sforzo sul piano dogmatico ha fatto seguito una rielaborazione della nozione di vittima, non più configurata in termini meramente passivi, bensì quale soggetto portatore di specifiche esigenze di protezione, nonché protagonista della realtà sociale e ineludibile punto di riferimento nell’analisi dei meccanismi e delle dinamiche criminali.

L’evoluzione normativa che ha portato ad una nuova considerazione del ruolo della vittima nel nostro sistema è dovuta a molteplici interventi normativi, che verranno di seguito esposti.

Innanzitutto, è opportuno osservare l’impatto che alcuni interventi sovranazionali hanno avuto sul nostro ordinamento, quale la Convenzione di Istanbul (Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011) contro la violenza nei confronti delle donne³⁴¹, che seppur strumento internazionale giuridicamente vincolante volto a tutela delle donne contro qualsiasi forma di violenza, fornisce all’art. 3 varie definizioni³⁴² tra cui quella, all’art. 3 comma e) di vittima come “qualsiasi persona fisica che subisce gli atti o i comportamenti di cui ai precedenti commi a e b”³⁴³.

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Disponibile online:

<https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>

³⁴² Giova qui menzionare come il suddetto art. 3 al comma c) contenga anche una definizione di genere.

Art. 3, comma c) della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica contro la violenza nei confronti delle donne. “Con il termine “genere” ci si riferisce a ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini”.

³⁴³ Disponibile online:

<https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>

Di seguito il comma a) “con l’espressione “violenza nei confronti delle donne” si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti

Non solo, giova rimarcare il contributo della Convenzione di Lanzarote (Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali) del 25 ottobre 2007, nella quale ci si propone di elaborare uno “strumento internazionale completo che sia incentrato sugli aspetti della prevenzione, della protezione e del diritto penale in materia di lotta contro ogni forma di sfruttamento e di abuso sessuale nei confronti dei minori e che istituisca uno specifico meccanismo di controllo”³⁴⁴ in cui si fornisce una definizione di vittima quale “qualsiasi minore oggetto di sfruttamento o di abuso sessuale”.³⁴⁵

Successivamente, si devono menzionare i provvedimenti dell'Unione europea, tra cui rinveniamo per prima la decisione quadro 2001/220 GAI, la direttiva 2011/36/UE in materia di tratta degli esseri umani, la 2001/93/UE sull'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, la 2017/541/UE sulle vittime del terrorismo, la 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo.³⁴⁶

In particolare, la direttiva 2012/29/UE, meglio nota come *Statuto europeo delle vittime di reato*, risalente al 25 ottobre 2012, grazie al suo insieme di provvedimenti satellite e accordi internazionali (come la Convenzione di Lanzarote e di Istanbul), è un fondamentale punto di partenza per le scelte di politica criminale, non solo per quelle da attuare a livello nazionale—come la previsione di diritti di informazione, di assistenza linguistica, garanzie di protezione—ma anche per “la necessità di definire a favore dell'offeso una chiara posizione sistemica che risulti in linea con le fondamentali prerogative riconosciute dall'ordinamento all'autore

gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata”; e il comma b) “l'espressione “violenza domestica” designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima”.

³⁴⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, 25 ottobre 2007, Preambolo, disponibile online: <https://rm.coe.int/16809f545d>

³⁴⁵ Art 3 comma c), Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, 25 ottobre 2007, disponibile online: <https://rm.coe.int/16809f545d>

³⁴⁶ I. IMPERATO, *Lo statuto giuridico della vittima del reato*, Scuola superiore di magistratura, p.2, consultabile online:

<https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/225e8a48-b0c2-0c0b-5b30-66ee513749d1>

del reato”³⁴⁷. Lo statuto in analisi è il cuore della svolta sovranazionale nel riconoscimento di specifiche misure che comportino progressi significativi nel livello di tutela delle vittime in tutta l’Unione Europea, oltre che al loro sostegno e protezione³⁴⁸. Di particolare rilievo risulta la considerazione introduttiva numero 9) in cui si afferma che “un reato non è solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime. Come tali, le vittime di reato dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta fondate su motivi quali razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, disabilità, età, genere, espressione di genere, identità di genere, orientamento sessuale, status in materia di soggiorno o salute.”³⁴⁹ Non solo, si afferma anche che nei contatti con le autorità competenti nell’ambito di un procedimento penale “si dovrebbe tenere conto della situazione personale delle vittime e delle loro necessità immediate, dell’età, del genere, di eventuali disabilità e della maturità delle vittime di reato, rispettandone pienamente l’integrità fisica, psichica e morale. Le vittime di reato dovrebbero essere protette dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall’intimidazione e dalle ritorsioni, dovrebbero ricevere adeguata assistenza per facilitarne il recupero e dovrebbe essere garantito loro un adeguato accesso alla giustizia”. Inoltre, la presente direttiva presenta anche una visione della vittima, come si spiegherà profusamente nel sottoparagrafo seguente, che si discosta sia da quella della persona offesa che dal danneggiato, abbracciando una visione in cui la vittima sia anche quella

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ Si veda in merito la considerazioni introduttive dello statuto n.(2) “L’Unione si è impegnata nella protezione delle vittime di reato e nell’istituzione di norme minime in tale ambito e il Consiglio ha adottato la decisione quadro 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale [4]. Nell’ambito del programma di Stoccolma — Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini [5], adottato dal Consiglio europeo durante la sua riunione del 10 e 11 dicembre 2009, la Commissione e gli Stati membri sono stati invitati a esaminare come migliorare la legislazione e le misure concrete di sostegno per la protezione delle vittime, con particolare attenzione all’assistenza e al riconoscimento di tutte le vittime, incluse, in via prioritaria, le vittime del terrorismo.” Disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32012L0029>

³⁴⁹ Direttiva 2012/29/UE, 25 ottobre 2012, considerazioni introduttive n. 9), corsivo aggiunto, disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32012L0029>

indiretta, infatti, la norma dispone che “È possibile che anche i familiari della vittima subiscano un danno a seguito del reato. In particolare, i familiari di una persona la cui morte sia stata causata direttamente da un reato potrebbero subire un danno a seguito del reato. La presente direttiva dovrebbe pertanto tutelare anche questi familiari vittime indirette del reato”.³⁵⁰ Non solo, le considerazioni introduttive toccano tematiche fondamentali ai fini della presente analisi quale, ad esempio, il rischio di *vittimizzazione secondaria*, oltre che la necessità di apprestare opportune tutele nei confronti di *vittime particolarmente vulnerabili*.

Ancora, giungendo al cuore della direttiva, all’art. 2 è fornita una definizione di vittima quale:

“i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) 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”³⁵¹.

La direttiva in questione, articolata in 6 capi e 32 articoli—di cui il primo e il sesto riservati ai concetti base e agli aspetti puramente formali (disposizioni generali sugli obiettivi e sulle disposizioni e disposizioni finali sul recepimento e il controllo)—mentre il secondo, il terzo, il quarto capo riguardano “precipuamente la disciplina di tutela”³⁵² in quanto focalizzano i tre aspetti di cui la tutela offerta alla vittima si compone: 1) informazioni e sostegno, 2) partecipazione al procedimento penale, 3) protezione generale e particolare. Il quinto capo, invece, consta di disposizioni funzionali al manifesto dei diritti in quanto riguardano la formazione degli operatori, il coordinamento interstatale dei servizi e la cooperazione.

Inoltre, analizzando la normativa più nello specifico, emerge come all’interno di ogni articolo sia rubricato il diritto conosciuto, in modo da far apparire “il contenuto dei tre capi come in un *manifesto dei diritti della vittima di reato*”³⁵³.

La direttiva, quindi, intende realizzare un obiettivo preciso: garantire, attraverso l’informazione, la protezione, l’assistenza e la partecipazione al

³⁵⁰ Direttiva 2012/29/UE, 25 ottobre 2012, considerazioni introduttive n. 19); disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32012L0029>

³⁵¹ Direttiva 2012/29/UE, 25 ottobre 2012, art. 2 co.2 lett. a), disponibile online: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32012L0029>

³⁵² I. IMPERATO, *op.cit.*, p.3.

³⁵³ Ibidem.

procedimento penale, la vittima; tentando di realizzare quest'obiettivo auspicando "trattamento rispettoso, sensibile, personalizzato, professionale e non discriminatorio".³⁵⁴

Giova notare come la direttiva comunitaria analizzata abbia comportato un radicale cambiamento di prospettiva; infatti, considerando il reato *in primis* un'aggressione ai diritti fondamentali riconosciuti a ciascun soggetto, la vittima acquista una rilevanza sempre più pregnante in quanto, prima di essere tale, è un soggetto titolare del diritto che il reato ha leso. Se prima si prestava attenzione esclusivamente all'autore del reato, con la direttiva si comincia a prestare sempre più attenzione alla persona offesa; proprio qui si manifesta il cd. "*vittimocentrismo* della politica europea"³⁵⁵ ossia quella cultura che "inevitabilmente informa ed informerà in maniera sempre più intima i sistemi penali degli stati membri"³⁵⁶.

Dal punto di vista del diritto interno, invece, è possibile osservare un cambiamento di prospettiva dovuto in gran parte alla spinta della Direttiva 2012/29/UE.

Invero, il Codice Rocco, considerava la figura della persona offesa dal reato come una persona dotata di "limitatissimi diritti"³⁵⁷ e quasi considerata priva di una tutela soggettiva, a cui spettava una posizione "defilata e non consona con la logica di un processo in cui centrale era la posizione dell'autore del reato in un'ottica strettamente sanzionatoria in cui lo Stato era ritenuto persona offesa indefettibile di ogni illecito".³⁵⁸

Successivamente, con il Codice del 1989, l'identità del soggetto offeso acquista una qualche "identità frammentata"³⁵⁹, pur restando una connotazione pressoché uguale a quella del Codice precedente.

Infine, il Nuovo Codice, non comprende una clausola generale in grado di delineare i diritti e le facoltà della persona offesa, in quanto si rimanda a specifiche attribuzioni individuate di volta in volta dalla legge.

³⁵⁴ Ivi, p.4.

³⁵⁵ Ivi, p.3.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ Ivi, p.2.

³⁵⁸ Ibidem.

³⁵⁹ Ibidem.

Dunque, si osservi come tale vuoto normativo a livello nazionale sia stato colmato attraverso il recepimento di fonti sovranazionali “che hanno elaborato un concetto criminologico moderno di vittima del reato”.³⁶⁰ La direttiva sin ora più volte citata è stata recepita dal legislatore nazionale con il d.lgs. n. 212/2015 che ha contribuito a trasformare quella storica giustizia *retributiva* in una giustizia *riparativa*, che si presenta sempre più rispettosa dei soggetti lesi dal reato.

Purtroppo, il nostro ordinamento non è stato in grado di conferire effettività ai diritti della vittima di reato, complici la struttura “formalistica del nostro processo penale volto all’ottenimento di una pronuncia giudiziale sull’accertamento della verità formulata dal giudice attraverso il ragionamento probatorio”³⁶¹ e la mancanza di sanzioni nel caso in cui tali diritti non siano osservati.

Di seguito, si illustreranno brevemente i punti salienti della nuova disciplina, in modo da fornire un quadro completo delle norme interne a tutela della vittima del reato nel procedimento penale.

Si osservi come, il d.lgs. n. 212/2015 abbia modificato otto articoli del codice di procedura penale (artt. 90, 134, 190-*bis*, 351, 362, 392, 398, 498 C.p.p.), introdotto quattro nuovi articoli (artt. 90-*bis*, 90-*ter*, 90-*quater*, 143-*bis* C.p.p.) e due norme di attuazione (artt. 107-*ter* e 108-*ter* disp. att. C.p.p.). Il governo, nella relazione illustrativa del testo di legge, spiega la sua natura snella rilevando come molte disposizioni della direttiva sarebbero già presenti nel nostro ordinamento.³⁶²

In tale prospettiva, l’art. 90-*bis* introduce un catalogo di diritti informativi della persona offesa. Questo articolo è stato interpolato dall’art. 1, comma 1, lett. b) del d.lgs. 212/2015 con l’intento di creare un sistema in cui “la vittima riceva, al pari dell’imputato, un elenco chiaro ed esaustivo dei diritti e delle facoltà che l’ordinamento le riserva”³⁶³; con questo articolo, infatti, il legislatore riesce a riordinare una materia ben lontana dallo standard minimo richiesto, inserendo nella

³⁶⁰ Ibidem.

³⁶¹ Ivi, p.4.

³⁶² M. CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, 19 gennaio 2016, disponibile online:

<https://archivioppc.dirittopenaleuomo.org/d/4416-nuove-prospettive-per-le-vittime-di-reato-nel-procedimento-penale-italiano>

³⁶³ P. BRONZO, *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* in G. LATTANZI, E. LUPO, (a cura di), Volume 1, Milano, 2017, p. 851.

disposizione la cd. “nuova carta dei diritti della vittima”³⁶⁴. Appaiono infatti fondamentali gli innesti in tema di informazione, che riflettono una visione in cui la conoscenza e la comprensione della realtà processuale sono “indispensabili per l’esercizio dei diritti”³⁶⁵, tanto che il meccanismo previsto deve essere attivato sin dal primo contatto con l’autorità procedente che è obbligata a fornire all’offeso informazioni dettagliate in una lingua a lei comprensibile. La disposizione in analisi, quindi, presta anche un’attenzione particolare in ordine alle modalità di presentazione dell’atto di denuncia/querela.³⁶⁶ Non solo, l’art 90-*bis* si propone anche di contemperare esigenze di garanzia della persona offesa straniera con quelle di economia processuale, in quanto la lett. g) prevede un obbligo informativo circa i diritti che la legge riconosce nel caso in cui la vittima sia residente in uno stato membro dell’Unione Europea diverso da quello in cui il reato è stato commesso.

Non solo, si osservi come “la piattaforma osservativa”³⁶⁷ involga anche i momenti processuali successivi alla querela nella parte in cui è previsto che la vittima debba ricevere aggiornamenti sullo stato del procedimento, su eventuali iscrizioni ex art. 335, sulle autorità cui rivolgersi per ottenere informazioni e sulle modalità di contestazione di eventuali violazioni dei proprio diritti. Inoltre, spicca tra i diritti informativi la facoltà della vittima di chiedere di essere avvisata della richiesta di archiviazione.³⁶⁸ Infine, nel catalogo di informazioni riservate alla vittima rientrano anche una serie di avvisi che riguardano la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni derivanti dal reato e le modalità di rimborso delle spese sostenute per partecipare al procedimento.³⁶⁹ Si prescrive inoltre, su un piano “alternativo rispetto all’ordinaria ricomposizione del processo”³⁷⁰, che l’offeso sia informato della possibilità di rimettere querela, di accedere a forme di mediazione, delle facoltà riconosciute nei procedimenti sospesi per messa alla prova o in

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ Ibidem.

³⁶⁶ Si osservi come il d.lgs. n.212/2015 ha introdotto il nuovo art. 108-ter disp. att. C.p.p. che attribuisce alle procure generali presso le corti d’appello il compito di inviare alle autorità giudiziarie competenti le denunce/querelle presentate da vittime residenti o domiciliate in Italia per i reati commessi in altri stati dell’Unione Europea.

³⁶⁷ P. BRONZO, *op.cit.*, p. 852.

³⁶⁸ In tal modo si vuole risolvere l’*impasse* posta sul vizio d’origine del meccanismo delineato dall’art. 408 C.p.p.

³⁶⁹ P. BRONZO, *op.cit.*, p. 852.

³⁷⁰ Ibidem.

quelli in cui si applica la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

Infine, e merita assolutamente una menzione, alla lett. p) si impongono “informative sulle strutture sanitarie presenti sul territorio”³⁷¹, quali ad esempio case famiglie o centri antiviolenza, in modo di cercare di evitare il rischio di vittimizzazione secondaria.

Tutte queste informazioni dovrebbero essere fornite in forma orale, scritta, o elettronica alla vittima, il che porta a considerare come la “complessità dell’obbligo informativo comporterà un notevole aggravio di attività per l’autorità procedente”³⁷²; e si auspica quindi che il sistema non si esaurisca nella prassi di un vuoto adempimento formale.

L’articolo analizzato poc’anzi, non è scevro da criticità. In dottrina si è rilevato infatti che l’art. 90-*bis* C.p.p. presenti un catalogo di diritti informativi molto ampio ma in buona parte *generico*, privo di una chiara individuazione dei soggetti/uffici tenuti ad adempiere agli obblighi di informazione. Si segnalano, inoltre, incongruenze interne: la limitazione delle comunicazioni alla persona offesa (capo d’imputazione, data d’udienza, decisione se parte civile) tradisce una visione ancora sbilanciata sulla fase delle indagini, a fronte di una direttiva europea che prevede la comunicazione di *ogni* pronuncia salvo eccezioni, e l’informazione sulla facoltà di richiedere l’avviso della richiesta di archiviazione non è armonizzata con i casi in cui tale avviso è già obbligatorio, producendo disparità di trattamento e termini diversi per l’opposizione. La previsione sulle modalità di contestazione delle violazioni dei diritti appare vaga e sostanzialmente programmatica, finendo di fatto assorbita dall’attività difensiva, mentre il riferimento al diritto al risarcimento rimane debole sul piano effettivo in assenza di un fondo statale che sopperisca all’insolvibilità frequente dell’imputato. Infine, le lettere n) e o) – in tema di mediazione – sono lette da parte della dottrina come indice di un coinvolgimento precoce della vittima orientato anche a deflazionare il sistema, e l’uso del termine *mediazione* risulta riduttivo rispetto alla nozione, più ampia, di *giustizia riparativa* accolta dalla direttiva 2012/29/UE.

³⁷¹ Ivi, p. 853.

³⁷² Ibidem.

Successivamente, l'art. 90-ter C.p.p. si propone come finalità quella di “rendere edotta la vittima dello *status libertatis* dell'imputato, per consentirle di adottare misure a tutela della propria incolumità”.³⁷³ Si prevede quindi che—su richiesta—esse siano prontamente informate della scarcerazione, dell'evasione o della cessazione della misura di sicurezza detentiva nei confronti dell'imputato o del condannato. Giova rimarcare come anche questa disposizione presenti criticità, connesse soprattutto alla vaghezza del termine *scarcerazione* oltre che all'indicazione dell'obbligatorietà dell'avviso ai casi di “delitti commessi con violenza alla persona”³⁷⁴—locuzione, anche questa, piuttosto ampia.

Infine, il fulcro della disciplina della vulnerabilità è rappresentato dall'art. 90-quater C.p.p. rubricato “*Condizione di particolare vulnerabilità*”, che si concentra sulla condizione di particolare vulnerabilità in cui versa la persona offesa.

La condizione di vittima vulnerabile comporta quindi un differente regime di assunzione delle dichiarazioni e questa norma, in ossequio all'art. 23 direttiva 29/2012/UE amplia “i margini per il riconoscimento di tale status processuale”³⁷⁵ in quanto il nuovo criterio per stabilirne la sussistenza è ancorato “non soltanto all'età, allo stato di infermità o di deficienza psichica, ma anche a parametri oggettivi quali la tipologia del reato, le sue modalità e le circostanze concrete nelle quali l'illecito è stato perpetrato. Tale condizione deve essere riconosciuta se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale o se riferibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo [...] economico”.³⁷⁶ In tal senso, si è fatto leva sul concetto di *individual assesment* mutuato dalla direttiva europea, che tiene conto delle caratteristiche personali dei soggetti in questione.

Quindi, una volta individuato il soggetto particolarmente vulnerabile, il legislatore si è occupato di apportare ulteriori modifiche al Codice in modo da rafforzarne la tutela durante la sua audizione. È bene rammentare che, sebbene sia stata svolta un'analisi approfondita dell'evoluzione normativa della vittima in

³⁷³ P. BRONZO, *op.cit.*, p. 855.

³⁷⁴ In merito ai delitti commessi con violenza alla persona, Cfr. S.U. Cass, 16 marzo 2016, n. 10959 che spiegano “l'espressione *violenza alla persona* deve essere intesa alla luce del concetto di *violenza di genere*, quale risulta dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario”.

³⁷⁵ Ivi, p. 858.

³⁷⁶ Ibidem.

quanto soggetto vulnerabile, ai fini della presente analisi si considera il testimone vulnerabile *tout court*, indipendentemente dal suo essere vittima o meno.

Dunque, il legislatore ha tentato di rafforzare la tutela durante la sua audizione, sia nella fase delle indagini, che in incidente probatorio o in dibattimento; infatti, il decreto ha inserito un periodo finale all'art. 134 co. 4, consentendo in ogni caso la possibilità di riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni. Non solo, il d.lgs. n. 212/2015 è intervenuto anche modificando gli articoli 351 co. 1-*ter* e 362 co. 1- *bis* “inserendovi un duplice ordine di garanzie consistenti nella previsione della presenza di un esperto in psicologica [...] e a fare in modo che in occasione della richiesta di sommarie informazioni la vittima non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e che non sia chiamata più volte a rendere le informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini”³⁷⁷. Inoltre, il d.lgs. n. 212/2015 si è occupato anche della fase dibattimentale, introducendo il comma 5-*quater* dell'art 398 che statuisce che per l'assunzione dell'esame della persona offesa vulnerabile si applicano—su richiesta— modalità protette.

“L'impressione è di un sostanziale allineamento del codice di procedura penale rispetto alle richieste provenienti dall'Europa, ma permangono dubbi in relazione alla tecnica normativa adottata, di stratificazione piuttosto che di razionalizzazione”.³⁷⁸

Su questa traiettoria si collocano anche interventi successivi del legislatore. La l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. “Codice Rosso”) ha rafforzato la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, accelerando i tempi di attivazione dell'autorità giudiziaria e ampliando l'accesso alle misure di protezione.

La riforma Cartabia (l. 27 settembre 2021, n. 134, e d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) ha, a sua volta, introdotto una definizione di vittima ai fini della giustizia riparativa e ha ulteriormente consolidato i diritti informativi e partecipativi della persona offesa. Insieme al d.lgs. 212/2015, questi interventi disegnano un sistema

³⁷⁷ Ivi, p. 859.

³⁷⁸ Ibidem.

in cui la vulnerabilità non è più solo un dato fattuale, ma un criterio giuridico per calibrare le garanzie processuali.

Alla luce di questo quadro normativo, la figura del testimone vulnerabile assume una fisionomia sempre più nitida: nei paragrafi che seguono, l'attenzione si sposterà dalle categorie generali alle concrete declinazioni della vulnerabilità nella testimonianza, fino a mettere a fuoco, in modo specifico, la posizione della persona *transgender* nel processo penale.

3.1.2. La vittima vulnerabile

Vulnerabile, dal latino *vulnerabilis*, è un aggettivo derivato dal sostantivo latino *vulnus*, *vulneris* (“ferita”) e dal suffisso *-abilis*, che indica possibilità o capacità: “che può essere ferito”, dunque.

L'etimologia richiama immediatamente quella che è la comune accezione del termine, che rimanda a una condizione di esposizione al danno, di fragilità e di precarietà.

Il vulnerabile è il soggetto “più suscettibile rispetto ad altri di essere profondamente turbato da eventi endogeni ed esogeni”.³⁷⁹

Nella tradizione latina, “*vulnus*” non era soltanto la ferita fisica, ma anche una lesione simbolica della dignità e dell'integrità della persona: da qui la forza semantica di un concetto che, pur nato in ambito linguistico e antropologico, ha trovato progressivamente una trasposizione giuridica.

In diritto processuale penale, infatti, la nozione di vulnerabilità non è più confinata al terreno descrittivo, ma si traduce in un criterio normativo e operativo, che individua i soggetti che, a causa di particolari condizioni personali, sociali o relazionali, necessitano di specifiche misure di protezione nell'ambito della formazione della prova.

La prova testimoniale è senza dubbio intrisa di complessità.

³⁷⁹ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni: dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino, 2020, p.2

Nel valutare la testimonianza è necessario esaminare non solo la narrazione dei fatti ma anche, e soprattutto, “l’attendibilità del testimone che può essere influenzata, in vario modo, dalle dinamiche dell’attività psichica in rapporto alla percezione ed al ricordo dei fatti, e dalle sue alterazioni a causa dell’età, del sesso, delle emozioni e passioni, del temperamento, delle illusioni e allucinazioni, delle involuzioni e malattie mentali specialmente in relazione all’attenzione e alla memoria. Il livello di complessità è di grado superiore ed impone particolari cautele nell’esame del c.d. «testimone vulnerabile».”³⁸⁰

Invero, rilevano quale fattore di complessità e di possibile contaminazione della prova testimoniale moltissimi fattori di distorsione, inerenti non solo al momento mnestico ma anche a quello di espressione in aula. L’oggettività della testimonianza “appare alquanto illusoria a chi solo consideri tutta la complessità del funzionamento del sistema mnestico in correlazione alla dinamica del processo penale”³⁸¹. Ad incidere sull’ultima fase, quella dell’espressione, incidono numerosissimi fattori, tra cui l’ambiente esterno in cui il testimone è chiamato a deporre: il tribunale, l’aria austera dell’aula, le domande degli avvocati o del Pm, la formula che si è chiamati a leggere, anche solo il banchetto su cui ci si deve sedere possono intimorire e incidere abbondantemente sulla capacità di ricordare del teste, oltre che sulla sua capacità di esporre i fatti con chiarezza.

L’istituto della testimonianza comprende quindi anche delle precise garanzie a tutela del testimone che mirano a prevenire che gli venga estorta una dichiarazione utilizzando mezzi che incidano sulla sua libertà di autodeterminazione, è infatti vietato l’utilizzo di qualsiasi metodo o tecnica “idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti”³⁸², tra questi la tortura, la narcoanalisi, l’ipnosi, il siero della verità o l’utilizzo del poligrafo, neanche con il consenso del testimone stesso.

Ai fini della presente analisi, appare opportuno delineare i concetti di persona offesa dal reato, persona danneggiata dal reato e vittima del reato.

³⁸⁰ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Milano, 2017, p. 1.

³⁸¹ F. CALLARI, *L’assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell’esame dibattimentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, vol. 56, n. 4, pp. 1822-1862, p.1824.

³⁸² Art. 188 C.p.p.

In merito alla persona offesa dal reato, si rileva come “la commissione di un reato implichi effetti su più piani, in relazione ai quali si evidenziano ricadute e conseguenze processuali differenziate. Oltre alla pretesa punitiva dello stato, si concretizzano le situazioni dell’offesa all’interesse particolare tutelato dalla norma violata”³⁸³, di cui la persona offesa dal reato è la titolare.³⁸⁴

Ai fini della sua individuazione è necessario quindi far riferimento alla norma penale sostanziale da cui emerge l’interesse oggetto di tutela, potendosi poi procedere alla identificazione del soggetto o dei soggetti titolari di tale interesse.

È opportuno, inoltre, menzionare i cosiddetti reati plurioffensivi, cioè reati che ledono una pluralità di interessi giuridici contemporaneamente.

Nel linguaggio comune ci si riferisce alla persona offesa anche come “vittima del reato”,³⁸⁵ ed è inoltre molto frequente che questa sia anche danneggiata e quindi “legittimata a promuovere l’azione per il risarcimento dei danni e le restituzioni derivanti dal reato, eventualmente attraverso la sua costituzione nel procedimento penale”.³⁸⁶

Risulta opportuno sottolineare però come l’offeso dal reato e il danneggiato siano due nozioni da tenere distinte; infatti, la persona offesa dal reato è “slegata dalla necessaria sussistenza del danno civilistico”³⁸⁷, mentre la persona danneggiata dal reato è quella che ha subito un danno di natura patrimoniale e/o non patrimoniale “causalmente riconducibile alla commissione del reato, senza necessariamente essere titolare dell’interesse protetto dalla norma penale”.³⁸⁸

Anche se queste due figure confluiscono molto spesso in un unico soggetto, “rafforzando il proprio ruolo”,³⁸⁹ le due posizioni restano distinte, come distinti

³⁸³ G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, Padova, 2014, p. 150; Cfr. Cass. Sez. un. 21 aprile 1979, n. 142254; Massima Cass. Sez. un. 25 ottobre 2007, n. 237855 “*I delitti contro la fede pubblica tutelano direttamente non solo l’interesse pubblico alla genuinità materiale e alla veridicità ideologica di determinati atti, ma anche quello del soggetto privato nella cui sfera giuridica l’atto sia destinato a incidere concretamente, con la conseguenza che egli, in tal caso, riveste la qualità di persona offesa dal reato e, in quanto tale, è legittimato a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione.*”

³⁸⁴ P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, 2020, Milano, p. 80.

³⁸⁵ AA.VV. (a cura di) M.L. DI BITONTO, *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2025, p. 229.

³⁸⁶ Ibidem.

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Ibidem.

