



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

**IL TESTIMONE VULNERABILE:
NUOVE PROSPETTIVE DI TUTELA**

RELATRICE:

Chiar.ma Prof.ssa Chiara Fanuele

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof. Gian Marco Baccari

TESI DI LAUREA DI:

Manuela Deiola

ANNO ACCADEMICO 2019/20



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

**IL TESTIMONE VULNERABILE:
NUOVE PROSPETTIVE DI TUTELA**

RELATRICE:

Chiar.ma Prof.ssa Chiara Fanuele

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof. Gian Marco Baccari

TESI DI LAUREA DI:

Manuela Deiola

Matr. N. 040463

ANNO ACCADEMICO 2019/20

INDICE

Introduzione.....	9
-------------------	---

CAPITOLO I

CENTRALITÀ DELLA PROVA TESTIMONIALE NEL PROCESSO PENALE E CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SULLA VULNERABILITÀ.

1.1 Premessa	13
1.2 Disagi e stress emotivo del testimone come conseguenze derivanti dal contesto processuale...	16
1.3 La figura del testimone vulnerabile ed il sistema di protezione per essa previsto.....	20
1.4 La nascita della vittimologia come scienza autonoma e il fenomeno della vittimizzazione secondaria	22

CAPITOLO II

IL RUOLO DELLA VITTIMA E LA SUA VULNERABILITÀ NELLO SCENARIO INTERNAZIONALE ED EUROPEO.

2.1 Premessa.....	31
2.2 L'attenzione alla vittima del reato nello scenario internazionale: i provvedimenti dell'ONU e del Consiglio d'Europa.....	32
2.2.1 I provvedimenti dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU).....	32
2.2.2 I provvedimenti del Consiglio d'Europa	37
2.3 La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: Vittime e vulnerabilità	48
2.3.1 La vittima nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo	48
2.3.2 Il concetto di vulnerabilità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le relative difficoltà definitorie.....	54
2.3.3 Il rapporto tra il principio di certezza del diritto e l'indeterminatezza della nozione di vulnerabilità	59

2.4 La tutela della vittima nei provvedimenti dell'Unione Europea	61
2.4.1 I provvedimenti UE a tutela della vittima in senso lato.....	62
2.4.2 I provvedimenti UE a tutela delle vittime di reati specifici	65
2.5 La Decisione quadro 2001/220/GAI.....	70
2.6 Vittima vulnerabile e prova dichiarativa: il caso Pupino.....	76
2.7 Ulteriori pronunce della Corte di Giustizia sull'audizione della vittima vulnerabile.....	86
2.8 La direttiva 2012/29: la " <i>Magna Charta</i> " nel riconoscimento dei diritti della vittima di reato.....	89
2.9 Brevi considerazioni conclusive	105

CAPITOLO III

IL CONTRIBUTO DICHIARATIVO DEL MINORE NELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI E NELL'INCIDENTE PROBATORIO "SPECIALE"

3.1 Considerazioni preliminari sul minore fonte di prova	109
3.2 La capacità di testimoniare del minore	113
3.3 Il minore testimone di reati commessi con l'aggravante della c.d. violenza assistita	119
3.4 La tutela del minore durante le indagini preliminari	124
3.4.1 Il ruolo dell'esperto: obbligo o mera facoltà?.....	132
3.4.2 La documentazione dei colloqui con il minorenne	142
3.5 Incidente probatorio "speciale": la cristallizzazione normativa dei limiti soggettivi e oggettivi della sua operatività.....	148
3.5.1 L'ordinanza giudiziale di rigetto della richiesta di incidente probatorio "speciale"	160
3.5.2 La <i>discovery</i> integrale degli atti di indagine	168
3.5.3 L'audizione protetta del minore: confini oggettivi e soggettivi dell'Istituto	173
3.5.4 Le forme dell'audizione protetta.....	178

CAPITOLO IV

L'ESAME DEL MINORE NEL DIBATTIMENTO E I LIMITI AL PRINCIPIO DELLA PUBBLICITÀ

4.1 Il minore nel dibattimento e i limiti al principio della pubblicità.....	189
.4.1.1 L'esame "attutito" del minore	193
4.1.2 (Segue) Le figure ausiliarie: il familiare del minore e l'esperto in psicologia Infantile	198
4.1.3 L'esame "protetto" del minore.....	206
4.1.4 L'esame "schermato" del minore.....	210
4.2 La valutazione dell'attendibilità della testimonianza del minore	216
4.3 Un censurabile orientamento della giurisprudenza di legittimità: la deroga al contraddittorio e il recupero delle dichiarazioni del testimone rese unilateralmente	219

CAPITOLO V

LA TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA MAGGIORENNE IN CONDIZIONE DI PARTICOLARE VULNERABILITÀ E DELL'INFERMO DI MENTE.