³⁸⁹ G. SPANGHER, *op.cit.*, p. 150.

sono i loro poteri e le facoltà.³⁹⁰ I casi in cui un soggetto possieda soltanto una delle due qualifiche sono quindi rari: ad esempio, nel corso di una rapina in cui venga danneggiata un'auto parcheggiata nelle vicinanze, il proprietario dell'auto sarà il danneggiato; mentre la persona aggredita sarà insieme offesa e danneggiata.³⁹¹

Ai due soggetti sono riconosciuti differenti poteri nell'ambito del processo penale a causa della “funzione di accusa privata riconosciuta alla persona offesa dal reato”³⁹², in virtù della quale, per fare un esempio, solo la persona offesa può opporsi all'archiviazione ex art. 410 C.p.p.³⁹³

È bene sottolineare come il “panorama delle posizioni di soggetto passivo del reato”³⁹⁴ sia complesso, in quanto è possibile prospettare reati vaghi—il cui soggetto passivo risulti indeterminato— o reati senza soggetto passivo o, ancora, reati con più soggetti passivi.³⁹⁵

“Mentre la persona offesa gode della tutela di natura pubblicistica correlata all'interesse pubblico alla repressione del reato”³⁹⁶, spiega la Suprema Corte “il danneggiato è portatore di un interesse privato di cui il pubblico ministero non si fa carico”³⁹⁷ —salva l'ipotesi eccezionale di cui all'art.77, comma 4, C.p.p.³⁹⁸— “ed è pertanto tenuto ad esercitare l'azione secondo le forme della domanda giudiziale civile, rimanendo soggetto ai relativi criteri dell'onere probatorio”.³⁹⁹

³⁹⁰ Ibidem. Si veda in merito la possibilità spettante solo al danneggiato di costituirsi parte civile, mentre competono solo all'offeso e non al danneggiato i diritti e le facoltà riconosciutegli dalla legge ex art. 90 C.p.p.

³⁹¹ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.168.

³⁹² Cass., 5 dicembre 2018, n. 58273.

³⁹³ Dispositivo art. 410 C.p.p. “1. Con l'opposizione alla richiesta di archiviazione la persona offesa dal reato(1) chiede la prosecuzione delle indagini preliminari indicando, a pena di inammissibilità, l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova.

2. Se l'opposizione è inammissibile e la notizia di reato è infondata, il giudice dispone l'archiviazione con decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero.

3. Fuori dei casi previsti dal comma 2, il giudice provvede a norma dell'articolo 409 commi 2, 3, 4 e 5, ma, in caso di più persone offese, l'avviso per l'udienza è notificato al solo opponente.”.

³⁹⁴ G. SPANGHER, *op.cit.*, p. 150.

³⁹⁵ Ibidem.

³⁹⁶ Cass., 5 dicembre 2018, n. 58273.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ Art 77 co. 4 C.p.p. “4. In caso di assoluta urgenza, l'azione civile nell'interesse del danneggiato incapace per infermità di mente o per età minore può essere esercitata dal pubblico ministero, finché subentri a norma dei commi precedenti colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza ovvero il curatore speciale(1).”

³⁹⁹ Cass., 5 dicembre 2018, n. 58273.

Invero, la persona offesa dal reato è un soggetto del procedimento— come espressamente previsto ex. art. 90 C.p.p.⁴⁰⁰— e diverrà parte del processo soltanto se “nella veste di danneggiato dal reato”⁴⁰¹ abbia esercitato l’azione risarcitoria costituendosi parte civile⁴⁰², quindi, da quel momento in poi il danneggiato diventerà parte attiva del processo. Nel momento in cui il danneggiato si costituisce parte civile, in capo ad egli sorgono dei diritti e doveri: ad esempio, la parte civile ha un autonomo diritto di ricerca e ammissione della prova, anche se può giovare del vantaggio—accordato nel processo penale e non, ad esempio, in quello civile—di affidarsi al pubblico ministero, il che gli permetterà di non dover anticipare le spese necessarie allo svolgimento del processo.⁴⁰³ Al contrario, la parte civile ha anche

⁴⁰⁰ Dispositivo art. 90 C.p.p. “1. La persona offesa dal reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge [101, 341, 360, 369, 394, 398, 401, 408, 409, 410, 413, 419, 428, 429, 456, 572 c.p.p.], in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie [121, 123, 367 c.p.p.] e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova(1).

1-bis. La persona offesa ha facoltà di dichiarare o eleggere domicilio. Ai fini della dichiarazione di domicilio la persona offesa può indicare un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato(4).

2. La persona offesa minore, interdetta per infermità di mente o inabilitata esercita le facoltà e i diritti a essa attribuiti a mezzo dei soggetti indicati negli articoli 120 e 121 del codice penale.

2-bis. Quando vi è incertezza sulla minore età della persona offesa dal reato, il giudice dispone, anche di ufficio, perizia. Se, anche dopo la perizia, permangono dubbi, la minore età è presunta, ma soltanto ai fini dell'applicazione delle disposizioni processuali(2).

3. Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa o da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente [74 c.p.p.](3).”

⁴⁰¹ P. TONINI, *op.cit.*, 2020, Milano, p. 80.

⁴⁰² Ex. art. 78 C.p.p. “1. La dichiarazione di costituzione di parte civile è depositata nella cancelleria del giudice che procede o presentata in udienza e deve contenere, a pena di inammissibilità:

a) le generalità della persona fisica o la denominazione dell'associazione o dell'ente che si costituisce parte civile e le generalità del suo legale rappresentante;

b) le generalità dell'imputato nei cui confronti viene esercitata l'azione civile o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo [66 c.p.p.];

c) il nome e il cognome del difensore e l'indicazione della procura [100 c.p.p.];

d) l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda agli effetti civili [163 n. 4 c.p.c.](4);

e) la sottoscrizione del difensore.

1-bis. Il difensore cui sia stata conferita la procura speciale ai sensi dell'articolo 100, nonché la procura per la costituzione di parte civile a norma dell'articolo 122, se in questa non risulta la volontà contraria della parte interessata, può conferire al proprio sostituto, con atto scritto, il potere di sottoscrivere e depositare l'atto di costituzione (5).

2. Se è presentata fuori udienza, la dichiarazione deve essere notificata, a cura della parte civile, alle altre parti e produce effetto per ciascuna di esse dal giorno nel quale è eseguita la notificazione [85 c.p.p.].

3. Se la procura non è apposta in calce o a margine della dichiarazione di parte civile, ed è conferita nelle altre forme previste dall'articolo 100, commi 1 e 2, essa è depositata nella cancelleria o presentata in udienza unitamente alla dichiarazione di costituzione della parte civile (1)(2)(3).”

⁴⁰³ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.169.

dei doveri, quale ad esempio l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità, quando chiamato a deporre come testimone.

Invero, è possibile rilevare che il legislatore ha previsto nel Codice molte ipotesi di persona offesa di “creazione legislativa” –ad es. l'ipotesi prevista ex. art. 90 C.p.p. co. 3 che prevede che “Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa o da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente [74 c.p.p.]”.⁴⁰⁴ Nondimeno, il nuovo ultimo comma dell'art. 572 C.p., aggiunto dalla l. n. 69/2019 (Codice rosso), prevede che se il minore ha assistito a maltrattamenti di famigliari e conviventi, è considerato persona offesa dal reato.⁴⁰⁵ In merito, giova sottolineare come il legislatore abbia solamente confermato la soluzione a cui in precedenza era già giunta la giurisprudenza. La Suprema Corte si era espressa in merito già nel 2016.⁴⁰⁶

In questa sentenza, infatti, il legislatore ha dato rilevanza giuridica alla cosiddetta violenza assistita, individuata quale “complesso di ricadute di tipo comportamentale, psicologico, fisico, sociale e cognitivo, nel breve e lungo termine, sui minori costretti ad assistere ad episodi di violenza e, soprattutto, a quelli di cui è vittima la madre”⁴⁰⁷. Nel caso concreto sottoposto al vaglio della Cassazione, è stata dunque riconosciuta la piena legittimazione della minore, in quanto persona offesa in virtù dell'aggravante ex. art. 61 co.1 n. 11-*quinqüies*⁴⁰⁸, a costituirsi parte civile nel procedimento riguardante la violenza sessuale commessa sulla madre e alla quale ella si trovò costretta ad assistere.

La Corte afferma infatti che “proprio in considerazione della *ratio* ispiratrice della disposizione e della sua funzione, che il minore che abbia assistito ad uno dei delitti indicati nella disposizione può essere considerato anch'egli persona offesa

⁴⁰⁴ In merito, si rileva che ex. art. 307, co. 4 C.p. “agli effetti della legge penale, si intendono per “*prossimi congiunti*” gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di *prossimi congiunti* non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole.”

⁴⁰⁵ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.162.

⁴⁰⁶ Cass, 27 ottobre 2016, n. 45403.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ Dispositivo art. 61, co. 1, n. 11-*quinqüies* “l'avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza.”.

del reato, in quanto la configurabilità di detta circostanza aggravante determina una estensione dell'ambito della tutela penale, anche al minore che abbia assistito alla violenza, come tale pienamente legittimato a costituirsi parte civile, essendo anch'egli danneggiato dal reato, così come aggravato⁴⁰⁹.

Chiarita la differenza tra offeso e danneggiato, appare opportuno concentrarsi ora sulla figura della vittima.

Il processo, per sua natura, non rappresenta il “luogo” deputato alla vittima, bensì quello dell'imputato, infatti, come è stato già rilevato, il processo nasce e si sviluppa allo scopo di assicurare all'imputato un accertamento dei fatti che sia garantito tanto sotto il profilo dell'efficacia quanto sotto il profilo del rispetto della sua posizione. Il processo si configura infatti come “imputato-centrico”,⁴¹⁰ in quanto l'assetto triadico tradizionale è imperniato sulla dialettica “pubblico ministero – imputato – giudice”⁴¹¹

È bene rammentare che “il codice di rito penale, sino agli ultimi anni, neppure la nominava, e tantomeno ne detta una definizione.”⁴¹² È possibile notare come il Codice dedichi un proprio titolo alla persona offesa dal reato, mentre non dedica neppure un articolo alla vittima del reato. Ci si chiede quindi come possa spiegarsi questa scelta del legislatore, e questa si spiega *in primis*, rilevando che la “vittima” del crimine è lo Stato “il cui ordine è stato violato dal reato”⁴¹³, anche se questa spiegazione non appare appagante. Quindi, si potrebbe ricercare una *ratio* nella scelta del legislatore, identificando la vittima come “chiunque subisce un

⁴⁰⁹ Cass, 27 ottobre 2016, n. 45403.

⁴¹⁰ Vd. in tal senso L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 845 e 846.

⁴¹¹ S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?* in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881.

⁴¹² P. DI MARZIO, *Esiste una tutela della vittima nel processo italiano?*, in *Diritto e Religioni*, semestrale Anno VI- n. 2-2011 luglio-dicembre, pp.552-562, p. 552.

In verità la espressione “vittima del reato” ha recentemente trovato ingresso nel codice di procedura penale. L'art. 498 (Esame e controesame dei testimoni), comma 4-ter C.p.p., come integrato dall'art. 9, comma 1, lett. d), n. 2, Dl 23.2.2009, n. 11 (conv. con modd. dalla L. 23.4.2009, n. 38) dispone che “l'esame della vittima del reato” minorenne, “ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato viene effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di uno specchio unitamente ad un impianto citofonico”. Si tratta però di una disposizione singolare, che trova applicazione solo in relazione a reati particolarmente gravi (riduzione in schiavitù, abusi sessuali, etc.) e pare lecito nutrire qualche dubbio in ordine al fatto che le scelte terminologiche del legislatore siano state consapevolmente orientate alla indicazione di un nuovo soggetto processuale e non semplicemente all'utilizzo di un termine diverso per indicare la persona offesa del reato.

⁴¹³ P. DI MARZIO, *op.cit.*, p. 552.

pregiudizio dal reato, non solo chi è individuato dalle norme penali quale persona offesa”⁴¹⁴. Certamente, è intuitivo comprendere come la vittima primaria in un reato— ad esempio— di lesioni personali, corrisponda a chi le subisce anche se, invece, le “vittime del reato e/o del processo”⁴¹⁵ sono moltissime, e neppure sono sempre identificate. Invero, pensando ad un processo civile di divorzio dei coniugi, appare quasi scontato notare come le vittime siano i figli “specie se di tenera età, i quali talora confidano che il giudice possa assicurargli quello che non ha il potere di dare loro”.⁴¹⁶

Dunque, si può rilevare come il problema della tutela delle vittime sia prima di tutto un problema culturale; *in primis* proteggere le vittime ha “un costo per la collettività”⁴¹⁷, e in un’epoca in cui le risorse scarseggiano, si dovrà realizzare una scala di priorità in merito al loro utilizzo⁴¹⁸ e cominciare a considerare che assicurargli assistenza e riparazione è da considerarsi una priorità.

Non solo, il problema è culturale anche in un senso diverso in quanto, spesso, sono proprio stereotipi e luoghi comuni distorti a impedire persino di comprendere chi siano le vittime del reato.⁴¹⁹

Richiamando ancora l’esperienza giudiziaria, il giudice rammenta la deposizione di una madre in un processo in cui all’imputato erano contestati episodi di violenza sessuale commessi ai danni della sorella minore.

Questa donna, madre sia della persona offesa sia dell’imputato, non negava di aver visto la figlia dodicenne uscire dalla stanza in cui il fratello era sdraiato sul letto mentre la ragazzina indossava soltanto le mutandine e piangeva.

⁴¹⁴ Ibidem.

⁴¹⁵ Ivi, p. 553.

⁴¹⁶ Ivi, p. 552.

In merito, l’autore rammenta un caso di circa dodici anni prima, quando questo esercitava le funzioni di giudice civile. In quell’occasione si pose infatti un problema in quanto la figlia quattordicenne, provvisoriamente affidata alla madre, si rifiutava di vedere il padre. Il giudice racconta di come si propose di sentire la minore e di come questa si rifiutò di salire nell’aula dell’udienza; il giudice decise quindi di incontrarsi in strada presso un bar. Durante il colloquio svoltosi nel bar, la verità venne fuori; infatti, la ragazzina era in profonda crisi in quanto spiegò che era affezionatissima al padre e proprio per questo non sopportava il fatto di non averlo accanto tutti i giorni. Dal colloquio emerse inoltre come la ragazza sperasse che il giudice avesse il potere di costringere il padre a tornare a casa. Da questo racconto del giudice emerse infatti come, in quel contesto, la figlia fosse la vittima e come questa riponesse delle speranze che il giudice avesse poteri che in concreto non aveva, in quanto infatti il padre non tornò a casa.

⁴¹⁷ Ivi, p. 557.

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ Ivi, p. 558.

Ciononostante, ha ugualmente dichiarato che, qualunque cosa il figlio avesse fatto, l'aveva fatta "l'aveva fatto nell'interesse della sorella, perché lui è il fratello e le vuole bene"⁴²⁰.

Ulteriormente, giova ricordare come il problema sia culturale anche in un'ulteriore prospettiva. Non di rado, infatti, le vittime in senso ampio del reato non si rendono neppure conto di esserlo.⁴²¹

Si pensi, ad esempio, al falso in bilancio o all'evasione fiscale: queste condotte comportano per lo Stato una minore disponibilità di risorse e, di conseguenza, il peggioramento dei servizi rivolti alla collettività – come la scuola e il servizio sanitario – di cui quasi tutti sono utenti.⁴²²

Ne deriva che quasi tutti noi siamo "vittime" dei reati legati a tali comportamenti; anche se spesso non se ne ha la giusta consapevolezza.⁴²³

Nel nostro ordinamento, infatti, la vittima ha storicamente avuto scarso riguardo, anche se, nel corso del tempo e attraverso un lungo percorso storico, ha ottenuto una maggiore considerazione, grazie non solo alla crescente consapevolezza della società ma anche del legislatore che ne ha riconosciuto il ruolo centrale che riveste nella dinamica processuale.⁴²⁴

Sotto questo profilo, le fonti normative sovranazionali hanno avuto un ruolo cruciale in quanto hanno chiamato il legislatore nazionale a definire uno statuto che fornisse garanzie di partecipazione della vittima del reato e volto all'arricchimento e al completamento del quadro delle situazioni soggettive tutelate all'interno del processo.⁴²⁵

"Solo negli ultimi decenni, con una significativa, apprezzabile accentuazione proprio nel corso degli anni più recenti, i vari ordinamenti hanno finalmente prestato la dovuta attenzione alle vittime, nella consapevolezza che

⁴²⁰ Ibidem.

⁴²¹ Ibidem.

⁴²² Ibidem.

⁴²³ Ibidem.

⁴²⁴ I. IMPERATO, *op.cit.*

⁴²⁵ Ibidem.

un'autentica giustizia debba anche risultare "ristorativa" o "riparativa" nei loro confronti"⁴²⁶.

Invero, si parla, con una certa enfasi, di una sorta di "rivoluzione copernicana"⁴²⁷ dovuta proprio alla rivalutazione del ruolo della vittima del reato; anche se è possibile ritenere che si sia soltanto, più semplicemente, cercato di "correggere un'anomalia"⁴²⁸, in quanto si è cercato di ricollocare in una "posizione adeguata una figura che, a torto, per troppo tempo era stata posta ai margini, sullo sfondo della scena processuale."⁴²⁹

In effetti, il processo penale, nato per sostituire alla vendetta da parte dei soggetti passivi del reato o della loro famiglia la risposta giudiziaria statuale, è invece giunto ad oscurare il ruolo centrale della vittima; tanto che la dottrina anglosassone ha giunto a definirla "*forgotten man*",⁴³⁰ un soggetto quindi dimenticato, in un contesto teso quasi esclusivamente a rispondere all'esigenza di offrire adeguate tutele all'imputato.⁴³¹

Si deve pertanto riconoscere che vi è un mutamento in corso, anche se "il graduale riconoscimento di nuovi spazi di intervento a favore della persona offesa"⁴³² ha portato qualcuno a temere che ne sarebbe derivato un decremento delle garanzie dell'imputato, "quasi si fosse in presenza di un'immaginaria stadera dove il sollevarsi o l'abbassarsi di uno dei piatti della bilancia determina necessariamente la modifica di posizione dell'altro".⁴³³ Giova rimarcare che un modello processuale davvero garantista dovrebbe implementare i diritti dell'offeso senza che vi sia un decremento di tutela dell'imputato, in quanto questo modello dovrebbe essere in grado di coniugare pienamente il rispetto dei diritti di entrambi, "in un'ottica consapevole del fatto che un processo può essere davvero considerato «giusto» solo se si configura come tale agli occhi di tutti i suoi protagonisti e comprimari"⁴³⁴.

⁴²⁶ C. ZARCONI, *La vittima: quale spazio nel processo penale*, p.1, disponibile online: https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1104/vittime_di_reato-articolo-chiara-zarcone.pdf

⁴²⁷ Ibidem.

⁴²⁸ Ibidem.

⁴²⁹ Ibidem.

⁴³⁰ W.F. MC DONALD, *Criminal justice and the victim*, Beverly Hills, 1976, p. 19.

⁴³¹ C. ZARCONI, *op.cit.*

⁴³² Ibidem.

⁴³³ Ibidem.

⁴³⁴ Ibidem.

La vittima del reato, oggi, “non è solo la persona fisica che ha patito direttamente o indirettamente (attraverso, ad esempio, il decesso di un familiare in conseguenza di un reato) un danno fisico, morale o patrimoniale a causa della commissione di un reato”⁴³⁵, in quanto si è dato atto della dimensione cosiddetta plurisoggettiva del reato, oltre che della necessità che il suo accertamento si avvalga non solo del “contributo che il portatore dell’interesse giuridicamente leso dal reato possa offrire all’istruttoria quanto piuttosto della interazione nella ricostruzione del fatto storico anche del soggetto che ne costituisce termine soggettivo essenziale.”⁴³⁶.

Oggi, a definire la figura della vittima, è la direttiva 2012/29/UE che la descrive come “la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro (art. 1 lett. a)”⁴³⁷, non solo, sotto l’ombrello della figura della vittima ricade anche la vittima cosiddetta indiretta.

Per quanto riguarda invece l’ordinamento interno, la Riforma Cartabia (d.lgs. n 150/2022) si è occupata di introdurre una definizione di vittima “da utilizzarsi soltanto nella materia della giustizia riparativa”⁴³⁸ (art. 42, co.1, lett. b); la vittima del reato è quindi la persona fisica che ha subito direttamente dal reato qualunque danno patrimoniale o non, è inoltre vittima del reato anche il familiare della persona la cui morte è stata causata dal reato e che in conseguenza della morte di quella persona ha subito un danno. Invero, ex art. 90-*bis*.1 del C.p.p., la vittima del reato “sin dal primo contatto con l’autorità procedente, viene informata in una lingua a lei comprensibile della facoltà di svolgere un programma di giustizia riparativa”.⁴³⁹

Possiamo dunque concludere che la figura della vittima, così come delineata dall’ordinamento sovranazionale in modo multiforme “non corrisponde appieno né

V. al riguardo le lucide considerazioni di A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in Riv. it. dir. pen. proc., 2010, p. 41 ss.

⁴³⁵ I. IMPERATO, *op.cit.*

⁴³⁶ Ibidem.

⁴³⁷ AA.VV. (a cura di) M. BARGIS, H. BELLUTA, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, pp. 23-24.

⁴³⁸ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.162.

⁴³⁹ Ibidem.

alla nozione di persona offesa, né a quella di danneggiato: al contrario, essa si palesa per un verso più lata, e per altro verso più ristretta di entrambe”⁴⁴⁰.

Il testimone *vulnerabile*, cui in passato ci si riferiva prevalentemente con la locuzione *testimone debole*, non coincide soltanto con la vittima del reato chiamata a deporre – che sperimenta una *vulnerabilità* legata alla necessità di rievocare il fatto e il trauma ad esso connesso (si pensi alla vittima di violenza sessuale, di violenza domestica o di reati di stampo mafioso) – ma comprende anche il c.d. teste “indifferente”, come il testimone oculare, quando presenti condizioni personali di fragilità (minore età, infermità psichica, dipendenze, disabilità). A queste ipotesi, e la presente ricerca intende metterlo in luce, va aggiunta la posizione della persona *transgender* che depone in qualità di vittima o di semplice testimone: la sua identità di genere, infatti, può esporla a specifici rischi di stigmatizzazione, di *outing* forzato e di svalutazione della credibilità, rendendo necessario un inquadramento mirato nell’ambito della categoria del testimone vulnerabile.

Con l’espressione *vittime vulnerabili* ci si riferisce a “coloro che hanno subito un trauma in conseguenza del reato”⁴⁴¹ e che, quindi, sono esposte al fenomeno della cosiddetta *vittimizzazione secondaria* consistente nel “patimento di un nuovo trauma indotto dal processo e connesso alla riedizione del ricordo”⁴⁴².

Invero, “la vittimizzazione primaria dipende dal trauma conseguente al reato”,⁴⁴³ mentre quella secondaria dipende “dal trauma conseguente allo svolgimento del procedimento penale e del processo”⁴⁴⁴, anche se giova menzionare che il fenomeno della vittimizzazione secondaria può verificarsi “anche in conseguenza di fattori esterni al processo”⁴⁴⁵, quale–ad esempio– il trauma causato alla vittima dai processi mediatici che seguono alla commissione di crimini particolarmente efferati o di particolare risonanza mediatica.

⁴⁴⁰ B. ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, 2019, p. 85.

⁴⁴¹ P. DI MARZIO, *op.cit.*, p. 552.

⁴⁴² Ibidem.

⁴⁴³ P. DI MARZIO, *op.cit.*, p. 555

⁴⁴⁴ Ibidem.

⁴⁴⁵ Ibidem.

Giova rimarcare come alla vittimizzazione secondaria non sia esposta soltanto la persona offesa dal reato e, a sostegno di tale assunto, può richiamarsi un esempio fornito dal giudice Di Marzio. Egli racconta infatti di come si trovò, quale presidente del collegio penale al tribunale di Santa Maria Capua Vetere—definita una “realità di frontiera per il contrasto della criminalità organizzata”⁴⁴⁶— a esaminare un testimone in un processo di estorsione in cui, a quanto sembrava, l'imputato era uno dei capi di “una nota organizzazione camorristica”.⁴⁴⁷ Il testimone chiave era un operaio che, secondo quanto riteneva l'accusa, aveva udito delle minacce volte a provocare l'arresto dei lavori in corso, fino a che l'imprenditore edile estorto e il “capozona della malavita locale si «mettessero d'accordo»”.⁴⁴⁸ Quindi il giudice spiega come, quando questo entrò in un'aula piena di simpatizzanti dell'imputato, il testimone apparisse spaventato—tanto da avere le gambe tremanti e da guardarsi intorno “con occhi di bimbo spaurito”⁴⁴⁹— e come cercasse di raccontare al pubblico ministero che lo interrogava il meno possibile sull'accaduto. Egli venne sollecitato quindi dal giudice, che evidenziò le possibili conseguenze—anche gravi— della sua reticenza; in ogni caso egli finì col raccontare tutta la verità, tanto che l'imputato fu condannato a pena severa.

Nonostante questo, però, alla fine del processo l'operaio si “guardava intorno cercando un aiuto”⁴⁵⁰, suscitando nel giudice una sensazione di impotenza come mai sperimentata prima nel corso della sua carriera.⁴⁵¹ Da questo esempio emerge come, a detta del giudice, la “principale vittima di quel processo”⁴⁵² non fu l'imprenditore estorto, quanto invece il testimone “il cui sguardo spaventato alla ricerca di aiuto non potrò mai dimenticare”.⁴⁵³

La vittimizzazione secondaria “si realizza quando le stesse autorità chiamate a reprimere il fenomeno della violenza, non riconoscendolo o sottovalutandolo, non

⁴⁴⁶ Ibidem.

⁴⁴⁷ Ibidem.

⁴⁴⁸ Ibidem.

⁴⁴⁹ Ibidem.

⁴⁵⁰ Ibidem.

⁴⁵¹ Ibidem.

⁴⁵² Ibidem.

⁴⁵³ Ibidem.

adottano nei confronti della vittima le necessarie tutele per proteggerla da possibili condizionamenti e reiterazione della violenza”.⁴⁵⁴

Una definizione puntuale del fenomeno di *vittimizzazione secondaria* si può rinvenire nella Raccomandazione n. 8 del 2006 del Consiglio d’Europa secondo la quale “vittimizzazione secondaria significa vittimizzazione che non si verifica come diretta conseguenza dell’atto criminale, ma attraverso la risposta di istituzioni e individui alla vittima”.⁴⁵⁵

È possibile affermare quindi che la vittimizzazione secondaria, “diversamente dalla vittimizzazione ripetuta da attribuire allo stesso autore”⁴⁵⁶ è inflitta dalle istituzioni con cui la vittima viene in contatto, nel caso in cui operino senza seguire le direttive internazionali e nazionali, non garantendo “comportamenti rispettosi e tutelanti, tali da non ledere la dignità personale, la salute psicofisica e la sicurezza della vittima”.⁴⁵⁷

La Convenzione di Istanbul obbliga gli Stati che abbiano ratificato e dato esecuzione alla Convenzione a contrastare questo fenomeno, in quanto l’art. 18 prevede che le parti contraenti debbano adottare le misure necessarie, siano queste legislative o di altro tipo, per proteggere le vittime da nuovi atti di violenza.

Infatti, nell’art. 18⁴⁵⁸ è chiaramente previsto che le parti contraenti debbano adottare le misure necessarie, legislative o di altro tipo, per proteggere tutte le

⁴⁵⁴ Commissione parlamentare d’inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, Relazione. La vittimizzazione secondaria delle donne che subiscono violenza e dei loro figli nei procedimenti che disciplinano l’affidamento e la responsabilità genitoriale, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Allegato 366, 16 ottobre 2018, p.8.

<https://www.senato.it/leg/18/BGT/Testi/Allegati/00000366.pdf>

⁴⁵⁵ Recommendation Rec (2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims, in cui al paragrafo 1.3 si definisce la vittimizzazione secondaria: “*Secondary victimisation means the victimisation that occurs not as a direct result of the criminal act but through the response of institutions and individuals to the victim*”.

⁴⁵⁶ Commissione parlamentare d’inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere, Relazione. La vittimizzazione secondaria delle donne che subiscono violenza e dei loro figli nei procedimenti che disciplinano l’affidamento e la responsabilità genitoriale, Senato della Repubblica, XVIII legislatura, Allegato 366, 16 ottobre 2018, p.8.

⁴⁵⁷ Ibidem.

⁴⁵⁸ Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Istanbul, 11 maggio 2011), art. 18 “*Obblighi generali Art 18 Obblighi generali 1 Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro tipo per proteggere tutte le vittime da nuovi atti di violenza. 2 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie, conformemente al loro diritto interno, per garantire che esistano adeguati meccanismi di cooperazione efficace tra tutti gli organismi statali competenti, comprese le autorità giudiziarie, i pubblici ministeri, le autorità incaricate dell’applicazione della legge, le autorità locali e regionali, le organizzazioni non governative e le altre organizzazioni o entità competenti, al fine di*

vittime da nuovi atti di violenza. Tale articolo, al comma 3, indica interventi puntuali finalizzati al raggiungimento di questo obiettivo disponendo che le parti debbano adottare misure che: “siano basate su una comprensione della violenza di genere contro le donne e della violenza domestica e si concentrino sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima; siano basate su un approccio integrato che prenda in considerazione il rapporto tra vittime, autori, bambini e il loro più ampio contesto sociale; mirino ad evitare la vittimizzazione secondaria; mirino ad accrescere l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze; consentano, se del caso, di disporre negli stessi locali di una serie di servizi di protezione e di supporto; soddisfino i bisogni specifici delle persone vulnerabili, compresi i minori vittime di violenze e siano loro accessibili”⁴⁵⁹.