5.1 La persona offesa maggiorenne e le protezioni per essa previste dal codice di rito	225
5.2 La testimonianza dell'infermo di mente	234
 Bibliografia	245

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si pone l'obiettivo di delineare, nel tentativo di essere quanto più compiuto possibile, il quadro della complessa disciplina processualpenalistica introdotta dal nostro legislatore a favore del cosiddetto "testimone vulnerabile". Già tale aggettivazione del sostantivo suggerisce che il testimone di cui si tratterà non è quello che potremmo definire "comune", ma è una tipologia di fonte dichiarativa che si differenzia da quella ordinaria per le peculiari esigenze di tutela che la caratterizzano. Per tali soggetti vulnerabili, ossia la persona offesa dal reato, i minori e gli infermi di mente, qualora siano chiamati a intervenire nel procedimento penale in veste di persona informata sui fatti o di testimone, è perciò previsto uno speciale sottoinsieme di regole processuali. Esse hanno il fine di garantire la dignità e la personalità del dichiarante ovvero scongiurare la cosiddetta vittimizzazione secondaria della persona offesa dal reato. Quest'ultimo fenomeno, analizzato all'interno del primo capitolo, sussiste negli effetti e nelle ulteriori conseguenze sfavorevoli, di natura psicologica e sociale, sofferte dalla vittima che si trova a entrare in contatto con il sistema di giustizia penale, e che si sommano all'esperienza traumatica già patita dalla stessa per essere stata soggetto passivo del reato.

L'indagine, tuttavia, non poteva che muovere i passi da quel processo di rivalutazione che ha visto come protagonista la vittima del reato negli ultimi vent'anni, e a cui hanno contribuito gli studi della vittimologia e una nuova sensibilità sociale. Infatti, se prima di allora la vittima era confinata nell'ombra, costretta ad un ruolo marginale all'interno di un contesto processuale prettamente "reocentrico", di recente la politica criminale internazionale, sovranazionale e da ultimo interna hanno assunto un'impostazione più "vittimocentrica". A questo proposito, nel secondo capitolo sono stati analizzati i principali atti adottati a livello internazionale ed europeo. Tra quelli appartenenti al filone internazionale non si possono non menzionare le Convenzioni di Lanzarote del 25 ottobre 2007, per la protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali e quella di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, le quali si concentrano su categorie ritenute intrinsecamente vulnerabili e per le quali gli Stati avrebbero dovuto predisporre adeguate garanzie nell'ambito del procedimento penale. Queste sono state poi ratificate e rese esecutive dal nostro legislatore rispettivamente con la L. 1° ottobre 2012, n. 172 e con la L. 27 giugno 2013, n. 77, che hanno introdotto importanti modifiche al nostro codice di procedura penale. Non si poteva

tralasciare nemmeno l'essenziale contributo delle principali sentenze delle due Corti europee in tema di diritti della vittima del reato e sulla relativa vulnerabilità. In seguito, sono stati analizzati i più importanti provvedimenti europei, tra i quali particolare rilievo ha assunto la Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, adottata dal Consiglio dell'Unione europea, che ha a lungo rappresentato un vero e proprio statuto a favore della vittima del reato in relazione al procedimento penale. Tale decisione, mai completamente attuata dal legislatore, ha avuto grande rilievo nel celebre caso Pupino, sulla cui sentenza della CGUE (Grande sezione) del 2005 ci si è diffusamente soffermati. Inoltre, particolarmente importante è la Direttiva comunitaria 2011/36/UE in tema di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani, attuata attraverso il Decreto legislativo n. 24 del 4 marzo del 2014. Da ultimo, si è analizzata la Direttiva 2012/29/UE, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la precedente decisione quadro del 2001, la quale, dal momento della sua adozione, è stata considerata come la "*magna charta*" dei diritti della vittima e il punto d'arrivo nel cammino di "europeizzazione" del diritto, anche processuale-penale, a cui le istituzioni europee miravano. Questa è stata poi recepita nel nostro ordinamento dal D.lgs. n. 212/2015, il quale valorizza il ruolo processuale della persona offesa in un'ottica inedita per il nostro sistema, e che ha avuto il pregio di allargare le tutele destinate ai soggetti vulnerabili al di là dei rigidi confini soggettivi e oggettivi tracciati normativamente fino a quel momento.

All'interno del terzo e del quarto capitolo l'attenzione si raccoglie attorno al "prototipo" del testimone vulnerabile per eccellenza: il minore. Egli è stato a lungo unico e privilegiato destinatario della disciplina protettiva adottata in deroga alle ordinarie regole di assunzione della prova testimoniale. Trattandosi di tutele che, a partire dal 1996, sono andate via via accrescendosi e allargandosi, si è tentato di ricostruire i principali passaggi, costituiti dai numerosi interventi novellatori che si sono susseguiti in materia, che hanno dato via ad una sedimentazione normativa tutt'altro che organica e coerente. In particolare, nel terzo capitolo si sono analizzate le speciali garanzie previste a favore del minore nella fase delle indagini preliminari, ovvero quelle che contrassegnano l'assunzione di sommarie informazioni testimoniali attraverso la cosiddetta "audizione assistita" e quelle disposte dall'istituto del cosiddetto incidente probatorio "speciale" ex art. 362 comma 1-*bis* c.p.p. Il quarto capitolo, invece, è dedicato all'assunzione della testimonianza del giovane dichiarante in sede dibattimentale, la cui protezione si realizza attraverso la progressione dell'esame "attutito", "protetto" e "schermato", e la cui graduazione è disposta giudizialmente in base alle esigenze

di tutela dell'escutendo. Infine, nel quinto capitolo, oggetto d'esame sono state le pronunce additive della Corte costituzionale, e segnatamente la n. 283/1997 e la n. 63/2005, che hanno avuto il grande merito di estendere le garanzie già previste per il minore a favore dell'infermo di mente. Inoltre, all'interno dello stesso capitolo, si è trattato dei più recenti approdi normativi in tema di vulnerabilità, concetto che si sgancia da meri automatismi e da ipotesi tassative per ancorarsi a un'effettiva valutazione del caso concreto, e, in particolare, si è trattato delle garanzie estese alla persona offesa maggiorenne che versi in una condizione di particolare vulnerabilità ai sensi del nuovo art. 90-*quater* c.p.p.

In conclusione, il presente lavoro di tesi è il frutto di attente e lunghe ricerche di tipo bibliografico, a cui si sono aggiunte quelle condotte sulle banche dati, grazie alle quali è stato possibile attingere ai preziosi contributi della dottrina e alle pronunce della giurisprudenza. Solo tramite lo studio di tali apporti (per cui si rimanda alla bibliografia) si sono potuti ricostruire i tratti dello speciale "statuto del testimone vulnerabile", dal quale, tuttavia, non sono emersi solo i punti di forza, ma anche le relative criticità.

CAPITOLO I

CENTRALITÀ DELLA PROVA TESTIMONIALE NEL PROCESSO PENALE E CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SULLA VULNERABILITÀ.

SOMMARIO: 1.1 PREMESSA. – 1.2 DISAGI E STRESS EMOTIVO DEL TESTIMONE COME CONSEGUENZE DERIVANTI DAL CONTESTO PROCESSUALE. – 1.3 LA FIGURA DEL TESTIMONE VULNERABILE E IL SISTEMA DI PROTEZIONE PER ESSA PREVISTO. – 1.4 LA NASCITA DELLA VITTIMOLOGIA COME SCIENZA AUTONOMA E IL FENOMENO DELLA “VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA”.

1.1 PREMESSA.

“I testimoni sono gli occhi e gli orecchi dell’umana giustizia”, così scrisse il filosofo, giurista ed economista inglese *Jeremy Bentham* (1748-1832), e la sua massima conserva ancora oggi tutta la sua verità e attualità. La testimonianza, infatti, è uno dei mezzi di prova tipici previsti dal nostro ordinamento processualpenalistico e, tra questi, è considerabile la prova per eccellenza, quella più efficace per ricostruire i frammenti del passato. Un fatto storico, come tale appartenente al mondo del trascorso, non è riproducibile se non attraverso il racconto che il testimone fa dei ricordi di un’esperienza che egli ha vissuto e percepito in prima persona, attraverso i propri sensi, o che ha appreso indirettamente attraverso il racconto altrui.