Definire queste tre figure—offesa, danneggiata, vittima— che talora possono sovrapporsi, appare fondamentale e preliminare ai fini della presente analisi in quanto la persona offesa, quando chiamata a deporre— sia essa anche danneggiata o sia chiamata a deporre la vittima del reato in reati come, ad esempio, l'omicidio in cui i famigliari *vittime* possono esser chiamati a deporre—assume la veste di testimone e, in questo contesto, è possibile cogliere la funzione processuale della vulnerabilità. Si parla infatti di testimone vulnerabile, non per apporgli una mera etichetta, ma anzi in quanto la vulnerabilità fungerà da criterio operativo che orienti *come* la prova dichiarativa debba essere raccolta e valutata nel caso di testimone

proteggere e sostenere le vittime e i testimoni di ogni forma di violenza rientrando nel campo di applicazione della presente Convenzione, ivi compreso riferendosi ai servizi di supporto generali e specializzati di cui agli articoli 20 e 22 della presente Convenzione. 3 Le Parti si accertano che le misure adottate in virtù del presente capitolo: – siano basate su una comprensione della violenza di genere contro le donne e della violenza domestica e si concentrino sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima; – siano basate su un approccio integrato che prenda in considerazione il rapporto tra vittime, autori, bambini e il loro più ampio contesto sociale; – mirino ad evitare la vittimizzazione secondaria; – mirino ad accrescere l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze; – consentano, se del caso, di disporre negli stessi locali di una serie di servizi di protezione e di supporto; – soddisfino i bisogni specifici delle persone vulnerabili, compresi i minori vittime di violenze e siano loro accessibili. 4 La messa a disposizione dei servizi non deve essere subordinata alla volontà della vittima di intentare un procedimento penale o di testimoniare contro ogni autore di tali reati. 5 Le Parti adottano misure adeguate per garantire protezione consolare o di altro tipo e sostegno ai loro cittadini e alle altre vittime che hanno diritto a tale protezione, conformemente ai loro obblighi derivanti dal diritto internazionale.”

Traduzione non ufficiale pubblicata da ISTAT, 2017, p. 7. Consultabile online: <https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>

⁴⁵⁹ Ibidem.

vulnerabile, in modo da prevenire distorsioni e tutelare la dignità oltre che la genuinità del narrato.

Il Codice prevede due qualifiche di persona offesa vulnerabile in modo da garantire determinate protezioni nel momento in cui queste sono chiamate a deporre: il minorenni e la persona in situazioni di particolare vulnerabilità; in entrambi i casi l'esame deve essere condotto in ossequio di particolari protezioni ai fini di garantirne la genuinità.⁴⁶⁰

Particolari protezioni vengono quindi garantite quando il minorenni sia persona offesa di determinati reati di violenza alla persona indicati dal Codice, dall'altro lato invece la persona offesa—indipendentemente dall'essere maggiorenne o minorenni— gode delle medesime protezioni qualora si trovi in uno stato di particolare vulnerabilità, quando ricorrano le conduzioni previste ex. art. 90-*quater*⁴⁶¹, in occasione di qualsiasi reato.⁴⁶²

La condizione di particolare vulnerabilità può essere desunta, sotto un profilo soggettivo, “dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede.”⁴⁶³, mentre, sotto un profilo oggettivo può desumersi tenendo conto “se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato”⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.166.

⁴⁶¹ Dispositivo art. 90-*quater* C.p.p. “1. Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato(1).”

⁴⁶² P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.166.

⁴⁶³ Art. 90-*quater* C.p.p.

⁴⁶⁴ Art. 90-*quater* C.p.p. Si rileva che la normativa pone problemi di compatibilità con la garanzia del giusto processo perché non è prevista espressamente dalla legge la procedura di accertamento della “particolare vulnerabilità” (S. RECCHIONE), né alcun contraddittorio in tale momento (F. CASSIBBA).

Quando il teste si trovi quindi in condizione di *particolare vulnerabilità*, saranno apprestate diverse protezioni tra cui rientra non solo l'assistenza, durante l'esame, di uno psicologo o psichiatra, ma è anche previsto—quando risulti necessario—che l'esame dovrà essere sottoposto a registrazione audiovisiva o fonografica o essere assunto in strutture diverse dal tribunale, eventualmente con vetro-specchio con impianto citofonico ⁴⁶⁵; in quanto queste protezioni permettono una migliore valutazione dell'attendibilità della relativa deposizione.

Un dato che non appare considerato né dalla normativa italiana né dalla giurisprudenza è proprio la circostanza che la vittima di un trauma, nella sua deposizione, non esaurisce le sue dichiarazioni in un'unica soluzione, sviluppandole attraverso un “complesso percorso di svelamento che dalla prima dichiarazione di denuncia prosegue attraverso le dichiarazioni rese nelle altre fasi processuali”⁴⁶⁶; è infatti molto raro che le dichiarazioni accusatorie provenienti da vittime traumatizzate siano immediatamente esaustive poiché, per emergere, hanno bisogno di percorrere “faticosi itinerari di rivisitazione e superamento del trauma patito”⁴⁶⁷. Molto spesso queste dichiarazioni sono emesse in maniera inconsapevole circa gli effetti processuali che produrranno e, per tale ragione, appaiono “frammentarie, simboliche, non veritiere (per timore, vergogna, soggezione, induzione)”⁴⁶⁸. Invero, la vittima presumibilmente non concederà immediatamente e “in un'unica soluzione”⁴⁶⁹ la rappresentazione dei fatti completa, in quanto dovrà confrontarsi non solo con gli effetti del trauma primario denunciato ma anche con gli esiti di questo, scaturenti dal processo, realizzandosi così un percorso giudiziario che si intreccia e talvolta confonde con quello psicologico di rielaborazione e superamento del trauma da reato.⁴⁷⁰ Giova quindi rimarcare come il tratto specifico della dichiarazione proveniente dall'offeso traumatizzato consti nella dichiarazione

⁴⁶⁵ In merito, si rinvia agli artt. 134, 134-bis, 190-bis, 351,362, 392 co. 1-bis, 398 co. 5-bis, 498 co. 4-quater C.p.p.

⁴⁶⁶ S. RECCHIONE, *La testimonianza “debole” della vittima nel processo penale*, relazione al convegno “*I reati con vittima vulnerabile: indagini e giudizio*”, Roma, 31 gennaio–2 febbraio 2011, testo disponibile su *CanestriniLex*, testo disponibile online: https://canestrinilex.com/risorse/i-reati-con-vittima-vulnerabile-indagini-e-giudizio#_ftn20

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ Ibidem.

“per stadi successivi, che ripercorre e visualizza anche il percorso interiore di affidamento (o piuttosto di rifiuto) della vittima alla giurisdizione”⁴⁷¹.

Dunque, le dichiarazioni della vittima di un trauma da reato andrebbero valutate considerandone l'intera evoluzione, e l'attendibilità andrebbe giudicata in modo unitario, tenendo conto di tutti gli stadi del percorso dichiarativo.

A questo riguardo va rilevato che il sistema processuale italiano non consente – allo stato attuale – una piena valorizzazione in giudizio di tale percorso ai fini della valutazione dell'attendibilità, se non attraverso il meccanismo delle contestazioni. La scelta del rito accusatorio impone, infatti, di attribuire massimo rilievo alle dichiarazioni rese in contraddittorio e di relegare nell'ambito di un utilizzo ai soli fini della valutazione della credibilità, mediante le contestazioni, le dichiarazioni rese nella fase predibattimentale. La progressiva conformazione del dichiarato della vittima, come si è appena evidenziato, accresce il peso delle contestazioni in tema di valutazione della credibilità. Perché tali contestazioni siano realmente efficaci, però, è necessario che vengano effettuate sulla base di verbali che riproducano in modo effettivo e fedele quanto dichiarato. Tuttavia, solo l'analisi dell'attendibilità complessiva dell'intero percorso dichiarativo compiuto consentirà al giudice di procedere a una valutazione non approssimativa della credibilità delle accuse.

È opportuno che si operi una valutazione della prova testimoniale in ragione della sua *qualità*.⁴⁷² La qualità della prova è determinata da elementi di “varia natura”,⁴⁷³ indicati dalla giurisprudenza nel grado di attendibilità intrinseca del teste–che è dato dalle sue caratteristiche personali, morali, intellettive, sensitive– e dalla presenza o meno di un interesse personale alla vicenda processuale⁴⁷⁴, oltre che dalla capacità di attenzione e memoria. Si rileva inoltre che la giurisprudenza ha chiarito che il parziale difetto di memoria del teste non corrisponda in automatico a motivo di inattendibilità, soprattutto quando accompagnato dalla “esatta

⁴⁷¹ Ibidem.

⁴⁷² L. FADALTI, *op.cit.*, p.17.

⁴⁷³ Ibidem.

⁴⁷⁴ Ibidem.

percezione di taluno dei fatti sui quali il testimone è chiamato a rispondere”.⁴⁷⁵ La testimonianza potrà quindi essere disattesa solo quando vi siano elementi idonei a rendere plausibile il mendacio, il vizio di percezione o il ricordo del teste.

In merito alla valutazione della testimonianza del testimone vittima del reato, giova rimarcare come anche la Suprema Corte si sia più volte espressa circa la sua attendibilità, facendo emergere, in modo sufficientemente chiaro, una visione “della figura di un teste che non è «neutro» ma neanche «coinvolto» nel fatto, come l’imputato di reato connesso: si tratta invece di una persona che ha con il fatto ed il suo autore una relazione qualificata dalla «offesa» patita.”⁴⁷⁶. Pertanto, questa testimonianza si distingue nettamente da quella di un teste indifferente quale, ad esempio, “il teste oculare che interviene nei pressi della scena del delitto e osserva, per avventura, alcuni elementi utili al giudizio”;⁴⁷⁷ al teste indifferente infatti la riedizione del fatto in sede testimoniale non risulta alquanto traumatica, al contrario del teste-offeso che invece è costretto a rivivere il trama causatogli dal reato.

In merito, la Suprema Corte in più occasioni si è espressa circa la valutazione delle dichiarazioni degli offesi, ribadendo che le dichiarazioni della vittima possono essere poste alla base della decisione anche da sole, ma precisando che “in tema di valutazione probatoria, la deposizione della persona offesa dal reato, anche se quest’ultima non è equiparabile al testimone estraneo, può tuttavia essere da sola assunta come fonte di prova, ove venga sottoposta ad un’indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva di chi l’ha resa”⁴⁷⁸, spiegando quindi come “in tal caso, il vaglio di attendibilità debba essere particolarmente attento”⁴⁷⁹.

Sembra emergere, tra le righe delle pronunce della Cassazione, un orientamento piuttosto chiaro nel senso di ritenere opportuno che la prova dichiarativa resa dal testimone vulnerabile non costituisca l’unico elemento su cui

⁴⁷⁵ Ibidem.

⁴⁷⁶ S. RECCHIONE, *op.cit.*

⁴⁷⁷ Ibidem.

⁴⁷⁸ Cass., 13 novembre 2003, n.3348. Così Cass., 3 giugno 2004, n. 33162; Cass., 21 giugno 2005, n. 30422, Cass., 27 aprile 2006, n. 34110.

⁴⁷⁹ S. RECCHIONE, *op.cit.*

basare la decisione. Questo indirizzo si desume dal rigore con cui la Corte affronta la valutazione dell'attendibilità, che può essere affermata solo dopo un'accurata verifica della coerenza di quanto dichiarato con i dati di realtà che emergono dal processo.⁴⁸⁰

3.1.3. La vittima nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: la decisione J.L. c. Italia

Chiariti i profili interni relativi alla nozione di *vittima* e di *vulnerabilità*, è necessario spostarsi sul piano sovranazionale, sottolineando il fondamentale ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo nella costruzione progressiva di uno statuto convenzionale della vittima, che incide in modo diretto sulle modalità di conduzione del processo penale.

Segue l'analisi di una sentenza che appare fondamentale ai fini della presente dissertazione, la nota decisione J.L. c. Italia—che, per l'appunto, ha visto l'Italia condannata per violazione di dell'art. 8 Cedu.

Il caso in questione riguardava un procedimento penale istruito contro sette uomini accusati di stupro di gruppo alla ricorrente, che erano in seguito stati assolti dalla Corte d'Appello di Firenze. La ricorrente lamentava la mancata tutela delle autorità italiane del suo diritto al rispetto della sua vita privata oltre che della sua integrità fisica.

La condanna rappresenta l'epilogo di una dolorosissima vicenda che vede la giovanissima donna vittima di violenza sessuale di gruppo, costretta non solo a subire il trauma proveniente dalla crudezza e violenza del reato che lascia inevitabilmente, già di per sé, un segno profondo nella vittima; in quanto questa si è trovata, nelle aule di giustizia, a dover rivivere, una seconda volta l'esperienza traumatica, infatti, durante il suo esame questa è stata vittima di domande incalzanti che l'hanno portata ad esser *vittimizzata* una seconda volta, a causa del noto fenomeno della *vittimizzazione secondaria*.

I giudici di Strasburgo, in questa importante decisione, pongono “sotto accusa la sentenza con cui, nel 2015, la Corte d'Appello di Firenze assolve

⁴⁸⁰ Ibidem.

definitivamente gli imputati, ribaltando la condanna disposta in primo grado per sei di loro”⁴⁸¹.

I fatti da cui ha origine il procedimento nazionale riguardano quanto accaduto nel luglio 2008 presso la Fortezza da Basso di Firenze. La vicenda coinvolge una ragazza che all’epoca dei fatti era una studentessa di storia dell’arte e teatro, che la sera del 25 luglio aveva raggiunto ad una festa un suo collega di accademia, il quale si trovava in compagnia di altri sei amici. La donna, durante la serata, aveva consumato diverse bevande alcoliche, “molte delle quali offerte dal gruppo di ragazzi”, ⁴⁸² raggiungendo uno stato di ebbrezza tale da non aver piena coscienza di ciò che stava accadendo intorno a lei.

I sette ragazzi in gruppo si erano resi responsabili di numerosi atti intrusivi nella sfera intima della donna a cui fecero seguito, al termine della serata, plurimi atti sessuali, “consumati all’interno dell’auto di uno dei membri del gruppo che si trovava in un posto piuttosto isolato”⁴⁸³. Tali condizioni hanno, infatti, impedito qualsiasi possibilità per la donna di tentare la fuga o di chiedere aiuto, poiché si trovava in uno stato di shock e, di conseguenza, anche nell’incapacità di reagire o di opporsi a ciò che le veniva fatto.

Il giorno seguente, la ragazza venne accompagnata dal fidanzato e da un’amica in un centro antiviolenza situato in un ospedale di Firenze, dove fu visitata e dove riferì di essere stata vittima di uno stupro di gruppo.

Alcuni giorni dopo, venne nuovamente ascoltata dalla polizia e gli uomini coinvolti furono sottoposti a misura cautelare.

La ragazza, vittima di uno stupro di gruppo perpetrato da 7 ragazzi, raccontò di “ricordare chiaramente la presenza dei sette uomini nell’automobile [...] Spiegò che tutti gli uomini avevano abusato di lei a turno, sia con penetrazioni vaginali che con rapporti orali, che le avevano morso i seni e gli organi genitali,

⁴⁸¹ S. URIZZI, *Il potere delle parole nelle sentenze: tra giudizio e pregiudizio*, in *Giurisprudenza penale*, 2022, p.1, disponibile online:

https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/01/Urizzi_gp_2022_1.pdf

⁴⁸² P. GAMBATESA, *Il peso delle parole nelle sentenze: note a margine di una importante pronuncia della Corte EDU in tema di vittimizzazione secondaria (J.L. c. Italia, ricorso n. 5671/16)*, 5 aprile 2022, p.237, disponibile online:

https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2022_2_12_Gambatesa.pdf

⁴⁸³ Ibidem.

immobilizzandola a livello delle braccia e allargandole le gambe con la forza, al punto che poi avrebbe subito delle contusioni e avuto dei dolori, in particolare a livello della mascella. La ricorrente aggiunse che gli uomini avevano eiaculato ed evocò la presenza di un forte odore di sperma nell'auto"⁴⁸⁴, questa raccontava inoltre di essere stata "in stato di shock e di confusione durante le violenze, incapace di reagire"⁴⁸⁵: il reato ha causato la *vittimizzazione primaria*, la prima offesa della vittima.

Nella pronuncia in analisi, i giudici fiorentini ritennero gli imputati colpevoli, mentre ad esito opposto, giunge, invece, la Corte d'Appello, "che accerta la commissione dei plurimi atti sessuali, ritenendo consistente il consenso della donna".⁴⁸⁶ Sulla scorta di tale considerazione, l'assenza del dissenso, ovverosia uno degli elementi caratterizzanti la fattispecie di violenza sessuale, neutralizza la rilevanza penale del fatto commesso dagli imputati, i quali pertanto vengono assolti con formula piena.

Non si voglia però concentrare l'attenzione sull'esito assolutorio, in quanto, oggetto di approfondimento risultano piuttosto le affermazioni–colme di pregiudizio e certamente discutibili– contenute nella motivazione della sentenza di appello, che hanno contribuito a ritenere inattendibile la ricostruzione fornita dalla vittima.

A parere della Corte infatti, le dichiarazioni, lo stile di vita, le abitudini della donna "avrebbero infatti giustificato la condotta degli aggressori, avendoli erroneamente indotti a credere di avere il consenso della vittima".⁴⁸⁷

I giudici fiorentini descrivono infatti la giovane donna come "un soggetto femminile fragile, ma al tempo stesso creativo, disinibito, in grado di gestire la propria (bi) sessualità, di avere rapporti fisici occasionali, di cui nel contempo non era convinta".⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, J.L. c. Italia, ricorso n. 5671/16, sentenza 27 maggio 2021, disponibile online:

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU339116

⁴⁸⁵ Ibidem.

⁴⁸⁶ P. GAMBATESA, *op.cit.*, p.238, disponibile online:

https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2022_2_12_Gambatesa.pdf

⁴⁸⁷ S. URIZZI, *op.cit.*, p.1.

⁴⁸⁸ Corte d'Appello di Firenze, 4 marzo 2015, n.858.

Secondo la Corte non si sarebbe trattato di stupro, quanto, piuttosto di un “mero rapporto mal interpretato”⁴⁸⁹.

In merito agli elementi “che pare abbiano assunto valore probatorio circa sussistenza del consenso”⁴⁹⁰ rientrano anche comportamenti “particolarmente disinvolti e provocatori della donna che aveva ballato strusciandosi con alcuni di loro ed aveva mostrato gli slip rossi mentre cavalcava sul toro meccanico, tutto questo dopo il rapporto orale con lo in bagno, da costui subito comunicato agli altri”⁴⁹¹.

Successivamente, è possibile leggere tra le righe della sentenza come la Corte giunga a convincersi del fatto che questa non rappresentasse “univocamente il ritratto di una predestinata vittima di violenza, quanto piuttosto quello di una ragazza in grado di difendersi ed anche di divertirsi alle battutacce di coloro che plaudevano al suo nuovo orientamento sessuale a loro favorevole (da lesbica ad etero)”⁴⁹².

La Corte corrobora quindi la sua tesi parlando di “iniziativa di gruppo non ostacolata”⁴⁹³, nonché ravvisando nella denuncia–e nel successivo procedimento penale– un tentativo della ragazza di reagire a un “discutibile momento di debolezza e di fragilità che una vita non lineare come la sua avrebbe voluto censurare e rimuovere”⁴⁹⁴.

Nel dispositivo della sentenza e nella corrispondente motivazione, i giudici fiorentini avanzano numerose considerazioni in merito alla condotta sessuale della presunta vittima, facendo riferimento al suo vissuto, caratterizzato da relazioni e rapporti sia affettivi sia occasionali, e soffermandosi su aspetti intimi e personali della sua sfera privata.

Nella sentenza si legge infatti di un padre assente, una madre ammalata, nonché di numerosi dettagli– irrilevanti– ai fini del processo, come– ad esempio– nella parte in cui si afferma che “il racconto della ragazza configura un atteggiamento sicuramente ambivalente nei confronti del sesso, che evidentemente

⁴⁸⁹ Ibidem.

⁴⁹⁰ P. GAMBATESA, *op.cit.*, p.238.

⁴⁹¹ Corte d’Appello di Firenze, 4 marzo 2015, n.858.

⁴⁹² Ibidem.

⁴⁹³ Ibidem.

⁴⁹⁴ Ibidem.

l'aveva condotta a scelte da lei stessa non pacificamente condivise e vissute traumaticamente o contraddittoriamente, come quella di partecipare dopo il fatto ad un «workshop» estivo nella zona di denominato «Sex in Transition» o prima del fatto quella di interpretare uno dei film «splatter» di un regista amatoriale intriso di scene di sesso e di violenza che aveva mostrato di «reggere» senza problemi»⁴⁹⁵.

Non solo, la Corte si spinge oltre rilevando che “se si era fatta condurre o sorreggere fino all’auto, se poi, come racconta espressamente, era rimasta come in trance, «inerme», «come un qualcosa in balia della corrente», mentre gli altri effettuavano diverse e ripetute manovre lascive ed invasive su di lei, e si erano anche mostrati «quasi stupiti» quando lei riprendendosi aveva detto «basta», recuperando borsa e scarpe e uscendo dall’auto, allora non può che dedursi che tutti avevano mal interpretato la sua disponibilità precedente, orientandola ad un rapporto di gruppo che alla fine nel suo squallore non aveva soddisfatto nessuno, nemmeno coloro che nell’impresa si erano cimentati”⁴⁹⁶.

Su tali fatti e circostanze la Corte fondava il proprio giudizio assolutorio, ritenendo che il fatto non sussistesse. Nel dispositivo della sentenza si legge infatti che la vicenda è definita come “incresciosa, non encomiabile per nessuno”⁴⁹⁷, ma che tuttavia non configura un fatto penalmente rilevante.

Alla luce di quanto detto sopra, viene spontaneo rilevare come la ragazza in questione, a causa delle sue scelte e preferenze sessuali, del suo stile di vita, dei suoi atteggiamenti nonché del suo abbigliamento—gli slip rossi che vengono più volte citati dalla Corte—sia vittima di uno *stigma* e di un *pregiudizio* che l’hanno condotta a divenire vittima due volte: nel momento in cui il mostruoso abuso si è compiuto e quello della riedizione nel processo che, invece che tutelare la vittima, si è fatto carnefice.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è di avviso totalmente opposto rispetto alla Corte d’Appello; infatti, adita dalla vittima, si pronuncia non sulla decisione della Corte—ormai passata in giudicato— bensì sul contenuto della sentenza, accogliendo il ricorso della ragazza e pronunciandosi in suo favore nella

⁴⁹⁵ Ibidem.

⁴⁹⁶ Ibidem.

⁴⁹⁷ Ibidem.

celebre sentenza J.L. c. Italia del 27 maggio 2021. La pronuncia in questione ha comportato una condanna dell'Italia per violazione dell'art. 8 Cedu ⁴⁹⁸, in materia di diritto al rispetto della vita privata e dell'integrità personale. ⁴⁹⁹

In particolare, la Corte giudica criticabile la troppa enfasi data ad alcuni aspetti della vita privata della ricorrente, ritenuti del tutto irrilevanti sia per la valutazione della credibilità sia per la decisione del processo (cioè l'attribuzione di responsabilità agli imputati): elementi che, proprio per questo, avrebbero dovuto restare riservati.

La Corte poi sottolinea che dall'art. 8 della Convenzione deriva un dovere dello Stato di tutelare “le presunte vittime di violenza di genere” anche nella loro immagine, dignità e riservatezza personale; un obbligo che può arrivare fino a un limite della facoltà dei giudici di decidere liberamente quando occorra proteggere da interferenze ingiustificate l'immagine e la vita privata delle parti (par. 139). La Corte afferma che questi obblighi di protezione si concretizzano anche nel non diffondere informazioni e dati personali non strettamente necessari per risolvere la controversia.

Con questa sentenza, il giudice di Strasburgo censura il comportamento delle autorità nazionali perché non hanno protetto — e anzi hanno esposto la ricorrente — ai rischi della *vittimizzazione secondaria*; una vittimizzazione riflessa che si aggiunge a quella primaria ravvisabile, in astratto, nella condotta violenta e abusante degli autori del reato per cui si procede.

In particolare, “la Corte ha notato diversi passaggi della sentenza della Corte d'appello di Firenze che si riferivano alla vita personale e intima della ricorrente e che violavano i suoi diritti ai sensi dell'articolo 8. In particolare, la Corte ritiene che

⁴⁹⁸ Art 8 Cedu, Diritto al rispetto della vita privata e familiare “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

⁴⁹⁹ S. URIZZI, *op.cit.*, p.1.

i riferimenti fatti dalla Corte d'appello alla lingerie rossa «mostrata» dalla ricorrente durante la serata, così come i commenti riguardanti la bisessualità della ricorrente, le relazioni romantiche e le relazioni sessuali occasionali prima degli eventi sono ingiustificati”.⁵⁰⁰

Non solo, si afferma come siano “inappropriate le considerazioni relative all'atteggiamento ambivalente della ricorrente nei confronti del sesso”,⁵⁰¹ dedotte dalla Corte d'Appello “dalle sue decisioni in materia artistica”⁵⁰².

Inoltre, ad avviso della Corte “la valutazione della decisione della ricorrente di denunciare i fatti, che secondo la Corte d'Appello era il risultato di una volontà di «stigmatizzare» e sopprimere un «discutibile momento di fragilità debolezza», così come il riferimento alla sua vita «non lineare», sono anch'essi deplorabili e irrilevanti.”⁵⁰³

Invero , nonostante la Corte riconosca la crucialità dell'elemento della credibilità della vittima–ritenendo quindi giustificato il riferimento a comportamenti avuti durante la serata o a relazioni con gli imputati–“tuttavia, non vede come la situazione familiare della ricorrente, le sue relazioni sentimentali, il suo orientamento sessuale o anche la sua scelta di abbigliamento, così come lo scopo delle sue attività artistiche e culturali, possano essere rilevanti per la valutazione della sua credibilità e la responsabilità penale degli imputati. Pertanto, non si poteva ritenere che le violazioni della vita privata e dell'immagine del ricorrente fossero giustificate dalla necessità di salvaguardare i diritti di difesa degli imputati”.⁵⁰⁴

In definitiva, con la pronuncia analizzata “il giudice di Strasburgo censura il comportamento delle autorità nazionali per *non aver protetto e per aver anzi esposto la ricorrente ai rischi della vittimizzazione secondaria*; una vittimizzazione di natura riflessa che va a sommarsi a quella primaria ravvisabile, in astratto, nella condotta violenta ed abusante degli autori del reato per cui si procede”.⁵⁰⁵

⁵⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, J.L. c. Italia, ricorso n. 5671/16, sentenza 27 maggio 2021, disponibile online:

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU339116

⁵⁰¹ Ibidem.

⁵⁰² Ibidem.

⁵⁰³ Ibidem.

⁵⁰⁴ Ibidem.

⁵⁰⁵ S. URIZZI, *op.cit.*, p.2, corsivo aggiunto.

Nel criticare la sentenza pronunciata dai giudici fiorentini, la Corte EDU individua, infatti, la preesistenza di un fenomeno allarmante che deriva da un retroterra culturale sessista, profondamente radicato nella società italiana. A sostegno delle proprie considerazioni, la Corte richiama gli ultimi rapporti GREVIO e CEDAW sull'Italia, che mettono in luce la necessità di nuovi interventi strutturali, ritenuti indispensabili per garantire una risposta coordinata e tra istituzioni alla violenza di genere. Nella decisione si osserva inoltre che, pur in presenza di un quadro legislativo considerato adeguato, si verificano ancora troppo spesso episodi di discriminazione e di colpevolizzazione delle persone o offese. La sentenza dipinge “un'Italia debole”⁵⁰⁶ e ancora poco capace di proteggere le donne dalle conseguenze della violenza e della discriminazione, perché attraversata da “un sessismo diffuso”⁵⁰⁷, spesso anche inconsapevole, che arriva a influenzare perfino le istituzioni.

Per invertire la rotta è necessario “decostruire pregiudizi e stereotipi”⁵⁰⁸: dato che il problema è prima di tutto culturale, il cambiamento deve passare anche dal linguaggio, cioè dalle “parole”⁵⁰⁹ che possono essere inclusive oppure discriminanti e che trasmettono ruoli, potere e visioni della società.⁵¹⁰

La violenza non si elimina solo “nelle aule di giustizia”⁵¹¹, ma la giustizia ha un ruolo decisivo perché le sentenze sono “parola pubblica”⁵¹² e rischiano di rendere universali stereotipi e *bias*. Proprio per questo, anche i giudici europei sottolineano quanto sia cruciale adottare un linguaggio corretto, *non colpevolizzante e non moralizzante*, capace di evitare la riproduzione di schemi sessisti e di favorire prevenzione, assistenza e tutela.

Al contrario, pregiudizi e stereotipi nel contesto giudiziario alimentano meccanismi di vittimizzazione secondaria–*victim blaming*–, ostacolano la

⁵⁰⁶ S. URIZZI, *op.cit.*, p.3.

⁵⁰⁷ Ibidem.

⁵⁰⁸ Ibidem

⁵⁰⁹ Ibidem.

⁵¹⁰ Ibidem.

⁵¹¹ Ibidem.

⁵¹² Ibidem.

protezione della vittima e possono perfino incidere sulla scelta di denunciare, minando ulteriormente “la fiducia”⁵¹³ dei cittadini nelle istituzioni.

“Occorre, pertanto, eliminare con urgenza i pregiudizi di genere all’interno del sistema giudiziario introducendo misure per facilitare l’accesso alla giustizia, predisponendo meccanismi di prevenzione dei reati e di tutela delle vittime, garantendo il diritto al rispetto della loro dignità, riservatezza, identità. Occorre che ognuno di noi si interroghi sul proprio contributo, anche inconsapevole, al mantenimento di questi pregiudizi e stereotipi.”⁵¹⁴.

3.2. Le altre categorie di testimoni vulnerabili e gli strumenti di tutela nel processo penale

L’art. 90-*quater* C.p.p., già analizzato in precedenza, non prevede una nozione presuntiva della categoria di condizione di *particolare vulnerabilità* della persona offesa, in quanto la individua evitando di fornire una definizione rigida ma individuando una serie di criteri valutativi di natura oggettiva e soggettiva.

Invero, emerge una concezione dinamica del concetto di vulnerabilità, intesa come condizione che deve essere accertata in concreto, oltre che suscettibile di mutare nel tempo, sulla base delle caratteristiche individuali del soggetto oltre che dell’impatto che il procedimento penale può esercitare sulla sua sfera psicologica e relazionale.

Non solo, giova qui menzionare come il testimone possa qualificarsi vulnerabile, e quindi meritevole di esser parte di un processo che appresti determinate garanzie a sua tutela, non solo la vittima ma anche un teste *estraneo*, terzo rispetto alla vicenda, che sulla base delle sue caratteristiche fisiche, psicologiche, relazionali può essere considerato particolarmente vulnerabile.

Alla luce della nozione ampia e fluida delineata dall’art. 90-*quater* C.p.p., l’analisi successiva verterà su specifiche categorie di testimoni particolarmente vulnerabili e quindi particolarmente esposti a esigenze di protezione. L’analisi non

⁵¹³ Ibidem.

⁵¹⁴ S. URIZZI, *op.cit.*, p.4.

si concentrerà oltre sulla testimonianza della vittima, già oggetto di profusa trattazione nel paragrafo precedente.

Verranno, quindi, esaminate le condizioni di vulnerabilità che possono caratterizzare i soggetti minorenni, i collaboratori e i testimoni di giustizia, nonché le persone *transgender*, rispetto alle quali il procedimento penale può significativamente incidere sulla sfera psicologica, relazionale e identitaria.

3.2.1. I minorenni

Il minorenne è, per antonomasia, soggetto considerato vulnerabile, che l'ordinamento tutto considera degno di particolari protezioni o garanzie e da queste protezioni non prescinde certamente il sistema processuale penale, che infatti prevede particolari garanzie in ordine all'esame del testimone minorenne.

Il minore, è un soggetto vulnerabile che riceve una tutela “*polivalente*, in quanto loro apprestata quale che sia, in specifico, il ruolo processuale concretamente assunto (si pensi ai minori, tutelati sia come persone offese dal reato, sia come persone sottoposte alle indagini o imputati, sia come condannati, sia come testimoni)”⁵¹⁵ che si distingue dai soggetti vulnerabili che invece ricevono una tutela “*monovalente*”⁵¹⁶ in quanto gli è riservata soltanto “a fronte di un unico ed esclusivo ruolo processuale da essi specificamente in concreto assunto (si pensi, ad esempio, alle persone offese da peculiari tipologie, o in peculiari contesti, di reato, tutelate, infatti, solo nel ruolo *de quo*)”⁵¹⁷. Invero, riguardo al minore – “con validità estendibile a ogni vittima, in specie vulnerabile”⁵¹⁸ – si parla ⁵¹⁹ non solo di tutela nel procedimento, ma, nello specifico, di tutela dal procedimento, cioè una tutela che mira ad impedire che il minore, facendo ingresso nel circuito giudiziario, subisca un’esperienza traumatica, idonea a provocare, per l’offesa, fenomeni di

⁵¹⁵ G. BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Milano, 2017, p.3.

⁵¹⁶ Ibidem.

⁵¹⁷ Ibidem.

⁵¹⁸ Ibidem.

⁵¹⁹ V., ad esempio, T. RAFARACI, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, a cura di G. CANZIO, T. RAFARACI, S. RECCHIONE, in *Criminalia*, 2010, p. 259.

c.d. vittimizzazione secondaria , cioè una sofferenza–come già ampiamente spiegato– dovuta alla rievocazione, nel processo, del trauma subito.

In primis, si può osservare come, nel panorama delle scelte legislative che si sono andate via via stratificando in materia, il minore persona offesa dal reato occupi una posizione di assoluto rilievo. Invero, il legislatore mostra una sensibilità acuta verso tale figura, in quanto portatrice di una vulnerabilità strutturale, “per essi, infatti, il sistema penale persegue sistematicamente il chiaro intento di utilizzare in modo vario, nel corso del procedimento, diversi strumenti di tutela, concepiti *ad hoc* in vista di garantire loro, in quanto soggetti riconosciuti precipuamente vulnerabili, un «trattamento specifico» modellato ed adattato in «modo ottimale alla loro situazione» Intento, questo, limpidamente riscontrabile in diverse norme dell’ordinamento”⁵²⁰.

Vige, nel sistema di garanzie apprestate a tutela del minore, un principio di “*favor minoris aetatis*”⁵²¹ secondo cui, qualora vi sia incertezza circa la minore età della persona offesa, il giudice deve disporre una perizia e, qualora anche dopo la perizia permangano dubbi, la minore età è presunta.

Pur non essendovi nel Codice una norma che automaticamente attribuisca al minore la qualifica di persona particolarmente vulnerabile, “l’art. 90-*quater* C.p.p., occupandosi *ex professo* dei criteri per desumere e valutare la «condizione di particolare vulnerabilità» della persona offesa, pur non attribuendo in via espressa e diretta al minore la condizione *de qua*, non di meno stabilisce comunque, e più in generale, che la «condizione di particolare vulnerabilità» della persona offesa vada, oltre al resto, desunta «dall’età» della stessa”⁵²². Da ciò risulta quindi che il minore persona offesa dal reato è *ratione aetatis* “da considerarsi *de jure* soggetto in condizione di particolare vulnerabilità”⁵²³. Ciò si giustifica alla luce della sua personalità ancora in formazione, che risulterebbe esposta a un rischio accentuato di compromissione a seguito del contatto con il fatto criminoso e con il procedimento penale stesso.

⁵²⁰ G. BELLANTONI, *op.cit.*, p.5

⁵²¹ Ibidem.

⁵²² Ibidem.

⁵²³ Ibidem.

Sul piano sovranazionale, la centralità del minore come vittima/testimone vulnerabile è stata progressivamente consolidata da una serie di strumenti vincolanti e di *soft law*.

In primo luogo, la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 riconosce, da un lato, il diritto del minore “ad essere protetto da ogni forma di maltrattamento, abuso o sfruttamento da parte di chiunque”⁵²⁴ e, dall'altro, rivolgendosi direttamente al fanciullo sancisce il diritto “a esprimere la tua opinione su tutte le questioni che ti riguardano. La tua opinione deve essere ascoltata e presa in seria considerazione”⁵²⁵. Ne deriva un duplice obbligo per gli Stati: garantire l'effettiva partecipazione del minore al processo e, insieme, evitare che tale partecipazione diventi fonte di nuovi traumi.

Un ruolo decisivo è svolto anche dalla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (c.d. Convenzione di Lanzarote), che dedica specifiche previsioni alle modalità di audizione dei minori, imponendo agli Stati di assicurare ambienti e tecniche “*child-friendly*”: riduzione al minimo del numero di audizioni, utilizzo di locali adeguati, ricorso a professionisti formati, possibilità di documentare l'esame con mezzi audiovisivi per evitare ripetizioni inutili.

In ambito UE, la direttiva 2012/29/UE – che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – rappresenta il principale punto di riferimento. Essa prevede che le vittime minori siano, di regola, considerate vittime con esigenze specifiche di protezione e impone una valutazione individuale dei bisogni di ciascun minore, al fine di stabilire quali misure debbano essere adottate (art. 22). Gli Stati membri sono tenuti, in particolare, a garantire che il minore sia sentito in condizioni tali da evitare il contatto visivo con l'imputato, a limitare il numero delle audizioni, a ricorrere, ove opportuno, all'incidente

⁵²⁴ Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, art.19, disponibile online: https://s3www.savethechildren.it/public/files/Convenzione_UNU_Diritti_Infanza_e_Adolescenza.pdf

⁵²⁵ Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, art.12, disponibile online: https://s3www.savethechildren.it/public/files/Convenzione_UNU_Diritti_Infanza_e_Adolescenza.pdf

probatorio e alle forme protette di esame, nonché ad assicurare che le domande siano formulate con particolare attenzione, evitando ogni ulteriore vittimizzazione. Il d.lgs. 212/2015, come si è visto, ha costituito il principale strumento di attuazione di tali obblighi nell'ordinamento italiano.

Muovendo da tali premesse, l'ordinamento processuale appronta una pluralità di strumenti di tutela volti a proteggere il minore persona offesa. In primo luogo, assume rilievo la speciale protezione della riservatezza, assicurata attraverso il divieto assoluto di pubblicazione delle generalità e dell'immagine del minore, nonché di qualsiasi elemento idoneo, anche indirettamente, a consentirne l'identificazione. Si tratta di una misura volta a prevenire fenomeni di vittimizzazione secondaria e a preservare la dignità e l'integrità della persona offesa.

Particolare attenzione è riservata alle modalità di assunzione di sommarie informazioni da parte della polizia giudiziaria, in quanto il Codice ex. art. 351 prevede che nei procedimenti relativi ai reati di delitti di maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 C.p.), riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 C.p.), prostituzione minorile (600 *bis* C.p.), pornografia minorile (600 *ter* C.p.), detenzione o accesso a materiale pornografico (600 *quater* c.p., 600 *quater.1* C.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (600 *quinqües* C.p.), tratta di persone (601 C.p.), acquisto e alienazione di schiavi (602 C.p.), violenza sessuale (609 *bis* C.p.), atti sessuali con minorenne (609 *quater* C.p.), corruzione di minorenne (609 *quinqües* C.p.), violenza sessuale di gruppo (609 *octies* C.p.), adescamento di minorenni (609 *undecies* C.p.), atti persecutori (612 *bis* C.p.), da parte di persone minori la polizia giudiziaria debba avvalersi “dell’ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero. [...] in ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l’assoluta necessità delle indagini”⁵²⁶. Sono

⁵²⁶ Art. 351 comma 1-*ter* C.p.p.

altresì previste, ex. art. 362, co. 1 *bis*, C.p.p., le stesse garanzie in ordine alla assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero⁵²⁷.

Non solo, sul versante dell'acquisizione anticipata della prova, ex art. 392 co.1 *bis* C.p.p., la disciplina dell'incidente probatorio assume, con riferimento al minore persona offesa, una connotazione spiccatamente protettiva. Infatti, il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa o la persona sottoposta alle indagini, può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni.

Inoltre, l'articolo 398 C.p.p. prevede, nelle ipotesi di reato previste dagli articoli analizzati poc'anzi⁵²⁸, il giudice possa, se tra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, stabilire il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio. Quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario, infatti, l'udienza può svolgersi in un luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice se vi sono di strutture specializzate di assistenza, o presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Inoltre, le dichiarazioni testimoniali devono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica audio o audiovisiva.

Analoghe esigenze di tutela del testimone minorenne emergono nella disciplina dibattimentale, in quanto è previsto ai sensi dell'articolo 498–rubricato *Esame diretto e controesame dei testimoni*– al comma 4, che l'esame testimoniale del minore possa essere condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. Inoltre, durante l'esame “[...] il presidente può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile. Il presidente, sentite le parti, se ritiene che l'esame diretto del minore *non possa*

⁵²⁷ Art. 362, co.1-*bis*. “Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1 ter, il pubblico ministero, quando deve assumere informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto di psicologia o psichiatria infantile. Allo stesso modo provvede quando deve assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità. In ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini.

⁵²⁸ Art 398 co. 5- *bis* C.p.p. “Nel caso di indagini che riguardano ipotesi di reato previste dagli articoli 572, 600, 600 *bis*, 600 *ter* 600 *quinqies*, 601, 602, 609 *bis*, 609 *ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600 *quater* 1, 609 *quater* e 609 *octies*, 609 *undecies* e 612 *bis* del Codice penale [...]”.

nuocere alla serenità del teste, dispone con ordinanza che la deposizione prosegua nelle forme previste dai commi precedenti.”⁵²⁹. È altresì prevista la possibilità, ex. 498 C.p.p. co. 4 *ter* che si possa procedere, nei reati già menzionati, che l’esame del minore vittima del reato venga effettuato, su sua richiesta o del difensore, “mediante l’uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico”⁵³⁰.

Inoltre, qualora il procedimento abbia ad oggetto i reati già elencati “se commessi ai danni di un minorenne o da uno dei genitori di un minorenne in danno dell’altro genitore, il procuratore della Repubblica ne dà notizia al tribunale per i minorenni. E, in detti casi, l’assistenza affettiva e psicologica della persona offesa minorenne è assicurata, in ogni stato e grado del procedimento, oltre che dalla presenza dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minorenne, anche da gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative di comprovata esperienza nel settore dell’assistenza e del supporto alle vittime dei reati ed iscritti in apposito elenco dei soggetti legittimati a tale scopo, con il consenso del minorenne, e ammessi dall’autorità giudiziaria che procede (art. 609 *decies*, comma 3). In ogni caso, al minorenne è assicurata l’assistenza dei servizi minorili dell’amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali (art. 609 *decies*, comma 4). Di tali servizi si avvale altresì l’autorità giudiziaria in ogni stato e grado del procedimento (art. 609 *decies*, comma 5)”⁵³¹.

Sul piano sostanziale, la particolare protezione accordata al minore si riflette altresì nella previsione di specifiche circostanze aggravanti, nonché nella disciplina della prescrizione, che, per taluni reati commessi in danno di minori, decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa. Ulteriori scelte di politica criminale si rinvencono, infine, nella previsione della procedibilità d’ufficio quando la persona offesa è incapace per età e nell’esclusione di taluni riti premiali per gravi reati in danno di minori.

⁵²⁹ Art. 498, co. 4, C.p.p., corsivo aggiunto.

⁵³⁰ Ibidem.

⁵³¹ G. BELLANTONI, *op.cit.*, p.8.

Nel complesso, la disciplina delineata testimonia un approccio sistematico e coerente volto a riconoscere il minore persona offesa come soggetto titolare di una vulnerabilità qualificata, che impone un bilanciamento in favore delle esigenze di protezione, nel rispetto dei principi del giusto processo e alla luce delle sollecitazioni provenienti dal contesto sovranazionale.

Per quanto concerne la disciplina del minore minorenne, è opportuno ricordare come il minore sia considerato particolarmente vulnerabile *in re ipsa*, quindi indipendentemente dal fatto che sia offeso dal reato o meno. L'ordinamento, infatti, non limita la propria attenzione ai soli casi in cui il minore abbia direttamente subito le conseguenze del reato, in quanto tiene conto anche dell'ipotesi in cui abbia semplicemente assistito alla commissione di una fattispecie criminosa; in tali situazioni, infatti, l'esposizione all'evento delittuoso è ritenuta sufficiente a determinare un aggravamento della sua vulnerabilità, che si aggiunge a quella già connaturata alla minore età.

Il profilo della vulnerabilità del minorenne emerge anche sotto l'aspetto della sua credibilità e dell'attendibilità delle sue dichiarazioni.

Infatti, si oppone al convincimento che “l'esame incrociato rappresenti il metodo più idoneo a portare in superficie contraddizioni e a far emergere gli «inganni» della memoria”⁵³² negli anni 90 è emersa invece la consapevolezza delle possibili “controindicazioni”⁵³³—anche rilevanti— della suddetta tecnica di escussione, quando “applicata a una fonte testimoniale connotata da peculiari caratteristiche”.⁵³⁴

Il legislatore, riguardo la disciplina dell'esame in dibattimento e in incidente probatorio ha “dedicato, in sintonia con l'art. 31 comma 2 Cost., uno speciale statuto normativo, caratterizzato da significative tutele aggiuntive”⁵³⁵. È stato un complesso e faticoso percorso di adeguamento che ha lasciato traccia tangibile nelle norme relative alle cautele da apprestare in incidente probatorio e in dibattimento

⁵³² C. GABRIELLI, *La memoria suggestionabile del testimone minorenne: evitare i falsi ricordi per ricostruire la verità processuale*, Milano, 2020, p.60.

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ Ibidem.

⁵³⁵ Ivi, p.61.

“che i tentativi di «estrarre» la verità dalla fonte di prova vulnerabile in ragione della minore età, spesso vittima del reato, non ne compromettano la stabilità emotiva e di conseguenza non ne adulterino i ricordi dell’evento”.⁵³⁶

Infatti è necessario tutelare, *in primis*, anche la serenità del minore: “tutelare la serenità del minore significa anche e soprattutto precipua attenzione al suo sviluppo evolutivo per comprendere quali aspettative si possano avere circa la sua competenza a riferire i fatti di cui sia stato testimone o vittima in prima persona”⁵³⁷.

È bene osservare come, nel momento in cui vi sia la necessità “di acquisire il contributo dichiarativo-probatorio di un soggetto”⁵³⁸, la prima questione che deve essere affrontata riguarda la capacità di testimoniare di questo.⁵³⁹

“Come è stato correttamente osservato, per secoli, nel contesto dell’Europa continentale, a seconda delle coordinate spazio-temporali, è stata «di volta in volta negata, in tutto o in parte, capacità testimoniale al servo, all’infame, alla prostituta, al debole mentale, al minore»”; e giova ricordare come già nel Codice abrogato era vigente vi era una disposizione ossia l’art. 348, comma 2, C.p.p. 1930, che riconosceva a chiunque la “capacità di testimoniare, salvo al giudice di valutarne la credibilità”⁵⁴⁰ : in tal modo il legislatore aveva creato una disposizione generica che

⁵³⁶ C. GABRIELLI, *op.cit.*, p.61.

⁵³⁷ F. TRIBISONNA, *L’ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale : il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età.*, Padova: 2017, p.67.

⁵³⁸ Ibidem.

⁵³⁹ Si badi come, sul termine “capacità” si sia espresso E. DOSI, Limiti soggettivi in tema di prova testimoniale, in Studi in onore di F. Antolisei, I, Milano, 1965, 457, che ha osservato come non esistendo un «diritto della persona ad assumere l’ufficio di testimone», ma solo un «dovere dell’assunzione dell’ufficio di testimone in colui (e soltanto in colui) che venga ritenuto a conoscenza dei fatti interessanti il processo e, pertanto, chiamato dall’autorità giudiziaria ad assumere tale ufficio», trattandosi di un atto dovuto, non si possa parlare di “capacità”. Secondo l’A. il termine, improprio, dovrebbe più correttamente essere inteso come «ogni persona, essendo idonea a percepire e riferire, è idonea a testimoniare». Tuttavia, sul punto ha osservato C. DI MARTINO, Voce Prova testimoniale (dir. proc. pen.), in Enc. giur. Treccani, XXV ed., Roma, 1991, 3 che se «nella disposizione in esame la locuzione “ogni persona ha la capacità di testimoniare” fosse veramente usata in luogo dell’altra “ogni persona è idonea a percepire e riferire”, per un verso, sarebbe superflua la normativa del 2 e 3 comma dell’art. 196 e, per altro verso, la disposizione stessa sarebbe clamorosamente contraddetta dalla realtà». Inoltre, non ritiene di escludere la testimonianza dal più ampio genus della capacità giuridica sulla base dell’osservazione che si tratterebbe di un atto dovuto V. CAVALLARI, Incapacità e incompatibilità a testimoniare, in AA.VV., La testimonianza nel processo penale, Milano, 1974, 122, secondo cui «facile è obiettare che l’atto sarà dovuto soltanto se alla persona sia riconosciuta l’attitudine a divenire soggetto di quel dovere; con il che emerge appunto il problema della capacità. Del resto, nel diritto pubblico si parla di capacità anche come attitudine alla titolarità e all’esercizio di una pubblica funzione, quale è quella del testimone, da parte di persone fisiche.

⁵⁴⁰ F. TRIBISONNA, *op.cit.*, p.58.

attribuiva a tutti—a prescindere dall’età— la capacità di rendere testimonianza, “riservando al delicato vaglio giudiziario il compito di accertare di volta in volta la verità e la falsità del propalato”.⁵⁴¹

Nel Codice di rito attuale, la capacità di testimoniare è attribuita, ex. 196 C.p.p. ad *ogni persona* in quanto tutti sono considerati idonei a rendere testimonianza d’avanti l’autorità: il nostro è quindi un ordinamento in cui vige come regola generale la “non sussistenza di preclusioni di sorta all’assunzione di una testimonianza da parte di alcun soggetto, nemmeno se si tratti di un minorenni”⁵⁴² o di altri soggetti che appaiono particolarmente sospetti o inattendibili—come il danneggiato o l’offeso.

L’accertamento dell’idoneità fisica o mentale del soggetto minore d’età a rendere testimonianza, da accertarsi sotto il profilo intellettuale ed affettivo, è certamente propedeutico alla valutazione delle dichiarazioni rese o da rendersi, “essa è definita anche come l’attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo utile ed esatto, a rievocare gli eventi nel loro nucleo essenziale, a collocarli nel tempo e nello spazio, senza incorrere in processi di auto o etero-suggestione oppure di esaltazione o fantasia, frutto di immaturità ovvero di patologie mentali”⁵⁴³ ed è finalizzato ad “appurare se questi sia stato capace di rendersi conto dei comportamenti subiti e se sia attualmente in grado di riferirne senza influenze dovute ad alterazioni psichiche”⁵⁴⁴. Può essere sottoposta alla valutazione di uno specialista qualora lo rendano necessario la tenerissima età del soggetto che rende la dichiarazione, il suo evidente stato psicologico oppure la presenza di elementi idonei a far ritenere che vi siano specifici fattori soggettivi capaci di incidere

⁵⁴¹ F. TRIBISONNA, *op.cit.*, p.59.

⁵⁴² Ibidem, Secondo A. FORZA, *Memoria, amnesia infantile e contributi delle neuroscienze*, in AA.VV., *Testimoni e testimonianze deboli*, (a cura di) L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2006, 203, tuttavia, «stabilire un limite di età nella capacità a testimoniare, così come prevista dall’art. 196 c.p.p., sarebbe sicuramente una garanzia processuale a tutela degli innocenti».

⁵⁴³ F. TRIBISONNA, *op.cit.*, p.63, cfr. art. 3.3. Linee guida nazionali. L’ascolto del minore testimone, Consensus Conference, Roma, 6.11.2010, secondo cui «la capacità di testimoniare comprende abilità “generiche” e “specifiche”. Le prime corrispondono alle “competenze” cognitive come memoria, attenzione, capacità di comprensione e di espressione linguistica, source monitoring, capacità di discriminare realtà e fantasia, verosimile da non verosimile, etc, oltre al livello di maturità psico-affettiva. Le “specifiche” corrispondono alle abilità di organizzare e riferire un ricordo in relazione alla complessità narrativa e semantica delle tematiche in discussione ed all’eventuale presenza di influenze suggestive, interne o esterne, che possono avere agito»

⁵⁴⁴ Così Cass., 18 settembre 2015, n. 47033, cfr., altresì, Cass., 24 giugno 2010, n. 28731.

negativamente sull'acquisizione della testimonianza. Si tratta di tutte quelle ipotesi in cui, a causa dell'esistenza di disturbi fisici o psichici o, più semplicemente, per la presenza di particolari caratteristiche personologiche dell'individuo, si è indotti a ritenere che la capacità del minore di percepire gli eventi e, di conseguenza, di riferirli correttamente davanti all'autorità giudiziaria possa risultare compromessa.

Questo è il caso previsto dall'art. 196 co.2 in cui si prevede un'evenienza simile qualora, superata la presunzione di capacità di cui al co.1, statuisce che “qualora, al fine di valutare le dichiarazioni del testimone, sia necessario verificarne l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, il giudice anche d'ufficio può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge”⁵⁴⁵: l'utilizzo del vero può comportare la mancanza di un obbligo del giudice di procedere a tale accertamento—anche quando gli viene richiesto da una parte— infatti, “pur dovendo accertare in concreto la credibilità del testimone anche in relazione alle eventuali condizioni psichiche, non è tenuto a disporre sempre un'indagine sulla capacità fisica e mentale del soggetto”.⁵⁴⁶

Nel valutare l'attendibilità del testimone-offeso minorenni, la Corte di Cassazione rileva una eterogeneità della categoria, distinguendo quindi i minorenni sulla base del dato anagrafico.⁵⁴⁷ “La più importante distinzione è tra dichiarazioni del bambino e dichiarazioni dell'adolescente, benché il discrimine debba considerarsi soltanto tendenziale.”⁵⁴⁸. La giurisprudenza ha cercato di delinearne le differenze, ma ha rilevato comunque una propensione per tutti i minorenni—anche se per gli adolescenti in misura inferiore rispetto ai bambini— “per la «fabulazione magica», nell'intento di crearsi una «pseudorealtà» coerente coi propri sogni, emozioni ed esperienze”⁵⁴⁹. La tendenza a mentire risulta maggiormente riscontrabile negli adolescenti, che nonostante possiedano una maggiore conoscenza della realtà rispetto ai bambini, tendano a colorarla anche senza una

⁵⁴⁵ Art. 196, co.2, C.p.p.

⁵⁴⁶ F. TRIBISONNA, *op.cit.*, p.65.

⁵⁴⁷ N. PASCUCI, *op.cit.*, p.262.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

⁵⁴⁹ *Ibidem*; In tal senso, Cass., 17 dicembre 2010, n. 2585; analogamente, Cass., 18 ottobre 2018, n. 8069; Cass., 17 gennaio 2014, n. 5031; Cass., 27 ottobre 2011, n. 46828; Cass., 10 gennaio 2007, n. 8661; Cass., 23 maggio 2007, n. 35224; Cass., 5 ottobre 2006, n. 41282; Cass., 6 luglio 2006, n. 35233.

ragione specifica. Secondo la Corte, invece, “i bambini sono considerati incapaci di riprodurre falsamente in maniera autonoma gli eventi e, anche se non possono escludersi bugie o fantasticherie, queste sono «senza malizia, grossolane» ed agevolmente smascherabili”⁵⁵⁰. Queste considerazioni giurisprudenziali, però, non sembrano tenere conto della malleabilità elevata della memoria infantile, che cova un rischio elevato di falsi ricordi, che risulta inoltre “ulteriormente amplificato in taluni contesti fortemente suggestivi”.⁵⁵¹ I falsi ricordi consistono in rappresentazioni mnestiche di eventi mai realmente vissuti ma appresi attraverso il racconto di terzi. In tale prospettiva, appare fuorviante assimilare⁵⁵² il falso ricordo alle menzogne infantili, trattandosi di “fenomeni ontologicamente diversi, considerata la rilevata idoneità del falso ricordo a modificare irreversibilmente il dato mnestico”⁵⁵³, mentre le menzogne mentre sono generalmente consapevoli e poco durevoli, il falso ricordo si caratterizza per l’elevata capacità di modificare in modo irreversibile la traccia mnemonica, incidendo profondamente sull’attendibilità della testimonianza. Ulteriore limite strutturale della memoria infantile è rappresentato dalla c.d. amnesia infantile, in forza della quale difficilmente una persona riesce a ricordare eventi verificatisi prima dei 3–3,5 anni di età. Ne consegue l’esigenza di disporre, di regola, un tempestivo incidente probatorio nei confronti di vittime in tenera età, pur nella consapevolezza che tale strumento non è sempre sufficiente a prevenire distorsioni del ricordo, potendo esse insorgere già in occasione dei primi contatti con genitori o altri interlocutori.

Particolare cautela deve inoltre essere riservata ai ricordi anteriori a tale soglia d’età, soprattutto se rievocati mediante tecniche suggestive quali l’immaginazione guidata o l’ipnosi, i cui esiti risultano, peraltro, inutilizzabili ai sensi dell’art. 188 C.p.p. In simili ipotesi, appare imprescindibile il ricorso a riscontri esterni realmente indipendenti, non potendosi attribuire tale funzione alle mere testimonianze indirette di soggetti che si limitino a confermare il contenuto

⁵⁵⁰ Ibidem, Cass., 23 maggio 2007, n. 35224, cit. Su posizioni simili, v. Cass., sez. 10 gennaio 2007, n. 8661.

⁵⁵¹ N. PASCUCCI, *op. cit.*, p.263.

⁵⁵² Come in Cass., 10 gennaio 2007, n. 8661.

⁵⁵³ N. PASCUCCI, *op.cit.*, p.263.

dichiarativo del minore. Nonostante alcune pronunce⁵⁵⁴ mostrino una crescente attenzione al rischio di contaminazioni mnestiche, si ha l'impressione che la giurisprudenza, salvo significative eccezioni, tenda ancora a semplificare le complesse acquisizioni della psicologia giuridica in tema di età evolutiva, evidenziandosi la necessità di una più solida formazione specialistica della magistratura, anche alla luce dell'art. 25 della direttiva 2012/29/UE.