Il testimone è un soggetto terzo rispetto alle parti del processo, ma è chiamato a intervenirevi allorquando, su richiesta di parte o -nei casi previsti- d’ufficio, sia in grado di riferire sui fatti che costituiscano oggetto di prova, cioè su tutti quei fatti che, come specificato dall’art. 187 c.p.p., si riferiscono all’imputazione, alla punibilità ed alla determinazione della pena o della misura di sicurezza, nonché quelli dai quali dipende l’applicazione di norme processuali e quelli inerenti alla responsabilità civile del reato. Il testimone viene perciò ammesso dal giudice a rendere in giudizio le proprie dichiarazioni di scienza, nel contraddittorio tra le parti, circa i fatti rilevanti ai fini del decidere.¹

¹ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, 4. ed, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

Durante la fase dibattimentale, il testimone è chiamato a rispondere alle domande che gli vengono poste «sui fatti che costituiscono oggetto di prova» (art. 194, comma 1, c.p.p.) attraverso l'esame incrociato, informato delle responsabilità penali cui va incontro per le proprie dichiarazioni qualora tacesse ciò che sa, affermasse il falso o negasse il vero. Peraltro, tra gli obblighi che il nostro codice di rito prevede per il testimone figura, tra gli altri, quello di «rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte»; in caso contrario incorrerà nel delitto di falsa testimonianza, disciplinato all'articolo 372 c.p.. Quest'obbligo ha una funzione servente rispetto alle norme costituzionali che esaltano l'interesse dell'ordinamento alla repressione dei reati, ragion per cui è giustificata la previsione - nel novero dei reati contro l'amministrazione della giustizia - del delitto di falsa testimonianza.

Nonostante l'importanza che il contributo probatorio della persona - intesa quale "fonte di prova dichiarativa" - offre al processo, il legislatore ha previsto modalità di assunzione della stessa che offrono al giudice e alle parti la possibilità di determinare e misurare la credibilità del testimone e l'attendibilità della sua deposizione. In particolare, a norma dell'art. 194, comma 2, c.p.p. la deposizione «può avere ad oggetto le circostanze che servono ad accertare la credibilità sia delle parti, sia dei testimoni».² La testimonianza, infatti, non si esaurisce in un atto a contenuto narrativo e informativo circa qualcosa che attiene al foro interno del dichiarante, ma è qualcosa di più: è anche l'esame del testimone e del temperamento, del carattere, delle facoltà intellettive, della memoria, delle qualità fisiche che attengono alla sua persona.

La portata probatoria della testimonianza è perciò del tutto ancorata alla rilevanza del fatto esposto, all'attendibilità del teste e alla sua credibilità, la quale è presa in esame nel già citato art. 194, comma 2, c.p.p., che regola l'oggetto e i limiti della testimonianza, e nell'art. 196 c.p.p., che attiene invece alla capacità di testimoniare. Tale ultimo articolo sancisce, al primo comma, la capacità di ogni persona a rendere testimonianza, ma chiarisce, al secondo comma, come il giudice possa ordinare gli opportuni accertamenti tesi a valutare ed accertare l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, con il fine di valutare le dichiarazioni rese dal testimone.

Da quanto detto sinora, emerge in tutta la sua evidenza come il valore probatorio di quella che potremmo considerare la prova principe del processo penale, sia intrinsecamente e

² P. TONINI, Manuale di procedura penale, 21 ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 273 e ss.

ineludibilmente condizionata dalle qualità soggettive di colui che è chiamato a deporre su fatti di cui abbia avuto conoscenza.

Gli studi psicologici e psicopatologici svolti sulla testimonianza evidenziano come la sua rilevanza possa essere intaccata da svariati fattori che incidono, alterandola, sull'attività percettiva, quella mnestica e quella espressiva. Queste sono infatti le tre funzioni psicologiche principali che operano durante il processo testimoniale.

Inoltre, possono pregiudicare ed inficiare irrimediabilmente la deposizione e l'attendibilità del teste anche le psicopatologie che comportino un'alterazione della capacità di ricordare e di percepire e valutare la realtà in maniera non difettosa.

Infine, nel nostro ordinamento, che non accoglie un sistema di prova legale, spetta al giudice il dovere di valutare la prova dichiarativa assunta in dibattimento sulla base del proprio libero convincimento (art. 192 c.p.p.): egli dovrà infatti valutare la vicenda, per come narrata dal teste, ai fini della ricostruzione del fatto di reato e della sua attribuibilità all'imputato del processo in corso; in più, egli dovrà valutare la credibilità del soggetto che ha deposto sullo stesso fatto.