Nel complesso, il minore vittima o testimone rappresenta il paradigma originario della vulnerabilità processuale: è intorno a questa figura che il legislatore ha progressivamente rimodellato tempi, luoghi e modalità di assunzione della prova dichiarativa, nonché i criteri di valutazione del narrato, nel tentativo di ridurre al minimo la vittimizzazione secondaria.

Schemi analoghi – esposizione al rischio di pressioni, condizionamenti, distorsioni del ricordo e costi psicologici elevati connessi alla partecipazione al processo – si rinvencono, sia pure in forme diverse, anche rispetto ad altre categorie di testimoni adulti. Tra queste spiccano, in particolare, i testimoni e i collaboratori di giustizia nei procedimenti per criminalità organizzata e terrorismo: a tali figure è dedicato il paragrafo che segue.

3.2.3. I collaboratori e i testimoni di giustizia

Con la locuzione *collaboratore di giustizia* ci si riferisce al soggetto che “pur avendo commesso delitti, con le sue dichiarazioni, nuove e complete, ha dato un contributo di notevole importanza per le indagini e per i processi che abbiano ad oggetto i soli delitti di mafia e terrorismo (e assimilati) previsti dall'art.51, commi 3-bis e 3-quater C.p.p.”⁵⁵⁵. Il collaboratore di giustizia è quindi chi, appartenendo in passato ad una organizzazione criminale o mafiosa, decide poi di discostarsene e di sottoscrivere una sorta di “patto con lo Stato basato sulla fornitura di informazioni provenienti dall'interno dell'organizzazione criminale in cambio di benefici processuali, penali e penitenziari, della protezione e del sostegno

⁵⁵⁴ Cass., 11 febbraio 2015, n. 12027; Cass., 8 gennaio 2015, n. 17115; Cass., 18 dicembre 2013, n. 7510; Cass., 10 dicembre 2013, n. 10485; Cass., 4 dicembre 2012, n. 3258.

⁵⁵⁵ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.362.

economico per sé e per i propri famigliari”.⁵⁵⁶ Il collaboratore di giustizia è tenuto ad un importante adempimento processuale in quanto, entro centottanta giorni deve fornire al pubblico ministero le informazioni in suo possesso “che siano utili:

- a) alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali è interrogato,
- b) alla ricostruzione degli altri fatti di maggiore gravità ed allarme sociale di cui è a conoscenza;
- c) alla individuazione e alla cattura dei loro autori;
- d) alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilità dei quali egli, o altri appartenenti a gruppi criminali, dispongono direttamente o indirettamente”⁵⁵⁷.

Queste dichiarazioni vengono quindi trasfuse nel verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione, previsto ex. art. 16-*quater*, comma 1, l. n. 82 del 1991.⁵⁵⁸ Con la sottoscrizione di tale verbale il collaboratore di giustizia si impegna a rendere, in futuro, dichiarazioni su quei fatti che sono riconducibili alle informazioni contenute nel verbale, siano i fatti *propri* o *altrui*, pena la “perdita dei benefici riconosciuti in base al programma di protezione”⁵⁵⁹.

Di contro, il *testimone di giustizia* è chi “parla senza un tornaconto personale, ma anzi con grande pericolo”⁵⁶⁰. Il testimone di giustizia ha quindi, con la l. n. 6/2018 ottenuto una regolamentazione distinta da quella previgente che invece lo considerava come una figura assimilata al *collaboratore di giustizia*. Il *testimone di giustizia* potrebbe essere un passante che, estraneo alla vicenda, sia spettatore di un reato e decida—in virtù del suo senso civico— di “denunciare quanto ha visto, assumendosi tutti i rischi del caso, *senza trarre alcun vantaggio*

⁵⁵⁶ L. FARINON, Testimoni e collaboratori di giustizia: una panoramica, disponibile online: <https://www.diritto.it/testimoni-e-collaboratori-di-giustizia-panoramica/>

⁵⁵⁷ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.362.

⁵⁵⁸ Art. 16-*quater*, l. n. 82 del 1991 “[...] comma 9. *Le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 4 rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria oltre il termine previsto dallo stesso comma 1 non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante, salvo i casi di irripetibilità.*”

Si osservi come al comma 9 si prevede che le dichiarazioni cosiddette *tardive* non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante, salvi i casi di irripetibilità.

⁵⁵⁹ Art. 13-*quater*, l. n. 82/1991.

⁵⁶⁰ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.363.

personale”⁵⁶¹. Il suo comportamento è quindi ritenuto lodevole dallo Stato, che ha previsto condizioni nettamente più favorevoli rispetto al *collaboratore*.

Il soggetto in analisi è colui che presenta i seguenti requisiti:

- a) ha reso dichiarazioni di “fondata attendibilità intrinseca e rilevanti per le indagini o il giudizio”;⁵⁶²
- b) si trova in una situazione di grave, concreto e attuale pericolo, rispetto a cui le ordinarie misure di sicurezza non risultano adeguate;
- c) non ha riportato condanne per delitti dolosi o preterintenzionali, né ha ottenuto un profitto dalla sua relazione con il contesto delittuoso.⁵⁶³

Sia il testimone che il collaboratore di giustizia, quando chiamati a deporre, assumono la qualifica di *testimoni vulnerabili*. La loro vulnerabilità verrà spiegata di seguito, ma appare preliminarmente opportuno partire dalla definizione normativa del reato di associazione con stampo mafioso, regolato ex. art. 416-*bis* C.p.: infatti, lo stesso legislatore, nel descriverlo spiega che “l’associazione è di tipo mafioso quando *coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali*”⁵⁶⁴.

Il reato in questione rappresenta un modello di associazione a delinquere, infatti si deve osservare come “tutte le associazioni mafiose si possono considerare mutazioni di associazioni per delinquere, per cui *nascono* come associazioni per delinquere che, nel dare concreta attuazione al programma criminoso, realizzano reati, trasformandosi in seguito in associazioni di tipo mafioso”⁵⁶⁵ e l’associazione

⁵⁶¹ L. FARINON, *op.cit.*, corsivo aggiunto.

⁵⁶² P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.363.

⁵⁶³ Si veda che comunque è ammesso che questo abbia tenuto comportamenti penalmente rilevanti a causa dell’assoggettamento a singoli o alle associazioni criminali—si osservi la differenza col collaboratore di giustizia che invece può essersi macchiato anche di reati gravissimi.

⁵⁶⁴ Art. 416-*bis*, co. 3, C.p.p., corsivo aggiunto.

⁵⁶⁵ R. BARTOLI, M. PELLISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2020, Milano, p.844.

di tipo mafioso si connota per “capacità di intimidazione più connessa alla realizzazione di atti di violenza, ma all'organizzazione stessa e quindi alla loro fama criminale, con la conseguenza che il singolo mafioso può esercitare violenza ma anche avvalersi della fama criminale dell'organizzazione. Si tratta quindi di un modello per peculiarissimo”⁵⁶⁶. Proprio questa forza di intimidazione dell'associazione di stampo mafioso rende il testimone di giustizia o il collaboratore di giustizia particolarmente vulnerabile, basti pensare agli infiniti appellativi che si sviluppano in contesti di mafia per riferirsi ai collaboratori di giustizia– *pentiti, traditori, infami*.

I testimoni e i collaboratori di giustizia, quindi, emergono con chiarezza come due figure di particolare vulnerabilità processuale. Questi si espongono, a causa della loro scelta di collaborare e cooperare con l'autorità, a rischi elevati e tangibili di ritorsioni, nei loro confronti e ancor più nei confronti dei famigliari, e a pressioni ambientali oltre che a tentativi di delegittimazione dentro e fuori dall'aula.

La vulnerabilità, dunque, non si esaurisce nella sola dimensione fisica investendo il piano psicologico, identitario e relazionale. La forte condizione di vulnerabilità in cui si trovano questi testimoni incide quindi inevitabilmente sulla serenità dell'esame oltre che sulla capacità di rendere una narrazione completa e lineare dei fatti.

La testimonianza del collaboratore di giustizia si presta frequentemente a strategie difensive di delegittimazione: viene insinuato che egli miri a sviare le indagini, ovvero ad ottenere benefici premiali, e ciò si accompagna spesso a una vera e propria “morte sociale”, conseguente alla sua collocazione, nel contesto di provenienza, quale traditore dell'organizzazione e della regola dell'omertà che la caratterizza. Ne discende l'esigenza di approntare specifiche cautele tanto nella raccolta quanto nella successiva valutazione della sua deposizione.

Emblematica, in questo senso, è la vicenda di Vincenzo Scarantino, il quale – poi rivelatosi un falso collaboratore – ha contribuito a fuorviare le indagini sull'uccisione di Paolo Borsellino.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Ibidem.

⁵⁶⁷ L. FARINON, *op.cit.*

Giova, ai fini della presente analisi, riferirsi a un caso già menzionato nei capitoli precedenti, in cui emerge invece la vulnerabilità a cui sono esposti i testimoni di giustizia: è il caso del racconto del giudice Di marzio in merito alla deposizione di un operaio testimone oculare che aveva assistito a delle minacce perpetrate da un mafioso della zona. Dal racconto menzionato emerge come il testimone fosse spaventato, con gambe tremanti e come si guardasse intorno –come già rilevato– “con occhi di bimbo spaurito”.⁵⁶⁸ Il giudice menzionava nel suo racconto di non essersi mai sentito tanto inutile in tutta la sua carriera.

Invero, la vulnerabilità di questi soggetti è causata dalla rottura di quella tacita promessa di *omertà* vigente nelle realtà mafiose che anche i cittadini diligenti sono chiamati ad ossequiare. Nel momento in cui quella promessa si rompe, e il testimone di giustizia decide di deporre e collaborare con la giustizia dovrà quindi essere destinatario di discipline di tutela che gli permettano di condurre una vita serena.

Durante gli anni '80 emerge il fenomeno del cosiddetto *pentitismo*, dimostratosi essenziale per la sconfitta del terrorismo interno di matrice politico-ideologica, mentre, in un momento successivo, l'istituto della collaborazione con la giustizia ha conosciuto un significativo sviluppo nell'ambito dei procedimenti riguardanti la criminalità organizzata.

L'importanza delle dichiarazioni del primo collaboratore di giustizia proveniente da Cosa Nostra impiegato nel *maxiprocesso*, Tommaso Buscetta, è stata sottolineata da Giovanni Falcone, il quale ha affermato che “«Prima di lui, non avevo – non avevamo – che un'idea superficiale del fenomeno mafioso. Con lui abbiamo cominciato a guardarvi dentro. Ci ha fornito numerosissime conferme sulla struttura, sulle tecniche di reclutamento, sulle funzioni di Cosa Nostra. Ma soprattutto ci ha dato una visione globale, ampia, a largo raggio del fenomeno. Ci ha dato una chiave di lettura essenziale, un linguaggio, un codice»”⁵⁶⁹. Sulla base di questa esperienza, con l'art. 8 del d.l. del 13 maggio 1991, n. 152, convertito

⁵⁶⁸ P. DI MARZIO, *op.cit.*, p. 555.

⁵⁶⁹ G. FALCONE, *Cose di cosa nostra*, Milano, 1991.

nella legge 12 luglio 1991, n. 203, è stata introdotta una disciplina premiale che prevede una diminuzione della pena — nella medesima misura già prevista dalla normativa in materia di terrorismo — per i collaboratori di giustizia che apportano un contributo rilevante, in particolare aiutando concretamente le autorità di polizia o giudiziarie nella raccolta di elementi determinanti per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, con riferimento al delitto di associazione di tipo mafioso e agli ulteriori reati commessi con modalità o finalità tipiche della criminalità mafiosa.

Alla disciplina premiale si affianca una serie di benefici di natura penitenziaria e, soprattutto, un sistema di protezione estremamente articolato, che costituisce “una forma indiretta di incentivazione alla collaborazione”, volto a fronteggiare i rischi di ritorsioni violente da parte delle organizzazioni criminali dalle quali i collaboratori hanno deciso di dissociarsi. Tale sistema è regolato dal d.l. del 15 gennaio 1991, n. 8, convertito nella legge 15 marzo 1991, n. 82, il quale prevede l'applicazione di speciali misure di protezione nei confronti di soggetti che si trovino in una situazione di grave e attuale pericolo a causa di condotte di collaborazione relative a delitti commessi con finalità di terrorismo, di eversione dell'ordine costituzionale o rientranti nella competenza delle Direzioni Distrettuali Antimafia. Le misure in questione possono essere adottate anche mediante l'elaborazione di uno specifico programma di protezione, che include il trasferimento del collaboratore e dei suoi familiari in una località protetta, il mutamento delle generalità, forme di assistenza personale ed economica, nonché ulteriori iniziative idonee a favorire il reinserimento sociale degli interessati. “La proposta di applicazione delle misure speciali e del programma di protezione viene formulata dal Procuratore della Repubblica che tratta il procedimento nel quale si inseriscono le dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia. La competenza a decidere sul punto spetta ad un organo amministrativo del tutto distinto, la Commissione centrale per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione, che è presieduta da un Sottosegretario del Ministero dell'Interno. Infine, l'attuazione del programma di protezione è rimessa al Servizio Centrale di Protezione, che è una struttura interforze istituita nell'ambito del Dipartimento di pubblica sicurezza del Ministero dell'Interno, anch'essa del tutto distinta dagli

organi che conducono le indagini e raccolgono le dichiarazioni del collaboratore. Viene così realizzata una netta separazione tra il momento tutorio e quello investigativo”⁵⁷⁰.

Il sistema descritto ha trovato un’applicazione molto ampia: nel secondo semestre del 2018 risultavano inseriti nel programma di protezione 1.189 collaboratori di giustizia e 4.586 familiari.⁵⁷¹

Inoltre, l’accesso a queste forme rafforzate di tutela comporta, per il collaboratore di giustizia, l’assunzione di una serie di obblighi di natura contrattuale, che si aggiungono a quelli di origine legale derivanti dal ruolo processuale ricoperto, con conseguente applicazione delle norme generali del Codice penale in materia di falsa testimonianza, calunnia e simili. In particolare, la fruizione delle speciali misure di protezione è subordinata alla sottoscrizione, da parte del collaboratore, di specifici impegni, tra cui quello di sottoporsi a interrogatori, esami e altri atti di indagine, di indicare tutti i beni posseduti o controllati, direttamente o indirettamente, e di versare il denaro proveniente da attività illecite, che viene immediatamente sequestrato dall’autorità giudiziaria insieme ai beni indicati.

Il mancato rispetto di tali obblighi, così come la commissione di reati che dimostrino il reinserimento del soggetto nel circuito criminale, determina la revoca delle speciali misure di protezione. Il sistema processuale e quello di tutela delineano dunque una disciplina complessiva volta a sollecitare una chiara assunzione di responsabilità da parte del collaboratore di giustizia e a garantire l’irreversibilità della scelta compiuta.

Di particolare rilievo è inoltre la disciplina prevista dal Codice di procedura penale italiano con riferimento alla “a) la possibilità di condurre l’esame dei collaboratori di giustizia a distanza, con il mezzo della videoconferenza, da un sito remoto la cui identificazione resta coperta da segreto fino al completamento dell’atto, in modo da eliminare i residui fattori di rischio inerenti alle deposizioni

⁵⁷⁰ A. BALSAMO, A. MATTARELLA, R. TARTAGLIA, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Milano, 2020, p.402.

⁵⁷¹ Ibidem, Cfr. la Relazione del Ministero dell’Interno sulle misure di protezione, sulla loro efficacia e sulle modalità generali di applicazione per i collaboratori di giustizia, presentata al Parlamento il 28 ottobre 2019.

da rendere davanti alle autorità giudiziarie del luogo dove in passato i soggetti in questione risiedevano (art. 147 bis disp. att. c.p.p.);

b) il particolare garantismo dei parametri di valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, la cui regolamentazione, stabilita dall'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p., risulta molto più rigorosa di quella vigente negli ordinamenti di common law, cui pure la norma italiana si ispira⁵⁷².

Nel sistema italiano, infatti, a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, “nessuna sentenza di condanna può essere pronunciata sulla base di dichiarazioni di collaboratori di giustizia che non siano accompagnate da riscontri esterni «individualizzanti», cioè da ulteriori elementi di prova che le corroborino in rapporto al singolo imputato e allo specifico fatto da provare”⁵⁷³.

Il giudice è pertanto tenuto a svolgere un accurato procedimento di verifica del valore probatorio delle dichiarazioni, attraverso un triplice controllo concernente la credibilità soggettiva del dichiarante, l'attendibilità intrinseca delle sue affermazioni e l'esistenza di elementi di conferma provenienti da fonti autonome. Tale disciplina riduce in modo significativo il rischio di alterazioni dell'accertamento processuale dovute a false accuse formulate da soggetti inevitabilmente coinvolti nei fatti oggetto di giudizio.

In questo modo è stato normativamente consolidato il metodo già adottato negli anni Ottanta dal pool antimafia di Palermo, che combinava la valorizzazione delle dichiarazioni dei collaboratori con una scrupolosa ricerca dei relativi riscontri.

Una valutazione complessiva dell'esperienza italiana consente quindi di affermare che un elemento centrale nella lotta sia al terrorismo mafioso sia alle più recenti forme di interconnessione tra terrorismo e criminalità organizzata è stato rappresentato dall'ampio utilizzo probatorio delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, sulla base di una disciplina comune ai due ambiti delittuosi, caratterizzata da norme premiali che prevedono una riduzione, e non l'eliminazione, delle sanzioni penali affidata alla decisione del giudice; da un articolato programma di protezione, applicato mediante un procedimento che distingue nettamente il profilo tutorio da quello investigativo; da un insieme di obblighi legali e contrattuali diretti

⁵⁷² A. BALSAMO, A. MATTARELLA, R. TARTAGLIA, *op.cit.*, p.403.

⁵⁷³ *Ibidem*.

a responsabilizzare il collaboratore; e da una disciplina processuale che rafforza sia la tutela dell'incolumità dei collaboranti, mediante il ricorso alla videoconferenza, sia il rigore nella valutazione dell'attendibilità delle loro dichiarazioni, anche attraverso riscontri esterni autonomi e individualizzanti.

In Italia, la valorizzazione dello strumento della collaborazione con la giustizia ha consentito non solo una conoscenza dall'interno delle strutture e delle modalità operative delle organizzazioni criminali e terroristiche, ma ha anche determinato un profondo mutamento dell'impostazione delle indagini, che non sono più state influenzate da fonti confidenziali occulte e incontrollabili, bensì orientate alla ricerca di elementi di prova da sottoporre al confronto processuale.

Proprio il procedimento giurisdizionale, caratterizzato dalla forza chiarificatrice del contraddittorio nella formazione della prova, costituisce la sede più idonea per approfondire fenomeni complessi, il cui studio conduce spesso alla rielaborazione di rilevanti categorie del sapere giuridico e sociale. Questo cambiamento metodologico, fondato sulla consapevolezza che l'efficacia della lotta alla criminalità è compatibile con il rispetto delle garanzie, ha trovato uno dei suoi principali sostenitori in Giovanni Falcone.

Per quanto concerne i testimoni di giustizia la l. 11 gennaio 2018 n.6, oltre a fornire una precisa definizione giuridica del testimone di giustizia, si è occupata di prevedere un sistema di protezione “preferibilmente nel luogo di origine con misure di sostegno economico e di reinserimento”⁵⁷⁴, gli è attribuita inoltre l'assistenza di un referente-soggetto che lo accompagna nel percorso oltre a fungere da sostegno psicologico nei rapporti con le istituzioni, ed infine si prevede, oltre alla possibilità di cambiate generalità, anche la possibilità di utilizzare gli strumenti processuali dell'incidente probatorio e dell'esame a distanza.

In conclusione, testimoni di giustizia e collaboratori rappresentano una forma paradigmatica di *vulnerabilità processuale*, in cui il rischio di ritorsioni, di isolamento sociale e di delegittimazione probatoria si intreccia con l'esigenza di assicurare un contributo decisivo all'accertamento dei fatti. Ne discende che la loro audizione non può essere gestita come quella di un qualunque teste “indifferente”,

⁵⁷⁴ P. TONINI, C. CONTI, *op.cit.*, 2024, p.363.

ma richiede cautele specifiche sia sul piano della protezione personale sia su quello della costruzione e valutazione della prova. Le tecniche di esame, le modalità di assunzione della testimonianza e il sistema delle garanzie dovranno quindi essere calibrati proprio alla luce di questa vulnerabilità qualificata.

3.2.4. Il transgender

La persona *transgender*, nel sistema penale e processuale, si colloca all'incrocio tra più piani di vulnerabilità: identitaria, relazionale, istituzionale. Il dato, già emerso nel secondo capitolo con riguardo alla costruzione giuridica dell'identità di genere, assume qui una specifica rilevanza probatoria: la condizione *transgender* rileva non soltanto ai fini dell'aumentato rischio di vittimizzazione, ma anche rispetto alle concrete modalità di assunzione e di apprezzamento della prova dichiarativa, nonché, in caso di detenzione, alle forme del trattamento penitenziario.

La presente analisi si prospetta di dimostrare che il soggetto *transgender* possa essere considerato, soprattutto in procedimenti connessi a reati di particolare violenza alla persona, ex. art 90 *quater* C.p.p., un soggetto *particolarmente vulnerabile* che, come tale, necessita di un trattamento processuale connotato da cautele e garanzie rafforzate.

Sul piano sostanziale, è noto come le persone *transgender* siano esposte, in misura statisticamente superiore rispetto alla popolazione *cisgender*, a fenomeni di violenza fisica, sessuale e psicologica, nonché a discriminazioni nell'accesso al lavoro, alla casa e ai servizi essenziali. Sulla base dei dati del Report Gay Help Line 2023–2024⁵⁷⁵, emerge in modo netto come le persone *transgender* subiscano una esposizione significativamente più elevata a violenze e reati rispetto ad altre componenti della popolazione LGBT+.

In particolare, tra le aggressioni avvenute negli spazi pubblici, il 33,3% delle vittime è costituito da persone trans e non binarie, colpite soprattutto per l'aspetto e l'espressione di genere; una percentuale sproporzionata se rapportata alla loro consistenza numerica nella popolazione generale. Anche nelle relazioni intime e sociali, le donne *transgender* risultano il gruppo più colpito dalla *gender-based*

⁵⁷⁵ https://www.arcigay.it/wp-content/uploads/2024/11/RTN_TDoR_ReporTransicidi2024.pdf

violence, con il 34,7% dei casi, superando sia le donne *cisgender* sia le altre identità di genere. Le forme di violenza includono molestie, violenze sessuali, violenza domestica e atti persecutori, spesso accompagnati da dinamiche di sessualizzazione, *catcalling* e intimidazione. A ciò si aggiunge una maggiore difficoltà di accesso alla tutela penale, poiché per le persone trans l'intervento delle forze dell'ordine può tradursi in ulteriore vittimizzazione (*misgendering*, problemi di identificazione), contribuendo a un elevato *under-reporting*. Nel complesso, i dati confermano che la violenza contro le persone *transgender* non è episodica, ma strutturale e sistemica, alimentata da stigma di genere, assenza di riconoscimento giuridico adeguato e carenze nelle prassi di protezione istituzionale.

Ciò si traduce in una più elevata probabilità di entrare in contatto con il sistema penale, sia come vittime che come imputate – talvolta anche in ragione di percorsi di marginalità, prostituzione di sopravvivenza, uso di sostanze, contesti di devianza indotta. Questa vulnerabilità di fondo non si “spegne” all'ingresso in aula o in carcere, ma si riproduce e spesso si amplifica nei contesti istituzionali.

Dal punto di vista testimoniale, la prima fonte di vulnerabilità è legata all'identità di genere stessa. La persona *transgender* che deposita – in qualità di persona offesa o di testimone “indifferente” – può trovarsi esposta al rischio di un vero e proprio *outing* processuale: la necessità di indicare i propri dati anagrafici, di riferire pregresse vicende di transizione, eventuali trattamenti ormonali o chirurgici, espone il soggetto alla concreta possibilità che la propria condizione, non nota in precedenza all'ambiente sociale o lavorativo, divenga conosciuta a un numero indeterminato di soggetti–imputato, difensori, pubblico, mass media.

Questo rischio si accentua quando i fatti oggetto di processo sono essi stessi legati alla condizione trans – si pensi a episodi di aggressioni transfobiche, violenze commesse in contesti di prostituzione, o a reati commessi in danno di persone *transgender* in quanto tali. In tali ipotesi, il nesso stretto tra il fatto storico e l'identità di genere rende di fatto impossibile scindere l'una dall'altro: la narrazione del fatto comporta necessariamente la narrazione del proprio percorso identitario.

La vulnerabilità non riguarda soltanto il piano psicologico, ma anche quello sociale (rottura di legami familiari, perdita del lavoro, esclusione da reti

comunitarie) e quello della sicurezza personale (rischio di ulteriori aggressioni, minacce, persecuzioni).

L'ordinamento processuale, pur non prevedendo una categoria espressamente dedicata alle persone *transgender*, offre strumenti che possono – e dovrebbero – essere utilizzati per “leggere” questa condizione alla luce dell'art. 90-*quater* C.p.p.: la particolare vulnerabilità, infatti, va desunta, tra l'altro, dal tipo di reato, dalle modalità e dalle circostanze del fatto, nonché quando vi siano *finalità discriminatorie o di odio*, anche connessi all'identità di genere. A tal proposito, è necessario far riferimento ad un fenomeno purtroppo in crescita nel nostro paese: la transfobia. Con *transfobia* si intende riferirsi ad “atteggiamenti, credenze e azioni negative nei confronti delle persone *transgender* e di tutte quelle persone non conformi agli stereotipi di genere della società. In altre parole, le persone transfobiche provano emozioni sgradevoli che vanno dall'insofferenza al disgusto fino all'*odio vero e proprio* nei confronti di chiunque non si comporti come un maschio e una femmina “tipici”. Questa dimensione psicologica in realtà ha poco a che vedere con le comuni fobie: mentre le persone fobiche generalmente arrecano danno a sé stesse, isolandosi a causa delle proprie paure, la transfobia ha come conseguenza un danno nei confronti degli altri. Le persone transfobiche percepiscono ogni espressione di genere diversa da quella considerata “tipica” come anormale”⁵⁷⁶.

In presenza di aggressioni a sfondo transfobico, di minacce reiterate, di contesti di sfruttamento o violenza, la qualificazione della persona offesa *transgender* come *persona particolarmente vulnerabile* non rappresenta un'eccezione, ma dovrebbe costituire la regola interpretativa.

Invero, i soggetti *transgender* sono soggetti che subiscono crimini d'odio, causati da un fenomeno di discriminazione in base all'orientamento sessuale che—ricordiamo che un soggetto può essere considerato particolarmente vulnerabile ex art. 90-*quater* C.p.p. “Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto

⁵⁷⁶ <https://www.infotrans.it/it-schede-13-transfobia>

risulta commesso con violenza alla persona o con *odio razziale*⁵⁷⁷ – la Corte europea dei diritti dell'uomo ha equiparato alla discriminazione razziale.⁵⁷⁸

“Accogliendo preliminarmente la definizione data autorevolmente dall'Osce, una delle maggiori organizzazioni impegnate nella lotta contro tali crimini, i crimini d'odio sono quei crimini commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato in base alla razza, all'etnia, alla nazionalità, alla religione, nonché ad altre caratteristiche simili, tra le quali, benché se ne discuta, rientrano anche l'orientamento sessuale, l'identità di genere, il genere, e talvolta la disabilità”⁵⁷⁹.

I crimini contro i soggetti *transgender* possono essere considerati quindi crimini d'odio, cioè “crimini i quali, nonostante esista un grave problema di cifra oscura, sono profondamente radicati nella realtà sociale”⁵⁸⁰.

La testimonianza che tali delitti d'odio sono diffusi fortemente radicato nella dimensione sociale ci è fornita da dati statistici. In Italia il dato dell'Oscad, ossia dell'Osservatorio per la Sicurezza contro gli Atti Discriminatori, istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell'Interno, che raccoglie i dati sui soggetti che abbiano subito un reato in relazione alla razza/etnia, credo religioso, orientamento sessuale/identità di genere e disabilità, rileva che nel 2021 sono stati 1.445 i crimini d'odio: 1.160 crimini d'odio razziale e religioso, 83 crimini d'odio sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, 202 crimini d'odio verso disabili.

Ciò comporta, sul piano operativo, l'obbligo di valutare l'adozione di modalità protette di esame, la riduzione al minimo delle audizioni, la cura particolare nel filtro delle domande potenzialmente umilianti o colpevolizzanti (specie su abbigliamento, vita sessuale, percorsi di transizione), in linea con le indicazioni della giurisprudenza sovranazionale in materia di violenza di genere e

⁵⁷⁷ Art. 90 -*quater* C.p.p., corsivo aggiunto.

⁵⁷⁸ L. GOISIS, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., fasc.1, 2013, pp. 418-441, p.428.

⁵⁷⁹ Ibidem.

Si veda per tale definizione generale, F. M. LAWRENCE, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 1 ss.

⁵⁸⁰ L.GOISIS, *op.cit.*, p.428.

vittimizzazione secondaria. In questo senso, la persona *transgender* rappresenta un paradigma di *vulnerabilità complessa*: il rischio di rivivere il trauma del fatto si cumula con il rischio di subire una nuova violenza simbolica, sotto forma di delegittimazione della propria identità.

Un secondo profilo di vulnerabilità riguarda la credibilità. Gli stereotipi sociali che ancora circondano le identità trans – talora percepite come ambigue, non autentiche, frutto di scelta eccentrica – possono, anche in modo implicito, influenzare la valutazione dell’attendibilità soggettiva del testimone. Il pericolo è duplice: da un lato, che il giudice (o le parti) valutino in modo più severo la linearità del narrato proprio perché proviene da un soggetto percepito come *non conforme*; dall’altro, che si tenda a patologizzare la testimonianza, attribuendo eventuali discrasie al disturbo, alla confusione o alla fragilità emotiva della persona *transgender*, anziché alle normali dinamiche della memoria.

In questa prospettiva, l’approccio richiesto dal sistema – interno e sovranazionale – è quello della valutazione individuale dei bisogni, già codificata dalla direttiva 2012/29/UE, e recepita nel nostro ordinamento, sia pure in modo non sempre lineare. La vulnerabilità della persona *transgender* non può essere ridotta a una categoria astratta, ma deve essere letta alla luce della storia concreta del soggetto: percorso di transizione, eventuali rotture familiari, contesti di marginalità, pregressi episodi di violenza o discriminazione.

La condizione di vulnerabilità della persona *transgender* emerge in modo particolarmente evidente nel contesto penitenziario e si colloca entro il più ampio fenomeno di invisibilizzazione delle persone LGBTQIA+ detenute. La letteratura e le ricerche disponibili mostrano come, nel sistema penitenziario italiano, tali soggettività restino in larga misura ai margini, sia per la scarsità di dati ufficiali, sia per il persistere di pregiudizi legati a genere, identità e orientamento sessuale.

L’ordinamento penitenziario continua a basarsi su una rigida bipartizione per sesso biologico (art. 14 O.P.), con la conseguenza che – salvo avvenuta chirurgia, “anche laddove la persona abbia ottenuto la rettificazione degli atti

anagrafici, l'unico criterio di assegnazione dell'amministrazione penitenziaria resta quello legato all'apparato genitale"⁵⁸¹ – le donne *trans* sono collocate in istituti maschili e gli uomini *trans* in istituti femminili.

Già durante i primi anni del 2000, per assicurare la sicurezza e ridurre il rischio di discriminazioni, seppur in assenza di una normativa nazionale, “alcuni Istituti penitenziari iniziano a dar vita, in via sperimentale, a sezioni dove ospitare persone esclusivamente in relazione alla loro identità di genere”⁵⁸². Infatti, già a Belluno nel 2005 nasce una prima sezione ad hoc per donne *trans*, contestualmente lo stesso avvenne nel carcere di Firenze Sollicciano.

“Seppur in un ambiente distaccato dalle sezioni ordinarie, si tratta dell'unica esperienza italiana di collocamento di un gruppo di donne *trans* all'interno di una struttura femminile, in contrasto con il criterio di assegnazione biologico”⁵⁸³.

Con la riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018, queste sperimentazioni diventano norma. Il D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, istituisce il modello delle cosiddette sezioni “protette omogenee”, in quanto si introduce il comma 7 dell'art. 14 O.P. che dispone “L'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire, per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. È in ogni caso garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta”. La norma prevede che il collocamento in queste sezioni deve avvenire “*previo consenso degli interessati i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie*”. La permanenza in queste sezioni

⁵⁸¹ <https://www.rapportoantigone.it/ventunesimo-rapporto-sulle-condizioni-di>

⁵⁸² Ibidem.

⁵⁸³ Ibidem. *La scelta di collocare la sezione nel reparto femminile e non in quello maschile pare fosse dovuta solo a ragioni logistiche, non all'intenzionalità di rispondere a esigenze di riconoscimento identitario. La sezione si trovava comunque in un'area separata e isolata del reparto femminile, non permettendo di fatto di superare una dimensione ghettizzante. Non vi erano contatti tra le donne transgender e il resto della popolazione detenuta. Inoltre, gli agenti penitenziari assegnati al reparto erano prevalentemente uomini. La sezione è stata chiusa alcuni anni fa.*

deve quindi avvenire per volontà della persona interessata. Sarà il soggetto interessato a richiedere di essere collocata in una sezione protetta in modo da non incorrere nel rischio di soprusi. “Questa richiesta avviene tramite la sottoscrizione di un’apposita dichiarazione che, se la persona cambia idea, può essere sempre ritirata, comportando il collocamento in sezione ordinaria.”⁵⁸⁴.

In tal modo, si istituiscono formalmente sezioni ad hoc “per ospitare donne trans e sezioni ad hoc per ospitare uomini che dichiarano formalmente la loro omosessualità. Ad oggi, queste sezioni sono in tutto nove: sei sezioni cosiddette «protette trans» e tre sezioni cosiddette «protette omosex».”⁵⁸⁵.

La vulnerabilità penitenziaria della persona transgender si articola su più piani: fisico (esposizione ad aggressioni, abusi, sfruttamento), psicologico (condizione costante di paura, ipervigilanza, umiliazione, derisione, *misgendering* sistematico), sanitario (discontinuità nelle terapie ormonali e difficoltà di accesso a visite specialistiche e supporto psicologico adeguato), identitario (negazione quotidiana del genere di elezione attraverso prassi amministrative relative a uniformi, assegnazione, uso del nome, modalità di perquisizione). In dottrina la persona *transgender* detenuta viene sempre più spesso qualificata come caso paradigmatico di vulnerabilità “sostanziale”, tale da richiedere una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 27 Cost. e del principio di non discriminazione: in assenza di un trattamento penitenziario calibrato sulle peculiari esigenze di tutela, la pena rischia di trasmodare in trattamento inumano o degradante.

In questo quadro si colloca la ricerca empirica promossa da Antigone nell’ambito del progetto europeo LGBTIQ Detainees – Strengthening the Rights of LGBTIQ Detainees in the EU, basata su 45 interviste (35 persone detenute LGBTQIA+, 9 operatori, 1 ex detenuto) in istituti dotati di sezioni dedicate, tra cui Rebibbia N.C., Napoli Secondigliano e Napoli Poggioreale. I dati raccolti confermano, da un lato, la persistente invisibilità istituzionale (assenza di statistiche

⁵⁸⁴ Ibidem.

⁵⁸⁵ Ibidem.

ufficiali, difficoltà di accesso alle informazioni) e, dall'altro, l'estrema eterogeneità delle esperienze: il collettivo LGBTQIA+ non costituisce un blocco omogeneo, ma un insieme di soggettività con livelli di vulnerabilità, storie e bisogni profondamente differenziati, che l'amministrazione tende a considerare solo quando percepiti come problema per la sicurezza. Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 ha formalizzato le "sezioni protette omogenee" per detenuti LGBTQIA+, da istituirsi su base consensuale e con garanzia di accesso alle attività trattamentali; la ricerca mostra tuttavia come, nella prassi, tali sezioni si traducano spesso in segregazione spaziale, drastica riduzione delle opportunità (studio, lavoro, attività trattamentali, perfino celebrazioni religiose) e rafforzamento dello stigma ("protezione uguale discriminazione", come riferito da una detenuta trans di Secondigliano). Più integrate appaiono le esperienze in alcune sezioni, come quella trans di Rebibbia N.C., dove sono possibili attività comuni con i detenuti uomini; restano però diffusi *misgendering* da parte del personale, utilizzi "strumentali" delle sezioni omosex e una particolare sofferenza degli uomini trans, costretti a vivere percorsi detentivi interamente declinati al femminile. Il confronto con ordinamenti che valorizzano il principio di auto-identificazione nella scelta del luogo di esecuzione (come Svizzera e Malta) suggerisce che la tutela dei diritti delle persone LGBTQIA+, e in particolare delle persone *transgender*, possa fungere da banco di prova e da catalizzatore per un complessivo innalzamento degli standard di protezione di tutte le persone private della libertà, a condizione di abbandonare logiche meramente segregative in favore di un approccio realmente individualizzato e non discriminatorio⁵⁸⁶.

Alla luce dei profili richiamati, la persona *transgender* – vittima o teste "indifferente", libera o detenuta – si colloca a pieno titolo all'interno della categoria del testimone vulnerabile. La sua vulnerabilità, tuttavia, non si esaurisce in un dato meramente soggettivo (fragilità emotiva, sofferenza psichica), ma è il prodotto di un intreccio strutturale tra identità di genere e contesto istituzionale: essa nasce dall'esposizione a discriminazioni sistematiche, dalla stigmatizzazione sociale,

⁵⁸⁶ Ibidem.

dalla precarietà dei percorsi di riconoscimento giuridico, dalla difficoltà di veder rispettata la propria identità nei luoghi del processo e della pena.

In questa prospettiva, la condizione *transgender* rappresenta un banco di prova per la capacità del sistema processuale di prendere sul serio la categoria della vulnerabilità come criterio operativo: ciò significa, concretamente, interrogarsi non solo se la persona trans sia vulnerabile, ma come lo sia in quella specifica vicenda, e quali conseguenze trarne in termini di:

- scelta delle modalità di esame (incidente probatorio, esame protetto, videoconferenza, riduzione delle audizioni);
- protezione dall'*outing* indesiderato e dai fenomeni di vittimizzazione secondaria;
- valutazione della credibilità, libertà da stereotipi e pregiudizi sulla identità di genere;
- tutela effettiva in caso di detenzione, anche ai fini della libertà di rendere dichiarazioni senza timore di ritorsioni.

In definitiva, la figura della persona *transgender* mette a nudo tanto i limiti quanto le potenzialità del sistema di protezione dei testimoni vulnerabili: essa costringe il processo penale e l'esecuzione della pena a confrontarsi con una vulnerabilità strutturale, radicata nella discriminazione di genere e nell'inadeguatezza delle prassi istituzionali, che non può essere neutralizzata con misure meramente formali o segregative.

Proprio in ragione di tale vulnerabilità complessa, sarebbe opportuno estendere alla persona *transgender* – soprattutto quando vittima di reati violenti – un corredo di tutele assimilabile a quello già previsto per i minorenni: supporto psicologico stabile, presenza di figure di accompagnamento durante le audizioni, ambienti “protetti” e non intimidatori, riduzione del numero degli esami, filtro rigoroso delle domande potenzialmente umilianti o stereotipate. Non si tratterebbe di creare una nuova categoria privilegiata, ma di applicare in modo coerente la logica della

giustizia “*victim-/child-friendly*” a una soggettività che presenta analoghe esigenze di protezione emotiva e relazionale.

L’effettività delle garanzie approntate dall’ordinamento interno dipende, in ultima analisi, dalla capacità di riconoscere e governare questa vulnerabilità, traducendola in scelte concrete di organizzazione dell’esame, di gestione della prova e di trattamento penitenziario. Proprio per verificare se e in che misura tali esigenze trovino risposte più avanzate o, al contrario, reproducano criticità analoghe in altri contesti, il capitolo successivo sarà dedicato all’analisi comparata delle soluzioni adottate in alcuni ordinamenti stranieri in tema di tutela delle persone transgender e, più in generale, delle vittime LGBTQIA+ nel procedimento penale.

CAPITOLO 4

LA TUTELA DEL TRANSGENDER. CENNI COMPARATIVI.

4. Riconoscimento dell'identità di genere e il procedimento di rettificazione di sesso

4.1. Il caso spagnolo

Nel quadro comparato europeo, si ritiene opportuno partire dall'analisi del caso spagnolo.

Ai fini della presente disamina occorre soffermarsi sulla legge che si occupa della rettificazione del sesso in Spagna, in modo da poterla confrontare con la legge italiana di riferimento. Degna di menzione risulta, *in primis*, la Legge del 15 marzo 2007 n. 3–*Ley 3/2007* rubricata “*rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*”⁵⁸⁷.

La legge n. 3/2007, recante la disciplina della rettificazione di sesso negli atti di stato civile, rappresenta il primo intervento normativo organico dell'ordinamento spagnolo in materia di modifica dei dati anagrafici nei casi di disforia di genere. Tale intervento legislativo ha posto fine alla prolungata situazione di incertezza giuridica in tema di transessualità, offrendo una soluzione ai rilevanti problemi legali che interessavano le persone transessuali, in particolare con riferimento ai costi elevati connessi all'instaurazione di procedimenti giudiziari e all'imprevedibilità dei relativi esiti. In tal senso, il legislatore intende porre fine ad una situazione in cui il diritto, lungi dal tutelare, finiva invece per aggravare una condizione personale già di per sé complessa, imponendo un vero e proprio calvario giudiziario come presupposto per il riconoscimento dell'identità di genere.

La soluzione adottata dalla legge in esame prevede che la rettificazione dei dati anagrafici avvenga tramite una procedura di natura amministrativa, affidata all'*Encargado del Registro Civil*.

⁵⁸⁷ Disponibile online: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>.

Questa scelta esita in una vera e propria “*desjudicialización*”⁵⁸⁸ del riconoscimento giuridico del cambio di sesso, assumendo particolare rilievo nell’ambito della presente disamina, in quanto costituisce una deroga esplicita al principio generale, secondo cui, le annotazioni contenute nel Registro Civile possono essere modificate solo “in seguito a decisione del giudice (artt. 90 e 91 Ley 20/2011 del Registro Civil, che ha modificato la precedente Ley 8 giugno 1957)”⁵⁸⁹.

La rettificazione produce effetti di natura costitutiva ai fini dell’esercizio dei diritti alla nuova condizione giuridica—art. 5 ley 3/2007⁵⁹⁰— e determina, altresì, la modifica del nome della persona interessata —art.1 comma 2 Ley 3/2007⁵⁹¹.

In merito ai soggetti legittimati, l’art. 1 della legge limita l’accesso alla procedura alle persone di nazionalità spagnola⁵⁹², maggiorenni e dotate di capacità sufficiente.

⁵⁸⁸ M. R. LLOVERAS FERRER, *Una ley civil para la transexualidad*, in In Dret, n. 1, 2008, pp. 8 ss.

⁵⁸⁹ L. FERRARO, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funziona ormai superata o ancora attuale?*, disponibile online:

https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-giudice-nel-procedimento-di-rettificazione-del-sesso_una-funzione-ormai-superata-o-ancora-attuale__363.php

⁵⁹⁰ “Artículo 5. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.”.

⁵⁹¹ Art. 1 Ley n. 3/2007 “Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

2. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.”.

⁵⁹² Si intende sottolineare come il requisito della nazionalità spagnola sia giustificato dal collegamento con il registro civile spagnolo.

I presupposti richiesti per la rettificazione del sesso anagrafico sono delineati ai sensi dell'art. 4 e consistono nella diagnosi di una disforia di genere in capo all'istante che è possibile ottenere “attraverso il parere di un medico o psicologo clinico, il quale dovrà attestare «l'esistenza di una dissociazione tra il sesso morfologico [...] inizialmente trascritto e l'identità di genere percepita dal richiedente o sesso psicosociale», oltre che «la stabilità e la persistenza di questa dissociazione» (art. 4.1.1); il sanitario dovrà verificare altresì l'assenza di disturbi della personalità che possono influire in modo significativo sulla disforia di genere (art. 4.1.2)”⁵⁹³. In secondo luogo, è previsto l'obbligo di un trattamento medico di adeguamento delle caratteristiche fisiche al sesso reclamato della durata minima di due anni, anche se è opportuno rilevare che il trattamento non è definito in modo rigido, in quanto lascia spazio ad una valutazione caso per caso⁵⁹⁴.

Invero, la più significativa innovazione della Ley 3/2007 risiede nell'esclusione esplicita dell'obbligo di chirurgia di riassegnazione sessuale. Con questa scelta, il legislatore spagnolo supera in modo netto la giurisprudenza precedente e afferma la centralità del *sexo psicosociale* quale criterio determinante per il riconoscimento giuridico dell'identità di genere. La legge prevede inoltre la possibilità di derogare anche al requisito del trattamento medico nei casi in cui sussistano ragioni di età o di salute, purché adeguatamente certificate. In tal modo, il legislatore adotta un approccio improntato al rispetto dell'autodeterminazione e della dignità della persona, evitando imposizioni sproporzionate o lesive della sfera privata⁵⁹⁵.

La legislazione spagnola (Legge 15 marzo 2007 n. 3) ha quindi attribuito “la massima rilevanza alla «*identidad de género sendida por el solicitante o psicosocial*», escludendo la necessità di interventi chirurgici e consentendo alla persona transessuale di modificare l'indicazione del nome e del sesso nel registro dello stato civile sulla base di una certificazione medica della transessualità e di un trattamento medico di adeguamento delle «*características físicas a las correspondientes al sexo reclamado*» per la durata di almeno due anni”⁵⁹⁶.

⁵⁹³ L. FERRARO, *op. cit.*

⁵⁹⁴ M. R. LLOVERAS FERRER, *op. cit.*

⁵⁹⁵ *Ibidem.*

⁵⁹⁶ Tribunale di Potenza, 20 febbraio 2015, n. 157.

In conclusione, la Legge n. 3/2007, pur intervenendo in una fase relativamente tardiva rispetto all'evoluzione sociale e culturale del fenomeno, si propone di offrire una risposta normativa adeguata alle istanze di tutela di un gruppo sociale a lungo marginalizzato, riaffermando la funzione del diritto quale strumento di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali della persona.

In aggiunta, appare essenziale menzionare una legge di più recente approvazione: la Ley 4/2023, del 28 febbraio, “*para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBP*”⁵⁹⁷, la legge per la reale ed effettiva uguaglianza delle persone trans e per la garanzia dei diritti delle persone LGBTI.

La normativa in analisi presenta degli interessanti spunti di innovazione in tema di rettificazione del sesso.

Il preambolo della legge è significativo: “L'obiettivo di questa legge è sviluppare e garantire i diritti di lesbiche, gay, bisessuali, trans e intersessuali (di seguito, LGTBI) sradicando situazioni di discriminazione, a garantire in Spagna l'orientamento sessuale, l'identità sessuale, l'espressione di genere, caratteristiche sessuali e diversità familiare in piena libertà.

Questa legge definisce le politiche pubbliche che garantiranno i diritti delle persone LGTBI e rimuove gli ostacoli che impediscono loro di esercitare pienamente la cittadinanza. Raccoglie una storica esigenza del Associazioni LGTBI, che da decenni guidano e promuovono la rivendicazione dei diritti di questi collettivi.

Questa legge rappresenta un importante passo avanti nel cammino intrapreso verso l'uguaglianza e la giustizia sociale che permette di consolidare il cambiamento della concezione sociale delle persone LGTBI. Questo avviene creando riferimenti positivo, per intendere la diversità come valore, per garantire la coesione sociale attraverso la promozione dei valori dell'uguaglianza e del rispetto e per diffondere la cultura della non discriminazione contro quella dell'odio e del pregiudizio”⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ Disponibile su: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5366>

⁵⁹⁸ <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17513542/legge-22-febbraio-2023-n-4-proyecto-de-ley-para-la-igualdad.html>

In primis, la legge riconosce il diritto all'autodeterminazione di genere, anche se il termine *autodeterminazione*–*autodeterminación*–non è mai menzionato⁵⁹⁹.

Invero, la legge riconosce la possibilità di modificare il proprio sesso sulla base di una semplice dichiarazione di volontà –come previsto all'art. 44⁶⁰⁰– eliminando, quindi, sia l'obbligo di presentare relazioni mediche e psicologiche, sia quello di sottoporsi a trattamenti ormonali. L'unico requisito consiste quindi nella presentazione di una dichiarazione dinnanzi all'autorità amministrativa competente ed è inoltre prevista una clausola di garanzia, in quanto entro tre mesi la persona interessata deve confermare la propria richiesta di rettificazione del sesso.

La normativa in analisi presenta una chiara inversione di rotta rispetto alla previgente Ley n.3/2007, la quale escludeva i minori dalla possibilità di richiedere la rettificazione anagrafica del sesso. Invero, la Ley n.4/2023 riconosce l'esercizio libero del diritto all'autodeterminazione di genere a partire dai 16 anni di età mentre, per i minori compresi tra i 14 e i 16 anni, richiede il consenso dei genitori prevedendo che, in caso di disaccordo, la decisione finale spetti al giudice. Inoltre, la normativa in analisi prevede la possibilità di richiedere la rettificazione anagrafica di sesso anche ai minori di età compresa tra i 12 e i 14 anni, sulla base di una decisione rimessa all'autorità giudiziaria.

La disposizione oggetto di disamina si pone in accordo con la decisione della Corte costituzionale n.99/2019 che ha dichiarato incostituzionale l'esclusione totale dei minori⁶⁰¹, prendendo in considerazione i minori con sufficiente maturità e che si trovino in una situazione di transessualità stabile⁶⁰².

⁵⁹⁹ A. RICCIOLI, *Gender Recognition in Spain: Ley 4/2023 on the LGBTIQ+ people's rights. A comparative overview*, 3 luglio 2023, disponibile online: <https://euwonder.jus.unipi.it/2023/07/03/gender-recognition-in-spain-ley-4-2023-on-the-lgbtqi-peoples-rights-a-comparative-overview/>

⁶⁰⁰ Rubricato "Procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo".

⁶⁰¹ Tribunal Constitucional (Spagna), *Sentencia 99/2019, de 18 de julio*, "El art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida en que se aplica también a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales de un modo desproporcionado." "L'art. 1.1 della Legge 3/2007, nella misura in cui si applica anche ai minori di età con sufficiente maturità e che si trovino in una situazione stabile di transessualità, costituisce una misura legale che limita in modo sproporzionato principi e diritti costituzionali." Trad. it. dell'A.

⁶⁰² A. RICCIOLI, *op.cit.*, "taking into consideration those with sufficient maturity and in a stable transgender situation", trad. it. dell'A.

Inoltre, la legge prevede la possibilità, per i cittadini provenienti da paesi che non consentono la rettificazione del sesso e del nome, di richiedere almeno la rettificazione del sesso nella documentazione amministrativa rilasciata loro dalla Spagna⁶⁰³.

In conclusione, il modello spagnolo si configura come un sistema all'avanguardia nella tutela dei diritti dei *transgender* e che supera l'impostazione medico-patologizzante della disciplina previgente, in quanto è un sistema basato sulla *centralità della volontà individuale* oltre che sul *riconoscimento dell'identità di genere* quale espressione dell'autonomia personale.

Particolarmente significativo appare, inoltre, l'ampliamento di tutela ai soggetti minorenni, in linea con l'evoluzione giurisprudenziale e con i principi costituzionali di protezione della persona, oltre che l'estensione delle garanzie anche a cittadini stranieri provenienti da ordinamenti che non consentono la rettificazione del sesso.

Nel complesso, la normativa in esame rappresenta una pietra miliare nel percorso di affermazione dei diritti delle persone LGBTQ+, contribuendo a consolidare un modello di cittadinanza inclusivo, orientato all'uguaglianza e al rispetto della dignità individuale.

4.2. Il caso tedesco

Il modello tedesco presenta una disciplina diversa rispetto al modello spagnolo poc'anzi analizzato. Infatti, a differenza del modello spagnolo, in cui il legislatore è intervenuto in tempi recenti con una disciplina improntata all'autodeterminazione, l'ordinamento tedesco ha a lungo conosciuto una regolazione della rettificazione di sesso ancorata al paradigma medico-psichiatrico e costruita attorno al *Transsexuellengesetz* (TSG) del 1980.

La normativa in analisi è stata la prima legge ad affrontare il tema del cambio di genere e nome anagrafico in Germania⁶⁰⁴ e presentava fin da subito una

⁶⁰³ A. RICCIOLI, *op.cit.*

⁶⁰⁴ S. SPECIALE, *In Germania con la nuova legge 10 mila euro di multa se riveli il sesso della persona*, 1 agosto 2024, disponibile online: <https://berlinomagazine.com/2024-in-germania-con-la-nuova-legge-10-mila-euro-di-multa-se-riveli-il-sesso-della-persona/>

“natura divisiva”⁶⁰⁵ in quanto considerata lesiva e invasiva per chi decideva di intraprendere il percorso di cambiamento di genere imponendo ben due perizie psicologiche e una decisione giudiziaria, esitando quindi in un processo “criticato e additato come umiliante ed eccessivamente costoso”⁶⁰⁶.

“La legislazione tedesca (Legge 10 settembre 1980 n. 1654) ha previsto due tappe, chiamate *soluzioni*, nel percorso verso la determinazione del sesso di appartenenza (*transgendergesetz*)”⁶⁰⁷, alterando infatti il percorso nella *piccola soluzione* (*kleine Lösung*), mediante la quale “si riattribuisce anagraficamente un nome adatto alle istanze della persona transessuale, senza alcuna necessità di interventi ormonali e/o chirurgici sul viso (art. 6), facendo salva anche la possibilità di retrocedere da tale decisione (art. 10)”⁶⁰⁸ e nella cosiddetta *grande soluzione* (*grosse Lösung*), che “permette (dopo almeno due anni di vita vissuta come appartenente al sesso di elezione e dopo varie verifiche) di accedere all’iter che porta fisicamente alla riassegnazione chirurgica del sesso (artt. 12 e 13). Grazie a questa distinzione, «il nome di una persona che secondo la sua identità di genere sente di appartenere all’altro sesso rispetto a quello indicato nell’atto di nascita e che vuole vivere secondo i requisiti dell’altro sesso, deve essere cambiato su richiesta della stessa»”⁶⁰⁹.

Il *Transsexuellengesetz* “prescriveva delle condizioni ignobili per il cambio di identità di genere: bisognava sottoporsi a una perizia psichiatrica, al giudizio di un tribunale e a domande molto intime”⁶¹⁰, il che ha fatto ben presto sorgere l’esigenza di cambiare questa norma lesiva di una delle sfere più intime di un individuo: la sua sessualità e, di converso, la sua dignità.

“La normativa tedesca ha storicamente imposto il binarismo di genere per la registrazione nei documenti di stato civile. Tale sistema ha permeato il diritto e la struttura della società tedesca per lungo tempo. Tuttavia, il concetto di identità di

⁶⁰⁵ Ibidem.

⁶⁰⁶ Ibidem.

⁶⁰⁷ Tribunale di Potenza, 20 febbraio 2015, n. 157.

⁶⁰⁸ Tribunale di Potenza, 20 febbraio 2015, n. 157.

⁶⁰⁹ Tribunale di Potenza, 20 febbraio 2015, n. 157.

⁶¹⁰ T. MASTROBUONI, *Germania, le due leggi del governo su cittadinanza e transgender per riguadagnare popolarità*, 23 agosto 2023, disponibile online: https://www.repubblica.it/esteri/2023/08/23/news/germania_leggi_cittadinanza_riconoscimento_transgender-412057241/

genere ha subito un'evoluzione profonda; evoluzione che muove da una pronuncia della Corte costituzionale federale”⁶¹¹, in quanto negli anni seguenti la Corte costituzionale Federale ha iniziato a modificare la legge in seguito alle necessità sociali e alle esigenze connesse al momento storico.

Invero, nel 2013 la Corte ha introdotto un terzo genere (*divers*) nei documenti, rendendo in questo modo possibile a chi ne avesse la necessità di identificarsi istituzionalmente in una scelta che superasse definitivamente la logica binaria⁶¹².

La Corte ha evidenziato che “il diritto al pieno sviluppo della personalità, tutelato dalla Legge Fondamentale (artt. 1 e 2), include la protezione dell'identità sessuale quale elemento imprescindibile della dignità e della libertà individuale”⁶¹³.

Inoltre, la Corte ha chiarito che il sistema binario non ha fondamento costituzionale e che l'obbligo di scegliere tra due soli generi, o di omettere del tutto l'indicazione del sesso, costituisce una violazione del principio di non discriminazione “sancito dall'articolo 3, comma 3, della Legge Fondamentale, perché determina evidenti disparità di trattamento nei confronti di chi, pur non identificandosi nel genere maschile o femminile, si riconosce stabilmente in un genere diverso”⁶¹⁴. La semplice assenza del dato, secondo la Corte, non assicura un adeguato riconoscimento dell'identità personale, mentre l'introduzione di un terzo genere non compromette né i diritti altrui né la certezza giuridica.

A conferma di questo orientamento, nel 2017 è intervenuta la “storica sentenza”⁶¹⁵ del 10 ottobre 2017 con cui la Corte ha dichiarato “l'incompatibilità con la Legge Fondamentale tedesca della normativa dello stato civile (*Personenstandgesetz*, PStG) nella misura in cui imponeva alle persone intersex la registrazione all'anagrafe con il genere maschile o femminile, senza

⁶¹¹ B. BESSONE, L. LANO, *Identità di genere non binarie e diritti costituzionali: Italia, Belgio e Germania a confronto*, in N. Posteraro, B. Liberali (a cura di) *Sul non binarismo di genere e sull'autorizzazione giudiziale a effettuare gli interventi chirurgici di affermazione di genere. La sentenza della Corte Costituzionale N. 143 del 2024*, Napoli, 2025, pp.61-82, p.72.

⁶¹² S. SPECIALE, *op.cit.*

⁶¹³ B. BESSONE, L. LANO, *op.cit.*, p.73.

⁶¹⁴ B. BESSONE, L. LANO, *op.cit.*, p.74.

⁶¹⁵ S. SPECIALE, *op.cit.*

offrire una terza possibilità”⁶¹⁶. Conseguentemente, nel 2018 la legge BGB1. I, 2635, ha riconosciuto agli intersessuali il diritto di registrarsi con un genere differente e in tal modo, nel 2018 è stata ufficializzata l’adozione del genere *divers*⁶¹⁷.