Proprio per saggiare la credibilità di quest'ultimo, il giudice, perché possa maturare il libero convincimento, potrebbe avvertire la necessità di far accertare preliminarmente l'idoneità del soggetto a testimoniare.³

È innegabile, quindi, che nel novero dei soggetti che potrebbero essere chiamati a dare il proprio contributo alla giustizia penale potrebbero figurare anche testimoni che vengono definiti "deboli" o "vulnerabili", nel senso di persone che, per via «dell'età, delle condizioni fisiche o psichiche, della posizione rispetto a peculiari categorie di reati», necessitano di particolari cautele nel momento del loro esame.⁴

In tale categoria rientrano senz'altro la vittima del reato, il minorenni e l'infermo di mente, anche nel caso in cui non dovessero sommare in sé la qualifica di persona offesa dal reato per cui si procede.

³ L. DE CATALDO NEUBURGER, Testimoni e testimonianze "deboli", ISISC, Padova, Cedam, 2006, p. 376 e ss.

⁴ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1.

1.2 DISAGI E STRESS EMOTIVO DEL TESTIMONE COME CONSEGUENZE DERIVANTI DAL CONTESTO PROCESSUALE.

Considerata l'essenzialità della prova dichiarativa all'interno del nostro sistema processuale, è però da sottolineare come colui che assuma la qualità di teste, a prescindere dal suo versare in una delle condizioni di debolezza tipiche di alcune tipologie di testimone vulnerabile – tra cui rientrano senz'altro minori, persone inferme, vittime di reati sessuali, etc.- si trovi comunque in una condizione di “vulnerabilità” causata dal non essere avvezzo alle aule di giustizia. La vulnerabilità è prima di tutto una condizione universale, che accomuna tutti gli esseri umani: qualsiasi soggetto citato come testimone in un processo penale, infatti, si trova nella maggioranza dei casi ad interfacciarsi con un sistema di cui ha scarsa conoscenza e che scatena in lui uno stato di apprensione emotiva. Tale suo stato di inquietudine ansiosa potrebbe portare però all'inquinamento delle dichiarazioni rese in giudizio e, di conseguenza, al sacrificio dell'efficienza processuale.

In fase dibattimentale, la vulnerabilità del testimone è in larga parte dovuta all'oralità che contraddistingue il nostro processo; basti pensare allo schema tripartito attraverso il quale il teste viene escusso e attraverso cui si produce la prova: esame diretto, controesame e riesame.

Nel rito inquisitorio, che era incentrato sulla scrittura e nel quale il giudice decideva sulla base di prove scritte, limitandosi cioè a leggere in udienza i verbali di atti compiuti da altri soggetti istituzionali in un momento precedente, la pena patita dal testimone era ridotta al minimo poiché si riduceva al disagio dovuto alla mancanza di informazioni circa il se, dove e quando sarebbe stato chiamato il processo per il quale era stato citato. Invero, generalmente al testimone era chiesto solo di prestare giuramento e di confermare quanto già dichiarato a pubblico ministero, polizia o carabinieri. Tale domanda di conferma nella prassi si concludeva con un «vero?», il quale faceva subito intendere al testimone che, qualora si fosse limitato a convalidare quanto già reso all'autorità, il suo patimento sarebbe immediatamente terminato senza che gli venissero poste ulteriori domande.

Quando invece delle domande venivano poste, il patimento derivava dal fatto che le domande non erano formulate direttamente dagli avvocati - per i quali vigeva una preclusione in tal senso - ma venivano per loro mediate e poste dal giudice (alle quali seguivano eventualmente quelle dell'accusa). Ciò produceva, però, il risultato per cui le domande riformulate dal giudice, specie se da principio inserite in una sequenza di quesiti,

perdevano insanabilmente il senso originario che le era attribuito dall'avvocato e che era sconosciuto e frustrato dal giudice. Nel tentativo di correggere tale situazione, si susseguivano perciò una serie di interventi oppositori che producevano come unico risultato quello di confondere il teste.

Con l'accoglimento del sistema accusatorio, massima espressione del principio del contraddittorio e dell'oralità della prova - poggiante sul modulo tripartito di provocazione-produzione della prova già citato - la forza della prova dichiarativa è grandemente intaccata da alcune situazioni patologiche che affliggono il nostro processo penale: innanzitutto, l'irragionevole ed eccessiva lontananza temporale intercorrente tra il fatto e il processo; in più, la distanza, sempre in ordine di tempo (spesso si tratta di mesi), che si frappone tra un'udienza e l'altra e che, al contrario, dovrebbero succedersi senza soluzione di continuità. Ad ogni modo, qualora queste distorsioni venissero corrette, la raccolta della testimonianza attraverso il susseguirsi di esame diretto, controesame e riesame in tempi non eccessivamente dilatati sono certamente gli strumenti più adeguati per indurre nel teste il ricordo e per accertarne l'attendibilità. La fase del controesame, in particolare, è fondamentale per scernere falsità e verità, realtà e fantasie.