Nel 2020 sono state avanzate numerose proposte di legge volte alla modifica del precedente *Transsexuellengesetz*.

Ciò ha quindi portato all’introduzione di una nuova normativa entrata in vigore il 1° novembre 2024 che presenta rilevanti innovazioni e cambiamenti, frutto del lungo percorso compiuto dalle istituzioni tedesche come istituzione tedesca in materia e del contesto storico di riferimento.

Invero, la legge “*sull’autodeterminazione in relazione alla registrazione del sesso*” (*Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag*, SBGG), attribuisce il diritto ai soggetti intersex, *transgender* e non binari di affermare anagraficamente il proprio genere attraverso un procedimento amministrativo semplificato, senza necessità di presentare la doppia perizia medica finora richiesta dalla legge⁶¹⁸.

La legge approvata rimuove pertanto la precedente diversità di trattamento che c’era tra persone intersessuali e persone di genere non binario, in quanto unifica la procedura per ottenere il cambio anagrafico di sesso⁶¹⁹.

In virtù del SBGG, ciascuno può ottenere il cambiamento di sesso anagrafico potendo optare tra maschio, femmina, altro o nessun dato oltre che del nome tramite una semplice dichiarazione resa all’ufficiale di stato civile.

Tre mesi prima della dichiarazione sarà necessaria una comunicazione di preavviso e la dichiarazione non potrà essere resa oltre sei mesi dopo la comunicazione di preavviso. Altresì, si prevede che non è possibile procedere ad

⁶¹⁶ R. PARIGIANI, *Germania: l’autodeterminazione di genere finalmente diventa legge*, 8 novembre 2024, disponibile online:

<https://www.studiolegaleparigiani.it/germania-lautodeterminazione-di-genere-finalmente-diventa-legge/>

⁶¹⁷ S. SPECIALE, *op.cit.*

⁶¹⁸ R. PARIGIANI, *op.cit.*

⁶¹⁹ E. CATERINA, *Il Bundestag approva la legge sulla autodeterminazione in relazione alla registrazione anagrafica del sesso*, 17 aprile 2024, disponibile online:

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Germania%20-%20II%20Bundestag%20approva%20la%20legge%20sulla%20autodeterminazione%20in%20relazione%20alla%20registrazione%20anagrafica%20del%20sesso.pdf

un nuovo cambiamento di sesso quando sia trascorso meno di un anno dall'ultimo cambiamento.

La SBGG prevede inoltre la possibilità di procedere alla rettificazione anagrafica di sesso anche ai minori che non abbiano ancora compiuto i 14 anni tramite dichiarazione resa dagli esercenti la responsabilità genitoriale, prevedendo però che se il minore ha compiuto già i 5 anni, questo debba acconsentire ed essere fisicamente presente al momento della dichiarazione.

Per converso, i minori che abbiano compiuto almeno il quattordicesimo anno di età potranno rendere autonomamente la dichiarazione, con il consenso degli esercenti la potestà genitoriale. È previsto che in caso di dissenso sia investito della questione il giudice, e sarà chiamato a decidere “sulla base dell’interesse del minore”⁶²⁰. In ogni caso, qualora la rettifica del sesso anagrafico riguardi un soggetto minorenne, è sempre richiesta una consulenza specialistica preliminare, della quale il richiedente — sia esso il minore o chi esercita la responsabilità genitoriale — deve attestare l’avvenuta fruizione.

Nel complesso, l’esperienza tedesca mostra un’evoluzione che, pur muovendo da un modello fortemente medicalizzato – quale quello delineato dal *Transsexuellengesetz* del 1980 – approda, grazie all’intervento progressivo della Corte costituzionale federale e alla recente adozione della *Selbstbestimmungsgesetz*, ad un assetto maggiormente incentrato sull’autodeterminazione della persona oltre che sul riconoscimento del pluralismo delle identità di genere. La semplificazione procedurale, l’unificazione dei percorsi per persone intersex, *transgender* e non binarie, nonché l’apertura ai minori, seppur accompagnate da termini di riflessione, limiti temporali e obblighi di consulenza specialistica, segnano il superamento del paradigma patologizzante originario. Al tempo stesso, la permanenza di alcuni correttivi come il preavviso o l’intervallo minimo tra due rettifiche testimonia la volontà del legislatore trovare un equilibrio tra il principio di autodeterminazione e quello della certezza giuridica e di tutela di soggetti ritenuti particolarmente esposti.

⁶²⁰ E. CATERINA, *op.cit.*

4.3. Il caso maltese

La qui presente ultima sezione dell'analisi comparata non può non soffermarsi su quello che, a livello europeo, rappresenta il più avanzato sistema di rettificazione di sesso: il sistema maltese.

Invero, il legislatore maltese, già nel 2015, ha introdotto il *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act (GIGESC Act)*: emblematico del principio secondo cui la rettificazione del sesso debba potersi realizzare non in virtù di un procedimento basato su un accertamento medico psichiatrico, quanto più sul principio di autodeterminazione della persona.

La legge in analisi rappresenta un prodotto normativo innovativo in quanto non solo regola la procedura di modifica dei dati di stato civile, ma si propone di disegnare un vero e proprio quadro di tutela delle persone *transgender* e *intersex*, con un focus particolare sul riconoscimento giuridico oltre che su quello della protezione delle caratteristiche sessuale e del divieto di trattamenti non consensuali.

Sin dal preambolo, la legge prevede il suo obiettivo, ovvero proporsi di “disciplinare il riconoscimento e la registrazione del genere di una persona e a regolare gli effetti di tale cambiamento, nonché il riconoscimento e la tutela delle caratteristiche sessuali della persona”⁶²¹ (“To provide for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person”⁶²²).

Invero, già il titolo della legge in esame (Legge sull'Identità di Genere, L'Espressione di Genere e le Caratteristiche Sessuali) mostra l'innovatività di dell'impianto normativo maltese, che non si limita a disciplinare il procedimento di rettificazione del sesso, ma presenta invece caratteri nuovi, distinguendo, già nel titolo, tra identità di genere, espressione di genere e caratteristiche sessuali.

La disposizione presenta una prima parte definitoria, che non è invece presente né nella disciplina italiana né nelle altre discipline poc'anzi analizzate, in quanto prevede come debbano essere interpretati alcuni concetti quali, ad esempio,

⁶²¹ Incipit del Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, Cap. 540, Laws of Malta, trad. it. dell'A.

⁶²² Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, Cap. 540, Laws of Malta. Disponibile online: <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>

l'espressione di genere, l'identità di genere, l'indicatore di genere, il genere vissuto, il genere non binario e le caratteristiche sessuali.

Con *espressione di genere* si intende “la manifestazione dell'identità di genere di ciascuna persona e/o quella percepita dagli altri”⁶²³; con *identità di genere* si intende invece “l'esperienza interna e individuale del genere di ciascuna persona, che può o meno corrispondere al sesso assegnato alla nascita, comprendendo la percezione personale del corpo (che può comportare, se liberamente scelta, modifiche dell'aspetto o delle funzioni corporee mediante mezzi medici, chirurgici o altri) e altre espressioni di genere, quali nome, abbigliamento, linguaggio e comportamenti”⁶²⁴; con l'espressione *indicatore di genere* ci si deve invece riferire a “l'identificativo che classifica le persone in una determinata categoria sessuale”⁶²⁵; la locuzione *genere non binario* deve invece essere interpretata come “qualsiasi identità di genere diversa da maschile o femminile”⁶²⁶; infine, con *caratteristiche sessuali* devono intendersi “le caratteristiche cromosomiche, gonadiche e anatomiche di una persona, comprese le caratteristiche primarie (organi riproduttivi, genitali, strutture cromosomiche e ormoni) e le caratteristiche secondarie (massa muscolare, distribuzione dei peli, seno, struttura corporea)”⁶²⁷.

Inoltre, l'art. 3 della presente legge sancisce il Diritto all'identità di genere che consiste nel riconoscimento, a tutti i cittadini maltesi, del diritto al riconoscimento della propria identità di genere, al libero sviluppo della propria persona secondo la propria identità di genere, oltre che ad essere trattati secondo la propria identità di genere e identificati in tal modo nei documenti di identità, oltre che all'integrità corporea e l'autonomia fisica. È altresì previsto che l'identità di genere debba essere rispettata in ogni momento e, uno dei corollari più innovativi e fondamentali della legge prevede che “non sarà richiesto a nessuna persona di fornire la prova di un intervento chirurgico per la riassegnazione totale o parziale

⁶²³ Trad. it. dell'A., Art. 2, Chapter 540, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. Disponibile online:

<https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>

⁶²⁴ Ibidem.

⁶²⁵ Ibidem.

⁶²⁶ Ibidem.

⁶²⁷ Ibidem.

dei genitali, terapie ormonali o qualsiasi altro trattamento psichiatrico, psicologico o medico per poter esercitare il diritto all'identità di genere.”⁶²⁸.

Inoltre, l'art. 4, in materia di procedimento di cambiamento dell'identità di genere, attribuisce ad ogni cittadino maltese il diritto di chiedere, tramite atto pubblico dichiarativo, al Direttore del Registro Pubblico la modifica del genere registrato in femminile, maschile o non binario e/o del nome. È richiesto che l'atto pubblico dichiarativo includa una copia dell'atto di nascita del richiedente, una dichiarazione chiara, inequivocabile e informata del richiedente in cui si afferma che la propria identità di genere non corrisponde al sesso assegnato alla nascita, la specifica del genere richiesto, il nuovo nome con cui si desidera essere registrati e un elenco di tutti gli atti di stato civile in cui il richiedente appare registrato; oltre che tutti gli elementi prescritti dalla legge sulla professione notarile e gli archivi notarili. In aggiunta, è sancito il divieto, per il notaio, di richiedere una valutazione psichiatrica, psicologica o medica per la stesura dell'atto dichiarativo⁶²⁹.

Si prevede altresì che in caso di genere non binario l'indicatore sarà la lettera X e che, entro 15 giorni, il Direttore annota la modifica nell'atto di nascita.

Ulteriormente, è prevista la possibilità di richiedere la modifica del genere e del nome del minore, previa richiesta dei titolari della responsabilità genitoriale e su consenso del tribunale che considererà preminente l'interesse del minore e terrà conto dell'opinione del minore in base all'età e alla maturità; mentre i minori maggiori di anni sedici possono dichiarare il proprio genere secondo la procedura ordinaria⁶³⁰.

Inoltre, l'art. 13 della normativa in analisi sancisce il divieto di discriminazione e la promozione dell'uguaglianza, prevedendo che tutte le norme, regolamenti e procedure debbano rispettare il diritto all'identità di genere e che tutte le norme debbano essere interpretate in modo da favorire l'accesso a questo diritto.

⁶²⁸ Trad. it. dell'A., Art. 3, co.4, Chapter 540, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. Disponibile online:
<https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>

⁶²⁹ Art.5, Chapter 540, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. Disponibile online:
<https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>

⁶³⁰ Trad. it. dell'A., Art. 7, Chapter 540, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. Disponibile online:
<https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>

È altresì previsto che “il servizio pubblico ha il dovere di garantire che la discriminazione e le molestie basate sull'orientamento sessuale, identità di genere, espressione di genere e caratteristiche sessuali siano eliminate e che i servizi pubblici promuovano l'uguaglianza di opportunità per tutti”⁶³¹.

È significativo anche l'art. 15, in quanto il primo comma riconosce il diritto delle persone che richiedono supporto psicologico o interventi medici relativi al sesso o al genere a ricevere un'assistenza specializzata, sensibile e personalizzata.

Il supporto è configurato come diritto e non come presupposto obbligatorio per il riconoscimento giuridico dell'identità di genere, in coerenza con il principio di autodeterminazione.

Di particolare rilievo è il secondo comma, che dichiara nulla e priva di effetti qualsiasi classificazione che patologizzi orientamento sessuale, identità o espressione di genere, anche se contenuta nell'International Classification of Diseases (ICD). La disposizione assume una portata fortemente innovativa, soprattutto considerando che al momento dell'adozione della legge (2015), l'ICD includeva ancora categorie diagnostiche riferite all'identità di genere. Il legislatore maltese anticipa così il processo di depatologizzazione che sarà formalizzato solo con l'ICD-11 del 2019.

Il terzo comma, infine, chiarisce che la rimozione della dimensione patologica non può incidere negativamente sull'accesso ai servizi sanitari. La norma realizza dunque un equilibrio tra depatologizzazione e tutela del diritto alla salute, collocando al centro del sistema la dignità e l'autonomia della persona.

In conclusione, il modello maltese si colloca tra gli assetti normativi più avanzati a livello europeo, in quanto realizza in modo coerente la piena de-medicalizzazione nel percorso di rettificazione anagrafica. Non solo, la normativa in analisi appare particolarmente rilevante in quanto fornisce anche un importante impianto definitorio dei concetti caratteristiche sessuali, identità di genere, espressione di genere, genere non binario e genere sentito, che divengono categorie

⁶³¹ Trad. it. dell'A., Art. 13, co.2, Chapter 540, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act. Disponibile online: <https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>

giuridiche autonome e non meri rinvii al sapere medico. In tal modo, la GIGESC Act non si limita a disciplinare una procedura di modifica dei dati di stato civile, ma contribuisce a ridefinire il lessico giuridico della soggettività di genere, ponendosi come termine di paragone privilegiato per gli ordinamenti ancora ancorati a modelli patologizzanti.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il percorso svolto in questa tesi prende le mosse da una constatazione semplice ma non banale: la prova testimoniale, che pur costituisce il fulcro del processo penale, è uno strumento chiaramente esposto a limiti e distorsioni, che derivano non solo dai meccanismi percettivi e mnemonici, ma anche dalle condizioni soggettive e dal contesto relazionale in cui il dichiarante si trova ad operare.

La centralità riconosciuta, a livello sovranazionale e interno, alla categoria della persona particolarmente vulnerabile, rappresenta il tentativo del legislatore di farsi carico di questa fragilità, introducendo cautele procedurali specifiche e forme di tutela rafforzata.

La presente analisi, che tenta di enucleare la fragilità e la vulnerabilità del testimone transgender *transgender* si è rivelata un osservatorio privilegiato per misurare la capacità del sistema processuale di dare attuazione effettiva al principio di non discriminazione e alla tutela della dignità della persona. L'analisi svolta ha mostrato come la vulnerabilità della persona *transgender* non sia riconducibile a una mera fragilità individuale, bensì a un intreccio strutturale tra stigma sociale, carenze di riconoscimento giuridico e prassi istituzionali che spesso faticano a rispettare l'identità di genere del soggetto.

L'esame del sistema italiano ha evidenziato molteplici progressi compiuti—con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte costituzionale in tema di rettificazione anagrafica del sesso—nonostante siano ancora presenti ambivalenze provenienti da un sistema ancora ancorato, in molti ambiti—si pensi al sistema penitenziario—, al criterio del sesso biologico.

Ne deriva quindi un rischio più elevato, per le persone *transgender*, di vittimizzazione secondaria oltre che di difficoltà di accesso pieno alla tutela penale.

Sul versante processuale, la ricostruzione della disciplina del testimone vulnerabile e degli strumenti di tutela (modalità protette di esame, riduzione delle audizioni, divieto di domande suggestive o umilianti, prevenzione della vittimizzazione secondaria); ha permesso di collocare la persona *transgender* all'interno di una categoria che, pur non essendo nominata espressamente dall'art.

90-*quater* C.p.p., ne soddisfa in modo evidente i requisiti applicativi, soprattutto nei procedimenti per reati di violenza di genere, di odio o a sfondo transfobico. In tali ipotesi, la protezione rafforzata non dovrebbe rappresentare un'eccezione, ma la regola interpretativa.

Il confronto con ordinamenti stranieri ha mostrato come sia possibile delineare assetti maggiormente improntati al principio di autodeterminazione, in quanto dall'analisi del sistema spagnolo, tedesco e maltese emerge una linea direttrice comune: spostare l'asse dal controllo medico-giudiziario alla responsabilizzazione del soggetto e alla tutela della sua autodeterminazione.

Da tali esperienze comparative emergono alcune possibili direttrici per il nostro ordinamento. In primo luogo, sarebbe opportuno un esplicito riconoscimento, nell'art. 90-*quater* C.p.p., dell'identità di genere tra i fattori rilevanti ai fini della valutazione della particolare vulnerabilità, così da rendere più chiaro l'obbligo per il giudice di considerare la condizione *transgender* nel modulare le modalità di assunzione della prova. In secondo luogo, appare necessario elaborare linee guida – anche a livello di prassi giudiziaria e di formazione degli operatori – sull'esame della persona *transgender*, che tengano conto dei rischi di *outing* indesiderato, di *misgendering* e di delegittimazione simbolica dell'identità, prevedendo sistematicamente il ricorso alle modalità protette nei casi più delicati.

Infine, l'appendice dedicata alla l. 2 dicembre 2025, n. 181 ha mostrato come il legislatore sia ormai disposto a riconoscere forme di tutela rafforzata legate a specifiche identità – nel caso di specie, la donna in quanto tale – e a intervenire sia sul versante sostanziale, con l'introduzione del delitto di femminicidio, sia su quello processuale, con nuove garanzie volte a prevenire la vittimizzazione secondaria. Questo intervento, pur rivolto a un fenomeno ben definito, sollecita una riflessione più ampia sulla coerenza del sistema rispetto alle ulteriori forme di violenza fondate sull'odio e sulla discriminazione, comprese quelle a matrice omotransfobica. In questa prospettiva, la condizione della persona *transgender* nel processo penale rappresenta un banco di prova della capacità dell'ordinamento di riconoscere e proteggere le soggettività vulnerabili senza tradire, ma anzi

valorizzando, i principi di eguaglianza e di dignità che ne costituiscono il fondamento.

In conclusione, la sfida che emerge da questo lavoro è esattamente questa: fare in modo che la vulnerabilità della persona *transgender* non diventi ostacolo alla giustizia, ma criterio per ripensare, in chiave più umana e inclusiva, le forme stesse del processo e della pena.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ABBAGNANO N., *Verità*, in *Dizionario di filosofia*, 3^a ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino, 2001.
- ALGERI L., *Il testimone vulnerabile*, Milano, 2017.
- BALSAMO A., MATTARELLA A., TARTAGLIA R., *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Milano, 2020.
- BARGIS M., BELLUTA H., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017.
- BARGIS M., CERESA GASTALDO M., CONSO G., GREVI V., *Compendio di procedura penale*, Milano o Padova, 2025.
- BARTOLI R., PELLISSERO M., SEMINARA S., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2020, Milano.
- BARTOLINI F., *La circolazione del sesso della persona: attribuzione, rettificazione, scelte di autonomia*, in *Accademia. Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani*, n. 6, 2024.
- BATINI F., *Comprendere la differenza. Verso una pedagogia dell'identità sessuale*, Roma, 2011.
- BATINI F., *Comprendere la differenza. Verso una pedagogia dell'identità sessuale*, Roma, 2011.
- BELLANTONI G., *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Milano, 2017.
- BENTHAM J., *A Treatise on Judicial Evidence*, London, 1825.
- BERTINI A., *Nota a Corte Cost., sentenza n. 143 del 2024: il riconoscimento delle identità non binarie secondo la Corte Costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 2/2025, 1 aprile 2025.
- BESSONE B., LANO L., *Identità di genere non binarie e diritti costituzionali: Italia, Belgio e Germania a confronto*, in N. Posteraro, B. Liberali (a cura di) *Sul non binarismo di genere e sull'autorizzazione giudiziale a effettuare gli interventi chirurgici di affermazione di genere. La sentenza della Corte costituzionale N. 143 del 2024*, Napoli, 2025.

- BRONZO P., *Codice di Procedura Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina* in G. LATTANZI, E. LUPO, (a cura di), Volume 1, Milano, 2017.
- BRUNELLI L., *Tutela della vulnerabilità delle persone offese*, in *Ars Iuris*, 18 dicembre 2019.
- BUSONI M., *Genere, sesso, cultura*, Roma, 2000.
- CAGOSSI M., *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, 19 gennaio 2016.
- CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955.
- CALLARI F., *L'assunzione della testimonianza sulla scena del processo penale: individuazione dei ruoli, tra giudice e parti, nella conduzione dell'esame dibattimentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, vol. 56, n. 4, pp. 1822-1862.
- CAMERINI G. B., *Ruolo dell'esperto in tema di perizia sull'idoneità a rendere testimonianza: ambiti di valutazione e criticità*, in *Giornale italiano di psicologia*, fascicolo 1, 2022, pp.177-183.
- CAPPUCCIO D., *La vittima del reato (Parte Prima)*, in *Diritto e Formazione*, 2003 n.3.
- CARENA C., *Tractatus de Officio SS. Inquisitionis*, 135.
- CARLIZZI G., *Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale*, in *Discrimen*.
- CATELANI A., *Norma giuridica e dato sociale*, in *Pensare il Diritto*, 26 gennaio 2018.
- CATERINA E., *Il Bundestag approva la legge sulla autodeterminazione in relazione alla registrazione anagrafica del sesso*, 17 aprile 2024
- CAVALLARI V., *Incapacità e incompatibilità a testimoniare*, in AA.VV., *La testimonianza nel processo penale.*, Milano, 1974.
- CAVEDON A., CALZOLARI M. G., *Come si esamina un testimone*, Milano, 2005.
- CICERONE, Rep. I, 38, 59.
- CISTERNA A., *Femminicidio, norma manifesto sull'intangibilità fisica e morale*, in *Guida al diritto* n.48/2025.

- COHEN-KETTENIS P. T., PFÄFFLIN F., *Transgenderism and intersexuality in childhood and adolescence: making choices*, Sage Publications, 2003; J. D. LICHTENBERG, *Psicoanalisi e sistemi motivazionali*, Milano, 1989.
- COOPER, K., SMITH, L. G. E., & RUSSELL, A. J., *Gender identity in autism: Sex differences in social affiliation with gender groups*. Journal of Autism and Developmental Disorders, 2018, 48(12).
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2010.
- CORDERO F., *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981.
- CRAPANZANO A., CARPINIELLO B., PINNA F., *Approccio alla persona con disforia di genere: dal modello psichiatrico italiano al modello emergente basato sul consenso informato*, in *Rivista di Psichiatria*, 2021.
- D'AMICO M., *I diritti dei "diversi". Saggio sull'omosessualità*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2021.
- DEUTERONOMIUM 19,15.
- DI BITONTO M.L., in AA.VV. *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2025.
- DI MARTINO C., *Voce Prova testimoniale* (dir. proc. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, XXV ed., Roma, 1991, 3.
- DI MARZIO P., *Esiste una tutela della vittima nel processo italiano?*, in *Diritto e Religioni*, semestrale Anno VI- n. 2-2011 luglio-dicembre.
- DI MUZIO F., *La testimonianza della vittima "vulnerabile" nel sistema delle garanzie processuali*, in *Giurisprudenza penale*, 25 aprile 2015.
- DOMINIONI O., *I mezzi di prova* in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Torino, 2024.
- DOSI E., *Limiti soggettivi in tema di prova testimoniale*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, I, Milano, 1965.
- EKINS R., KING D., *The Transgender phenomenon*, Sage, London, 2006; E.A. RILEY, T. WONG, G. SITHARTHAN, *Counselling support for the forgotten transgender community*, in *Journal of gay and lesbian Social Services*, 23(3), 2011.
- FADALTI L., *La testimonianza nel giudizio penale*, Milano, 2008.
- FALCONE G., *Cose di cosa nostra*, Milano, 1991.
- FARINON L., *Testimoni e collaboratori di giustizia: una panoramica*.
- FERRAJOLI L. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.*, Roma-Bari, 2000.

FERRARO L., *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*.

FEYLES M., *La memoria: un testimone non attendibile?*.

FILIPPI L., *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016.

FORTUNA E., DRAGONE S., FASSONE E., GIUSTOZZI R., *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007.

FORZA A., *Memoria, amnesia infantile e contributi delle neuroscienze*, in AA.VV., *Testimoni e testimonianze deboli*, (a cura di) L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2006.

GABRIELLI C., *La memoria suggestionabile del testimone minorenne: evitare i falsi ricordi per ricostruire la verità processuale*, Milano, 2020.

GALANTINI N., *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in *Sistema Penale*.

GAMBATESA P., *Il peso delle parole nelle sentenze: note a margine di una importante pronuncia della Corte EDU in tema di vittimizzazione secondaria (J.L. c. Italia, ricorso n. 5671/16)*, 5 aprile 2022.

GARUTI G., *Il giudizio ordinario* in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Torino, 2024.

GATTI D., STOCKNER M., ALLEGRI E., MAZZONI G., *Memoria e testimonianza: tra psicologia e prassi forense*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2022.

GIARDA, Sub. art. 195-196 e 199-201, in *Comm. Giarda*, 5, secondo il quale "si è adottato un criterio di inutilizzabilità delle dichiarazioni testimoniali, non un criterio di inammissibilità della testimonianza".

GIULIANI G., *Utilizzabilità e valutazione delle dichiarazioni de relato tra principio di oralità e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc.*, 1995.

GOISIS L., *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.1, 2013.

GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

GUARINI C.P., *Maschio e femmina li creò» ... o, forse, no. La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in Federalismi.it, 2018.

GUIB., *Practica officii inquisitionis*, 137-138. *L'instructio probatoria ius canonicum* / VOL. 58 / 2018.

GULLOTTA ed altri, *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987.

HAVARD C., *The own-race bias in eyewitness identification*, in HERC Blog, The Open University.

IMPERATO I., *Lo statuto giuridico della vittima del reato*, Scuola superiore di magistratura.

LA FARINA C., *Alcune osservazioni riguardo alla legge sul mutamento di sesso*, in Rivista italiana di medicina legale, 1983.

LAWRENCE F. M., *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

LAZZERI F., *In G.U. la l. 2 dicembre 2025, n.181 (C.d. legge sul femminicidio): una panoramica dei profili penalistici sostanziali e processuali*, 3 dicembre 2025.

LEV A.I., *Disordering gender identity: gender identity disorder in the DSM-IV TR*, in The Journal of Psychology of Human Sexuality, 17(3-4), 2005.

LLOVERAS FERRER M. R., *Una ley civil para la transexualidad*, in In Dret, n. 1, 2008.

LORBER J., *L'invenzione dei sessi*, Milano, 1994.

LORUSSO S., *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in Dir. pen. proc., 2013.

MAFFEO V., *L'esame incrociato tra norme e prassi*, Padova, 2012.

MALINVERNI A., *La riforma del processo penale*, Torino, 1970.

MANTOVANI V. M., *Commento alla l. 14 aprile 1982, n. 164*, in Nuova giur. civ. comm., 1985, II.

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1967.

MARTINA L.P., *La prospettiva di genere. Un processo di normativizzazione politica mondiale*, Roma, 2017,

MASTROBUONI T., *Germania, le due leggi del governo su cittadinanza e transgender per riguadagnare popolarità*, 23 agosto 2023.

MATSUNO E., BUDGE S.L., *Non-binary/Genderqueer Identities: a Critical Review of the Literature*, 2017. Current Sexual Health Reports.

MAZZA O., *I mezzi di prova* in AA. VV., *Manuale di procedura penale*, Torino, 2024.

MAZZONI G., *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria.*, Bologna, 2003.

MC DONALD W.F., *Criminal justice and the victim*, Beverly Hills, 1976.

MEYER-BAHLBURG H.F.L., *From mental disorder to iatrogenic hypogonadism: dilemmas in conceptualizing gender identity variants as psychiatric conditions*, in Archives of Sexual Behavior, 39, 2010.

MEZZANOTTE P., *Identità di genere non binaria e altre questioni in una recente pronuncia della Corte costituzionale*, in Nomos.

MIGEON, C., J., WISNIEWSKI, A., B., GEARHART, J., P., MEYER-BAHLBURG, H., F., L., ROCK, J., A., BROWN, T., R., CASELLA, S., J., MARET, A., MING NGAI, MONEY, J., & BERKOVITZ, G., D. (2002). *Ambiguous Genitalia With Perineoscrotal Hypospadias in 46, XY individuals: Long-Term Medical, Surgical, and Psycho sexual Outcome. Pediatrics*, 110(3), 31.

MIRINO P., *Weapon focus effect e affidabilità del testimone oculare*, 19 febbraio 2022.

MONEY J., EHRHARDT A., *Man & Woman, Boy & Girl: The Differentiation and Dimorphism of Gender Identity from Conception to Maturity*, Baltimora, 1972.

MOSCONI M., *Sviluppo e problematiche dell'identità di genere*, Giornale Storico, 2013.

NARDINOCCHI C., *Giornata omotransfobia: guida tra orientamenti sessuali e identità di genere*, La Repubblica, 17 maggio 2024.

NASCOSI A., *Profili processuali del procedimento di attribuzione di sesso in Italia e in Francia*, in Genius, online first 2023.

NOBILI M., *Il principio del libero convincimento*, Milano, 1974.

NOCCO A., *La rettificazione di attribuzione di sesso tra Corte costituzionale n. 221/2015 e fonti sovranazionali*, in Questione giustizia, 30 novembre 2015.

PADOA SCHIOPPA A., *La giuria penale in Francia. Dai "Philosophes" alla Costituente*, Milano, 1994.

- PAGLIARO A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in Riv. it. dir. pen. proc., 2010.
- PARIGIANI R., *Germania: l'autodeterminazione di genere finalmente diventa legge*, 8 novembre 2024
- PASCUCCIN., *La testimonianza della persona offesa minorenne: dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano.*, Torino, 2020.
- PEZZINI B., *Del sesso, del genere e del "mestiere di vivere": cosa c'è di nuovo nella questione dello scioglimento automatico del matrimonio della persona transessuale che ha ottenuto la rettificazione dell'attribuzione di sesso (a proposito delle modifiche alla legge sul transessualismo attraverso la semplificazione dei riti processuali)*, in Studi in onore di Claudio Rossano v. 2, Jovene editore, 2013.
- PLATONE, *Il Convivio*, in *Dialoghi di Platone*, a cura di Turolla, Milano, 1953.
- PLATONE, *Simposio*, 189e-190a.
- PRINCE V., *Charles to Virginia: sex research as a personal experience*, in V.L. BULLOUGH (a cura di), *The Frontiers of Sex Research*, Prometheus Books, Buffalo, NY, 1979.
- QUINTILIANO, *Inst.* V, 7,33-34
- RAFARACI T., *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, (a cura di) CANZIO G., RAFARACI T., RECCHIONE S., in *Criminalia*, 2010.
- RECCHIONE S., *La testimonianza "debole" della vittima nel processo penale*, relazione al convegno "I reati con vittima vulnerabile: indagini e giudizio", Roma, 31 gennaio–2 febbraio 2011.
- RICCIOLI A., *Gender Recognition in Spain: Ley 4/2023 on the LGBTIQ+ people's rights. A comparative overview.*, 3 luglio 2023.
- RIVERA I., *La rettificazione anagrafica del sesso e l'intervento medico-chirurgico tra istanza personale e certezza sociale*, in *Articolo29*, 10 gennaio 2017.
- RIVERA I., *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015.*, in *Consulta Online*, 1/2016.
- RODRIGUEZ D., MARCHESE V., *Identità di genere. Ecco perché la sentenza della Cassazione è un'assoluta novità.*, 25 Luglio 2015.
- ROMANELLI B., *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale.*, 2019.

ROMANO M., *Indietro non si torna: Il lungo cammino dei diritti civili delle persone LGBT+ in Italia. Una storia personale, una battaglia politica.*, Milano, 2023.

ROOKES P., WILLSON J., *La percezione.*, Bologna, 2002.

ROVACCHI M., *È ammessa la rettificazione di attribuzione di sesso anche in assenza di intervento medico-chirurgico. Nota a Trib. Messina.*, 4 novembre 2014, n. 2649.

RUPPINI E., *Le identità di genere*, Roma, 2004.

SARTORI G., *L'effetto Arma*, in *La Memoria del Testimone – Dati scientifici utili a Magistrati ed Avvocati*.

SCHUSTER A., *La rettificazione di sesso: criticità persistenti.*, 2017.

SPANGHER G., *La pratica del processo penale.*, Padova, 2014.

SPECIALE S., *In Germania con la nuova legge 10 mila euro di multa se riveli il sesso della persona.*, 1 agosto 2024

STANZIONE P., *Transessualità.*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1992.

STANZIONE, *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82.*, in *Dir. fam.*, 2009.

STOLLER R., *La storia di Miss Belle.*, Roma, 1979.

STOLLER R., *The Transsexual Experiment.*, London, Hogarth Press, 1975.

SULPIZI G., *Il diritto ad essere diversi: oltre il binarismo nella rettificazione di sesso?* in *Genius*, prima pubblicazione online, 9 gennaio 2025.

TAMMARO C., *L'instructio probatoria nel processo penale medievale: osservazioni canoniche sull'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova nei secoli XIII e XIV*, in "Ius Canonicum", 12/2018, vol. 58, fasc. 116, pp. 781–809.

THOMSON D.M., *Eyewitness testimony and identification tests*, in BREWER N., WILSON C., *Psychology and Policing*, LAWRENCE ERLBAUM ASSOCIATES, HILLSDALE, New Jersey, 1995.

TONINI P., CONTI C., CANZIO G., *Il diritto delle prove penali nel sistema accusatorio contemporaneo*, Milano, 2025.

TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012.

TONINI P., CONTI C., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2024.

TONINI P., *Lineamenti di diritto processuale penale*, 2020, Milano.

- TRIBISONNA F., *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale: il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età.*, Padova: 2017.
- TURBERVILLE A. S., *Medieval Heresy*, 2015.
- URIZZI S., *Il potere delle parole nelle sentenze: tra giudizio e pregiudizio.*, in *Giurisprudenza penale*, 2022.
- VENTURELLI A., «Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso», in *Persona e Mercato*, 2 (2021).
- VISCONTI A.C., *Oltre la "logica binaria" ... L'identità di genere tra vecchie e nuove prospettive*, in *Federalismi.it*, 2023.
- VITELLI R., FAZZARI P., VALERIO P., *Le varianti di genere e la loro iscrizione nell'orizzonte del sapere medico-scientifico: la varianza di genere è un disturbo mentale? Ma cos'è, poi, un disturbo mentale?* in F. CORBISIERO (a cura di), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano, 2013.
- WINKLER M., *Rettificazione anagrafica di sesso e assenza di intervento chirurgico: a Messina si può.*, Altalex, 4 marzo 2015.
- WINNICOTT D., *La creatività e le sue origini.*, in *Gioco e realtà*, Roma, 1974.
- ZARCONI C., *La vittima: quale spazio nel processo penale.*
- ZITO E., VALERIO P., *Le identità sessuali tra discorso clinico e discorso sociale*, in R. VITELLI, P. VALERIO (a cura di), *Sesso e genere: uno sguardo tra storia e nuove prospettive.*, Napoli, 2012.
- ZUCKER K.J., COHEN-KETTENIS P.T., DRESCHER H., MEYER-BAHLBURG H.F.L., PFÄFFLIN F., WOMACK W.M., *Memo Outlining Evidence for Change for Gender Identity Disorder in the DSM-5*, in *Archives for Sexual Behaviour*, 42, 2013.

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione

Cass., 20 febbraio 2020, n. 12982.
Cass., 2008 n. 14623
Cass., 18 settembre 2015, n. 47033.
Cass., 24 giugno 2010, n. 28731.
Cass., 17 dicembre 2010, n. 2585.
Cass., 18 ottobre 2018, n. 8069.
Cass., 17 gennaio 2014, n. 5031.
Cass., 27 ottobre 2011, n. 46828.
Cass., 10 gennaio 2007, n. 8661.
Cass., 23 maggio 2007, n. 35224.
Cass., 5 ottobre 2006, n. 41282.
Cass., 6 luglio 2006, n. 35233.
Cass., 11 febbraio 2015, n. 12027.
Cass., 8 gennaio 2015, n. 17115.
Cass., 18 dicembre 2013, n. 7510.
Cass., 10 dicembre 2013, n. 10485.
Cass., 4 dicembre 2012, n. 3258.
Cass., 13 novembre 2003, n. 3348.
Cass., 3 giugno 2004, n. 33162.
Cass., 21 giugno 2005, n. 30422
Cass., 27 aprile 2006, n. 34110.
Cass., 5 dicembre 2018, n. 58273.
Cass., 27 ottobre 2016, n. 45403.
Cass., 20 gennaio 2021, n. 2388.
Cass., 25 giugno 2019, n. 42568.
Cass., 18 gennaio 2012, n. 7373.
Cass., 2002, n. 1048.
Cass., 22 ottobre 2014, n. 4672.
Cass., 16 maggio 2013, n. 13387.

Cass., 16 settembre 2019, n. 49993
Cass., 11 settembre 2019 n. 48957.
Cass., 9 novembre 2014 n. 45931
Cass., 30 gennaio 2008 n. 4721.
Cass., 20 luglio 2015, n. 15138.
Cass., 15 aprile 2015, n. 21627.
Cass., 12 dicembre 2007, n. 4271.
Cass., 9 maggio 2019 n. 36413
Cass., 11 maggio 2011, n. 25712
Cass., 28 ottobre 2009, n. 9157.
Cass., 6 febbraio 2020 n. 15331.
Cass., 3 ottobre 2017, n. 52435.
Cass., 5 febbraio 2008, n. 7922.
Cass., 6 maggio 2008, n. 32851.
Cass., 17 luglio 2008 n. 38271.
Cass., 30 gennaio 2013, n. 28247.
Cass., 9 ottobre 2014, n. 45931
Cass. Sez. un., 16 marzo 2016, n. 10959.
Cass. Sez. un. 21 aprile 1979, n. 142254;
Cass. Sez. un. 25 ottobre 2007, n. 237855

Primo grado

Trib. Roma, 18 luglio 2014, n.345525.
Trib. Vercelli, 12 dicembre 2004, n. 159.
Tribunale di Potenza, 20 febbraio 2015, n. 157.
Trib. Messina, 4 novembre 2014, n. 2649.
Trib. Di Siena, 12 giugno 2013, inedita.
Trib. Di Roma 22 marzo 2011, inedita.

Corti d'appello

Corte d'Appello di Bologna, 22 febbraio 2013, n. 29.
Corte d'Appello di Firenze, 4 marzo 2015, n.858.

Corte costituzionale

Corte cost., 23 luglio 2024, n.143.

Corte cost., 21 febbraio 2007, n.67.

Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161.

Corte cost., 21 ottobre 2015, n. 221

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte europea dei diritti dell'uomo, *YY c. Turchia*, sentenza 10 marzo 2015.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, J.L. c. Italia, ricorso n. 5671/16, sentenza 27 maggio 2021.

Corte di giustizia dell'unione europea

Corte di giustizia dell'Unione europea, 30.4.1996, causa C-13/94, P. c. S. e Cornwall County Council, in Racc. 1996, I-2143.

Corte di giustizia dell'Unione europea, 27.4.2006, causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, in Racc. 2006, I-3585.

Giurisprudenza straniera

Tribunal Constitucional *Sentencia 99/2019, de 18 de julio*.

Bundesverfassungsgericht, 10 ottobre 2017, 1 BvR 2019/16.

RIFERIMENTI NORMATIVI

- CEDU
- Codice civile.
- Codice di procedura penale.
- Codice penale.
- Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, 25 ottobre 2007.
- Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011.
- Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.
- Costituzione.
- DDL Zan.
- Direttiva 2012/29/UE, 25 ottobre 2012.
- Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act, Cap. 540, Laws of Malta.
- *Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag, SBGG*, 1 novembre 2024.
- L. n. 164/82.
- L. n. 181/2025
- Ley n. 3/2007.
- Ley n.4/2023.
- Recommendation Rec (2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims.
- Relazione del Ministero dell'Interno sulle misure di protezione, sulla loro efficacia e sulle modalità generali di applicazione per i collaboratori di giustizia, presentata al Parlamento il 28 ottobre 2019.
- Transsexuellengesetz (TSG), n. 1654 del 1980.

SITOGRAFIA

<https://www.testimonianzapenale.com/lista-argomenti/leffetto-arma>

[pierandreamirino.com](https://www.pierandreamirino.com).

<https://university.open.ac.uk/research-centres/herc/blog/own-race-bias-eyewitness-identification>

<https://lircocervo.it/?p=999&page=4>

<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/galandini-cassazione-15331-2020-divieto-domande-suggestive-nocive>

<https://www.pensareildiritto.it/wp-content/uploads/2018/01/Norma-giuridica-e-dato-sociale.pdf>

https://www.repubblica.it/cronaca/2024/05/17/news/orientamenti_sessuali_identita_genere_definizioni_vocabolario-422867733/

<https://centrostudipsicologiaeletteratura.org/wp-content/uploads/2013/12/Maddalena-Mosconi-Sviluppo-e-problematiche-dellidentita-C3%A0-di-genere.pdf>

<https://www.articolo29.it/2017/la-rettificazione-anagrafica-del-sesso-e-lintervento-medico-chirurgico-tra-istanza-personale-e-certezza-sociale/>

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Venturelli.pdf>

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29215_2015_221.pdf

<http://www.portalenazionalelgbt.it/bancadeidati/schede/legge-14-aprile-1982-n-164.html>

https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-rettificazione-di-attribuzione-di-sesso-tra-corte- costituzionale-n_2212015-e-fonti-sovrnazionali_30-11-2015.php

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/29215_2015_221.pdf

<https://www.altalex.com/documents/news/2015/03/04/rettificazione-anagrafica-di-sesso-e-assenza-di-intervento-chirurgico-a-messina-si-puo>

https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=30154

https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2025_2_07_Bertini.pdf

<https://www.unicost.eu/tutela-della-vulnerabilita-delle-persone-offese/>

<https://www.istat.it/it/files/2017/11/ISTANBUL-Convenzione-Consiglio-Europa.pdf>

<https://rm.coe.int/16809f545d>

<https://www.scuolamagistratura.it/documents/20126/225e8a48-b0c2-0c0b-5b30-66ee513749d1>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32012L0029>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:32012L0029>

<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4416-nuove-prospettive-per-le-vittime-di-reato-nel-procedimento-penale-italiano>

https://www.questionegiustizia.it/data/doc/1104/vittime_di_reato-articolo-chiarazarcone.pdf

<https://www.senato.it/leg/18/BGT/Testi/Allegati/00000366.pdf>

https://canestrinilex.com/risorse/i-reati-con-vittima-vulnerabile-indagini-e-giudizio#_ftn20

https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/01/Urizzi_gp_2022_1.pdf

https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2022_2_12_Gambatesa.pdf

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU339116

https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2022_2_12_Gambatesa.pdf

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU339116

https://s3www.savethechildren.it/public/files/Convenzione_UNU_Diritti_Infanzia_e_Adolescenza.pdf

<https://www.diritto.it/testimoni-e-collaboratori-di-giustizia-panoramica/>

<https://www.rapportoantigone.it/ventunesimo-rapporto-sulle-condizioni-di>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>.

https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-giudice-nel-procedimento-di-rettificazione-del-sesso_una-funzione-ormai-superata-o-ancora-attuale__363.php

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5366>

<https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17513542/legge-22-febbraio-2023-n-4-proyecto-de-ley-para-la-igualdad.html>

<https://euwonder.jus.unipi.it/2023/07/03/gender-recognition-in-spain-ley-4-2023-on-the-lgbtq-peoples-rights-a-comparative-overview/>

<https://berlinomagazine.com/2024-in-germania-con-la-nuova-legge-10-mila-euro-di-multa-se-riveli-il-sesso-della-persona/>

https://www.repubblica.it/esteri/2023/08/23/news/germania_leggi_cittadinanza_riconoscimento_transgender-412057241/

<https://www.studiolegaleparigiani.it/germania-lautodeterminazione-di-genere-finalmente-diventa-legge/>

[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Germania%20-%20II%20Bundestag%20approva%20la%20legge%20sulla%20autodeterminazione%20in%20relazione%20alla%20registrazione%20anagrafica%20del%20sesso.p](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Germania%20-%20II%20Bundestag%20approva%20la%20legge%20sulla%20autodeterminazione%20in%20relazione%20alla%20registrazione%20anagrafica%20del%20sesso.pdf)

[df](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Germania%20-%20II%20Bundestag%20approva%20la%20legge%20sulla%20autodeterminazione%20in%20relazione%20alla%20registrazione%20anagrafica%20del%20sesso.pdf)

<https://legislation.mt/eli/cap/540/eng/pdf>

<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/legge-femminicidio-gazzetta-ufficiale-novita-diritto-penale-sostanziale-processuale?out=print>

APPENDICE 1- L. 2 DICEMBRE 2025, N. 181.

La l. n. 181 del 2 dicembre 2025, rubricata “Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime”, è di fondamentale importanza ai fini della presente analisi, in quanto introduce il nuovo reato di femminicidio con l’art. 577-*bis*⁶³² del C.p., rubricato *Femminicidio* in cui è previsto che chiunque si macchi del reato di femminicidio, cagionando “la morte di una *donna* quando il fatto è commesso come *atto di odio* o di *discriminazione* o di *prevaricazione* o come *atto di controllo* o *possesso* o *dominio in quanto donna*, o in relazione al *rifiuto* della donna di *instaurare* o *mantenere* un rapporto *affettivo* o come atto di *limitazione delle sue libertà individuali* è punito con la pena dell'ergastolo”⁶³³.

La legge in analisi interviene quindi dal punto di vista sostanziale, prevedendo il reato di femminicidio come uno dei più severamente sanzionati. Il delitto di femminicidio si propone di “tutelare la vita della donna in sé; quale soggetto esposto, con troppa e intollerabile frequenza, alla violenza degli uomini, alla loro incontrollabile ferocia, al loro esasperato accanimento”⁶³⁴. Inoltre, la norma con “quel «chiunque»”⁶³⁵ con cui esordisce “include anche l’azione omicidiaria, anzi femminicidiaria, di una donna verso un’altra donna e le ragioni che prevedono l’irrogazione dell’ergastolo possono anche includere la violenza orizzontale tra appartenenti al medesimo genere quando l’assassinio sia qualificabile «come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come

⁶³² Art. 577-*bis* C.p. “Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali è punito con la pena dell'ergastolo. Fuori dei casi di cui al primo periodo si applica l'articolo 575.

Si applicano le circostanze aggravanti di cui agli articoli 576 e 577.

Quando ricorre una sola circostanza attenuante ovvero quando una circostanza attenuante concorre con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e la prima è ritenuta prevalente, la pena non può essere inferiore ad anni ventiquattro.

Quando ricorrono più circostanze attenuanti, ovvero quando più circostanze attenuanti concorrono con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e le prime sono ritenute prevalenti, la pena non può essere inferiore ad anni quindici”.

⁶³³ Ibidem, corsivo aggiunto.

⁶³⁴ A. CISTERNA, *Femminicidio, norma manifesto sull'intangibilità fisica e morale*, in Guida al diritto n.48/2025, p.8.

⁶³⁵ Ibidem.

atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali» e questo può anche accadere nelle relazioni omosessuali”⁶³⁶; aiutandoci a “cogliere la latitudine della novità”⁶³⁷.

La legge n. 181 del 2025 non si limita ad introdurre il femminicidio dal punto di vista sostanziale, introducendo anche:

- a) nuove norme in materia di maltrattamenti in famiglia, estendendo il novero dei soggetti passivi;
- b) nuove circostanze aggravanti, qualora determinati reati contro la persona siano commessi con le medesime modalità di condotta stabilite per il reato di femminicidio;
- c) una relazione annuale che venga predisposta dal ministro della Giustizia sullo stato di applicazione delle norme in materia di femminicidio e di contrasto alla violenza nei confronti delle donne;
- d) innovazioni significative al Codice di procedura penale, modificando la competenza del tribunale in composizione monocratica, integrando le informazioni da dare alla persona offesa, modificando la durata delle intercettazioni, incidendo sulle misure cautelari, sul patteggiamento, sui diritti e facoltà degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, detta ulteriori regole per l’esame testimoniale (per mitigare la vittimizzazione secondaria);
- e) introduce forme di tutela degli orfani di femminicidio in caso di relazione affettiva;
- f) modifica le norme sull’esecuzione della pena nell’ordinamento penitenziario;
- g) incide sull’organizzazione dell’ufficio del pubblico ministero e sui poteri di revoca della titolarità dei procedimenti cosiddetto “codice rosso”;
- h) prevede campagne di sensibilizzazione per la prevenzione delle aggressioni di tipo sessuale attraverso l’uso di stupefacenti e Linee guida e raccomandazioni per contrastare il fenomeno in questione, in dilagante aumento tra minori.

⁶³⁶ Ibidem.

⁶³⁷ Ibidem.

Ai fini della presente trattazione, merita particolare attenzione il profilo procedurale delle innovazioni introdotte dalla norma.

La l. n. 181 del 2025, infatti, interviene in maniera particolarmente innovativa anche sul versante processuale, intervenendo direttamente sulla partecipazione della persona offesa e, quando depone, sulla sua posizione di *testimone*. In merito, occorre sottolineare come la normativa in analisi si proponga di affiancare alle innovazioni penali un pacchetto di garanzie procedurali, in modo da tutelare la vittima di particolari reati, connotati ad esempio da *violenza di genere* o domestica, in quanto in questi processi questa potrebbe, a causa del forte coinvolgimento emotivo, subire un'ulteriore vittimizzazione.

La norma esplicita, per l'appunto, una delle finalità che si propone di realizzare: aumentare le garanzie durante l'esame testimoniale e sulla gestione del procedimento in generale, in modo da evitare la *vittimizzazione secondaria*.

La disposizione in questione consiste nel nuovo comma 6-*bis* dell'art. 499 C.p.p. che, nel disciplinare le modalità dell'esame in contraddittorio dell'offeso, stabilisce un *divieto espresso* di domande e contestazioni lesive della dignità e del decoro "e ogni altra forma di *vittimizzazione secondaria*"⁶³⁸.

Per la prima volta appare, scritto nero su bianco dal legislatore, la locuzione *vittimizzazione secondaria*, di cui si è profusamente parlato nei capitoli precedenti.

A tal fine, si ricorda che con l'espressione *vittimizzazione secondaria* ci si riferisce al trauma e, in generale, agli effetti pregiudizievoli che la vittima, quando chiamata a deporre, può subire in virtù delle varie fasi del procedimento penale⁶³⁹.

Essa può derivare a causa di domande e contestazioni formulate in maniera particolarmente intrusiva della sfera privata o non strettamente necessarie ai fini del

⁶³⁸ Art. 499, co.6-*bis* C.p.p. "Quando si procede per i delitti previsti dall'articolo 362, comma 1-ter, il presidente assicura che le domande e le contestazioni siano effettuate in modo tale da evitare l'esposizione della persona offesa esaminata come testimone a lesioni della dignità e del decoro e a ogni altra forma di vittimizzazione secondaria"; corsivo aggiunto.

⁶³⁹ In merito, appare opportuno portare alla luce un importante caso di cronaca: il celebre "Processo Ciro Grillo". La vittima dello stupro di gruppo è stata sottoposta ad un interrogatorio estenuante, durato ben 35 ore durante le quali le sono state poste ben 1675 domande. La ragazza non è stata tutelata in quanto chiamata a rivivere l'orrore del fatto più e più volte, il che l'ha portata a piangere ben 18 volte, lasciandola esausta oltre che sotto shock. Questo è un chiaro esempio di una vittima che, chiamata a rivivere e raccontare più volte lo stupro di massa subito, è stata vittima non solo dello stupro ma anche del processo. Casi di questo genere rappresentano il fallimento del sistema processuale penale italiano nel tutelare le vittime in processi di particolare gravità.

processo, dalle difficoltà che possono accompagnare la necessità di ripercorrere e raccontare più volte il fatto; oltre che da situazioni di particolare stress provocate dal processo quali, ad esempio, la difficoltà e l'imbarazzo che possono accompagnare il racconto di elementi particolarmente intimi di fronte a molte persone, o dal disagio che può derivare dalla presenza dell'imputato durante il processo. Tutto ciò, porta la vittima ad esser *vittimizzata* per una seconda volta: la prima, a causa del reato, la seconda, a causa del trauma psicofisico provocatole dal processo, che si configura come un fattore di ulteriore stress e sofferenza.

In tale prospettiva, appare particolarmente significativa— e innovativa rispetto al passato— la previsione di specifiche garanzie volte ad evitare o quantomeno ridurre il fenomeno della vittimizzazione secondaria.

Si auspica che la norma in questione possa essere idonea ad evitare che si svolgano ulteriori processi in cui la vittima viene trattata come se fosse l'imputata, in cui è costretta a rivivere più e più volte il fatto traumatico o a fornire dettagli intimi e irrilevanti sulla sua vita privata.

Questa norma rappresenta un primo passo per evitare il ripetersi di processi in cui il procedimento stesso diventa uno strumento per *vittimizzare* e infliggere un'ulteriore *sofferenza* alla vittima.

La previsione “solo apparentemente di dettaglio”⁶⁴⁰ è invece “rivelatrice di profonde tensioni tra contrapposti interessi”⁶⁴¹.

Invero, la l. n. 181 del 2025, non rappresenta soltanto un intervento di natura sostanziale, bensì “la finalità che pare aver ispirato il legislatore è soprattutto quella di perseguire per via normativa uno scopo di orientamento culturale dei diversi attori del processo, la cui opportunità in materia di reati di genere, ben conosciuta a chi frequenta le aule di giustizia, è stata portata all'attenzione dell'opinione pubblica”⁶⁴².

⁶⁴⁰ F. LAZZERI, *In G.U. la l. 2 dicembre 2025, n.181 (C.d. legge sul femminicidio): una panoramica dei profili penalistici sostanziali e processuali*, 3 dicembre 2025. Disponibile online: <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/legge-femminicidio-gazzetta-ufficiale-novita-diritto-penale-sostanziale-processuale?out=print>

⁶⁴¹ Ibidem.

⁶⁴² F. LAZZERI, *op.cit.*

Invero, la l. n. 181/2025, rappresenta un passaggio significativo sul piano assiologico in quanto, per la prima volta il legislatore individua, quale destinatario di tutela, un soggetto—la *donna*— che viene identificato in virtù del suo genere.

In tal modo, da un lato si riconosce che la violenza contro le donne rappresenta un *fenomeno strutturale* insito nella nostra società, come emerge dai dati statistici. Ad esempio, nel 2023, a fronte di 132 omicidi commessi in ambito familiare e affettivo, 87 sono stati commessi contro vittime donne; mentre nel 2024 a fronte di 58 omicidi commessi da partner o ex, 51 sono stati commessi contro vittime donne⁶⁴³. Questi sono solo alcuni numeri, che possono essere idonei a fornire un quadro della situazione in Italia, e a tal fine la legge in analisi ha come scopo quello “di tutelare la vita della donna in sé”⁶⁴⁴, “la nuova legge ha in filigrana l’esplicitazione tanto ambiziosa, quanto indifferibile di un complesso programma di riorientamento assiologico, quasi pedagogico della società”⁶⁴⁵: la nuova legge vuole porsi come manifesto nell’affermazione della intangibilità della donna “quale centro fondamentale della struttura sociale”⁶⁴⁶.

Con l’espressione *riorientamento assiologico* si vuole intendere che la normativa analizzata non si pone come obiettivo quello della tutela della persona, bensì va a qualificare il destinatario della tutela in ragione della sua appartenenza sessuale, qualificandosi come norma a tutela della soggettività femminile, storicamente esposta a forme peculiari di sopraffazione. La legge n.181/2025 prevede la massima pena, l’ergastolo, auspicando che la previsione massima della pena funga da strumento di deterrenza assoluta, anche se va sottolineato che la prevenzione non dipende esclusivamente dall’inasprimento sanzionatorio, quanto più dalla certezza della risposta punitiva e dalla forza normativa del messaggio che l’ordinamento intende veicolare. In questo senso, con la previsione del delitto di femminicidio, per la prima volta lo Stato prende esplicitamente una posizione rispetto ad un retaggio culturale insito nella nostra società, esprimendo il messaggio che “l’indicazione che tutto ciò che una cultura superata e retrograda riteneva

⁶⁴³ A. CISTERNA, *op.cit.*, p.8.

⁶⁴⁴ A. CISTERNA, *op.cit.*, p.9.

⁶⁴⁵ Ibidem.

⁶⁴⁶ Ibidem.

comunque tollerabile (si pensi all'antico delitto d'onore) è, oggi e da tempo, in radicale contrasto con dignità incompressibile di ogni donna"⁶⁴⁷.

L'attuale intervento legislativo evoca quindi una stigmatizzazione piena e autonoma di tutto ciò che la cultura retrograda rappresentava, in cui gli atti violenti contro le donne venivano giustificati: la nuova legge comporta un cambiamento radicale del perimetro di ciò che è considerato *socialmente tollerabile*, in cui la violenza contro la donna veniva considerata quale frutto dell'impeto passionale, restringendolo fino a punire, con la pena più severa, l'omicidio della donna che rappresenta la più grave offesa alla dignità incompressibile di questa.

Tuttavia, tale scelta normativa comporta un sostanziale scostamento dalla tradizionale impostazione del diritto penale, fondato sulla centralità della persona in quanto tale e sull'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Ne deriva una scelta di differenziare la tutela, che fornisce una protezione rafforzata alla donna, sollecitando quindi una riflessione sul rapporto tra la protezione rafforzata di categorie vulnerabili e il principio di universalità del bene giuridico, che tradizionalmente è riferito alla persona in quanto tale.

L'intervento legislativo, infatti, pur rispondendo alla specificità criminologica del fenomeno, introduce un criterio di qualificazione della vittima fondato su un elemento identitario, che invita a interrogarsi sulla complessiva coerenza del sistema penale rispetto alle ulteriori forme di violenza connotate da matrice discriminatoria.

Ragionando come il legislatore del 2025, non dovrebbe quindi esservi anche una norma penale che punisca delitti compiuti sulla base di una discriminazione omotransfobica? Come osservato nel Capitolo 3, gli omosessuali e i *transgender* sono stati a lungo discriminati e vittime molto spesso di violenze, soltanto sulla base della loro identità di genere.

In tale prospettiva, la questione non attiene alla legittimità della tutela rafforzata, bensì alla sua collocazione sistematica e alla necessità di un'armonizzazione con le altre ipotesi in cui l'ordinamento è chiamato a proteggere

⁶⁴⁷ Ibidem.

soggettività vulnerabili, segnatamente in relazione all'identità di genere e alla libertà sessuale.