Sebbene il contributo probatorio del testimone sia spesso determinante al fine di condurre il processo ad un giusto esito, è anche vero che questo risultato viene intralciato dalla condizione emotiva con cui il soggetto arriva a deporre in un'aula di tribunale. La serenità del teste è spesso pregiudicata da alcuni fattori: il *quisque de populo* conosce la modalità dialettica attraverso la quale viene assunta la prova testimoniale all'interno del processo penale (ciò soprattutto grazie alla cultura del tempo libero: film, documentari, giallistica), ed è persuaso del fatto che le domande che gli vengono poste durante il processo siano esclusivamente volte a contestarlo e a farlo cadere in contraddizione. Essendo collettivamente diffusa tale idea, è però opportuno mettere in rilievo come tutto ciò sia falso: è vero, al contrario, che percentualmente i controesami, perlomeno quelli più efficaci, tendono più ad integrare quanto già emerso durante l'esame diretto che non a contraddirlo. È facile immaginare come la persona chiamata a deporre nel processo, attraverso la convocazione conoscerà poco più del giorno in cui dovrà presentarsi davanti al giudice e, probabilmente, a stento ricorderà il nome dell'imputato. A tutto ciò si unirà poi l'attesa e i vari rinvii, ma soprattutto, una volta arrivato il momento di essere sottoposto ad esame testimoniale, dovrà confrontarsi con delle domande che riguardano fatti o particolari relativi ad essi che si sono verificati tanto tempo prima. Davanti alla sua incapacità di rispondere

alle domande, per ignoranza o per dimenticanza, sarà sollecitato a rispondere, sotto l'avvertimento quasi intimidatorio che egli è tenuto a riferire tutto ciò che è di sua conoscenza e di non omettere nulla. Inoltre, gli sarà richiesto uno sforzo nel tentativo di ricordare o potrebbe non essere creduto qualora il ricordo faccia effettivamente difetto. Tutto ciò inficiando la sua affidabilità e la sua attendibilità. Non bisogna dimenticare, inoltre, che il cittadino medio-non addetto ai lavori, che è avulso dagli ambienti della giustizia, si troverà anche in una situazione di forte soggezione causata dall'autorevolezza di avvocati e giudici. La «*cross examination*» è uno strumento che esige una grande abilità e competenza degli attori del processo, poiché attraverso di essa si può condizionare, anche in modo considerevole, l'andamento e l'esito dello stesso.

In sintesi, potremmo perciò dire che la notifica della citazione, che offre poche notizie sul processo nel quale il soggetto dovrà intervenire, i rinvii, le attese, le domande su fatti ormai appartenenti ad un passato ormai lontano e di cui non si ha più un nitido ricordo, sono fattori che provocano stress nell'esaminato e che finiscono per debilitare la testimonianza e, di conseguenza, l'intero processo. Gli effetti di questo fenomeno non sono da ignorare o sottovalutare, anche perché potrebbero intervenire ulteriori fattori soggettivi e/o oggettivi che potrebbero definitivamente consumare il vigore della prova per testimoni e l'efficacia processuale.

Ulteriore fonte di ansia per il soggetto chiamato a rendere testimonianza potrebbe essere il luogo in cui questa è assunta. Le aule di giustizia sono percepite dai non addetti ai lavori come luoghi che di certo non infondono tranquillità. Le difficoltà del testimone cominciano già dal primo istante, da quando cioè egli entra nell'aula e deve attraversare la distanza che dalla porta d'ingresso lo separa alla postazione a lui destinata, in cui sentirà su di sé gli occhi di tutti i presenti. Durante la deposizione egli entrerà in contatto visivo con l'imputato o con la parte offesa dal reato, uno dei quali sarà inevitabilmente contrariato per le sue dichiarazioni. Inoltre, il suo contegno in aula, le sue incertezze e il tempo entro il quale risponde saranno guardati con attenzione e potrebbero costargli rimproveri, censure o, nel migliore dei casi, qualche precisazione.

Il quadro appena delineato ci aiuta a cogliere come quella della giustizia possa essere ritenuta una macchina infernale da chi non appartenga a quegli stessi ingranaggi ma vi entri in contatto per la prima volta.

Inoltre, un altro rilievo che non può essere trascurato, è dato dalla circostanza che il processo sia pubblico e che pubblici siano i luoghi in cui è celebrato. La pubblicità è di per sé una

garanzia, sia per l'imputato sia per la collettività. Quest'ultima attraverso la pubblicità del processo ha, da un lato, l'opportunità di sapere come viene amministrata la giustizia penale e, dall'altro, può trarne un'esperienza educativa poiché potrebbe prendere parte, prima o poi, ad una vicenda giudiziaria. Tuttavia, è inutile negare come la pubblicità del processo sia uno dei tanti aspetti che è causa di disagio per il testimone e come, in tal modo, egli non sia posto nella condizione di adempiere serenamente alla propria funzione. È percentualmente infima la probabilità di imbattersi in un testimone che non sia inibito ed intimidito dal fatto di trovarsi davanti ad un pubblico e di parlare ed esprimersi davanti ad esso. A tutto ciò si aggiunga che, spesso, capita che il soggetto chiamato a testimoniare si trovi ad attendere la chiamata del proprio processo in luoghi in cui siano in attesa anche altri soggetti chiamati ad assolvere la stessa funzione e che questi siano portatori di posizioni antitetiche nell'economia del processo. La simultanea compresenza di testimoni a carico e testimoni a discarico in uno stesso spazio può comportare il sorgere di conflitti e acridità tra gli stessi. Può accadere anche che, sempre nelle attese delle udienze, i testimoni entrino in contatto con imputati astiosi o, durante l'udienza stessa, siano suggestionati dal pubblico attraverso mormorii, espressioni verbali e gestuali di approvazione o contrarietà.

Sempre nell'impianto processuale di stampo accusatorio si riteneva che, durante il processo, fosse irrinunciabile il diritto dell'imputato di potersi confrontare con il proprio accusatore. Questo diritto era considerato come una vera e propria garanzia di giustizia per l'imputato, il quale aveva così la possibilità di "guardare negli occhi" il proprio accusatore; ma d'altra parte, si avvertiva la necessità opposta di garantire la serenità del testimone e la proficienza della testimonianza. La confrontazione potrebbe generare infatti, nel soggetto che è chiamato a testimoniare contro l'imputato, dei sentimenti di stress, tensione e finanche paura, mettendo così a rischio l'efficacia stessa della prova dichiarativa. Si pensi, per limitarci ad un esempio, alla testimonianza di una giovane donna, vittima di violenza carnale, che debba testimoniare davanti al proprio stupratore rievocando la dinamica con la quale è avvenuto il fatto (non tralasciando neanche i dettagli per lei più imbarazzanti e umilianti) e dovendo rispondere a delle domande afferenti alla propria sessualità o a quelle della difesa che vogliano dimostrare la sua disponibilità nei confronti dell'accusato. In casi come questo è evidente come sia necessario bilanciare due diverse e opposte esigenze: quella dell'accusato e quella dell'accusatore.

In più, c'è da aggiungere che la vittima che partecipi al processo in qualità di testimone potrebbe subire l'ulteriore pregiudizio della cosiddetta vittimizzazione ripetuta: potrebbe

cioè subire minacce, ritorsioni e violenze fisiche da parte dello stesso autore del reato contro cui si procede.⁵

In conclusione, è corretto asserire che più elevata sarà la tensione emotiva, lo stress psicologico e il disagio della persona chiamata a rendere testimonianza, più si altereranno le sue capacità cognitive e comunicative, inficiando così l'integrità del ricordo del fatto e la completezza e l'esattezza delle dichiarazioni rese durante l'esame. Per di più, lo stato di ansia provocato da un contesto nuovo e poco rasserenante come quello processuale può agire negativamente sulle capacità mnestiche a breve termine del testimone, incidendo così sulle capacità di rielaborazione e sul grado di suggestionabilità. È da precisare, infine, che le probabilità che quanto appena detto si verifichi sono tanto più alte quanto più traumatico e violento è il fatto da rievocare e quanto più tempo è trascorso dallo stesso.⁶

1.3 LA FIGURA DEL TESTIMONE VULNERABILE ED IL SISTEMA DI PROTEZIONE PER ESSA PREVISTO.

Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, la prova testimoniale di per sé può essere connotata da un gran numero di “variabili emotive”, le quali incidono sulla qualità della stessa. Tutte queste “variabili” suggeriscono di osservare particolari cautele nell'esame del cosiddetto “testimone vulnerabile”. Il legislatore italiano, a tal proposito, sulla scia di alcuni interventi sovranazionali in materia, nel 1996 ha cominciato a dettare una disciplina sul tema, sebbene in maniera poco coerente, creando un intricato intreccio di regole a scopo protettivo e assistenziale, in parte derogatorio rispetto al regime ordinario previsto per l'acquisizione della prova testimoniale.⁷

Con l'espressione “testimone vulnerabile” si suole indicare quella «tipologia di fonte dichiarativa particolarmente delicata a causa dell'età, delle condizioni fisiche o psichiche, della posizione rispetto a particolari categorie di reati. In tale categoria rientrano la vittima

⁵ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 2, p. 525 e ss.

⁶ D. CARPONI SCHITTAR et al., *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁷ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione “dal” processo e diritto alla prova, in *Diritto penale e processo*, 2020, 1, p. 129.

del reato, il minore e l'infermo di mente, benché non cumulino su di loro la qualifica di persona offesa».⁸

Per tali soggetti vulnerabili è perciò previsto un particolare sottoinsieme di regole processuali che hanno il fine di apprestare loro un grado di protezione adeguato. Il massimo grado di protezione è previsto per i minorenni e per i maggiorenni infermi di mente, mentre è previsto un grado di protezione minore per i maggiorenni in condizioni di vulnerabilità, anche per via del reato per cui si procede.

La riforma operata dal D.lgs. n. 212 del 2015 al codice di procedura penale delinea una disciplina all'interno della quale si possono individuare due diverse modalità di attribuzione dello stato di vulnerabilità e delle relative misure di protezione. In primo luogo, la vulnerabilità è presunta per i minori e per gli infermi di mente che siano persone offese da una serie di reati espressamente previsti dalle norme. Per i minori e gli adulti che siano persone offese da reati che non rientrino tra quelli espressamente indicati dalle suddette norme, invece, la vulnerabilità e le relative protezioni sono riconosciute caso per caso in seguito ad una valutazione individuale.

Con la regolamentazione di questo fenomeno si è tentato di considerare e bilanciare due esigenze apparentemente contrarie e confliggenti: da un lato, cercare di preservare la verosimiglianza delle dichiarazioni del teste, la sua affidabilità e credibilità, anche al fine di garantire la funzione di accertamento affidata al processo penale; dall'altro lato, si vuole scongiurare il pericolo che il soggetto, attraverso la rievocazione e il racconto del ricordo, possa rivivere le stesse sensazioni di dolore vissute al momento in cui si verificò l'evento e che da queste possa derivare un trauma psichico. Quest'ultimo fenomeno viene chiamato "vittimizzazione secondaria" e vi torneremo diffusamente nel prossimo paragrafo.

Tuttavia, è bene chiarire sin da subito come tale bilanciamento tra tutela della debole personalità del testimone e il diritto di difesa dell'imputato si mostri intrinsecamente poco adeguato. Possiamo già anticipare, infatti, che il legislatore, a fronte della sottrazione della vittima vulnerabile all'esame incrociato e al contraddittorio tra le parti, non abbia fatto corrispondere delle regole che siano in grado di sopperire a queste mancanze nell'assunzione della prova testimoniale del soggetto vulnerabile, impedendo la piena realizzazione delle prerogative e dei diritti di difesa dell'accusato. Tutto ciò non può che costituire un elemento di criticità non trascurabile all'interno del nostro sistema processuale.⁹

⁸ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., pag. 1 e ss.

⁹ Ibidem.

1.4 LA NASCITA DELLA VITTIMOLOGIA COME SCIENZA AUTONOMA E IL FENOMENO DELLA VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA.

Come anticipato nel secondo paragrafo, uno degli obiettivi che ha spinto il nostro legislatore ad adottare delle misure di protezione “dal” processo a favore del testimone vulnerabile e, in particolare, delle vittime vulnerabili, è stato quello di evitare la cosiddetta vittimizzazione secondaria.¹⁰

Prima di addentrarci nell’esame di questo fenomeno, tuttavia, è preferibile fare qualche considerazione introduttiva.

Nella società in cui viviamo, l’attenzione riservata alla “vittima del reato” e la sua sovraesposizione a causa dell’interesse che nei suoi confronti mostrano gli organi di stampa, i mass media in generale ed il pubblico, sono cosa nota. Tale interesse è condiviso oggi anche dalle scienze politiche e giuridiche, ma non è sempre stato così.

Per molti secoli, infatti, sul piano legislativo quanto su quello scientifico, la vittima del reato è rimasta relegata in un ruolo assolutamente marginale.¹¹ Lo stato, per lungo tempo, si è sostituito alla vittima, escludendola dallo scenario processuale, sulla scorta del principio di pubblicità dell’intervento penale e del suo monopolio del potere punitivo, i quali non potevano condurre che alla estromissione della vittima e ad una deprivatizzazione della contrapposizione tra questa e l’accusato. Se fosse stato altrimenti, si sarebbe corso il pericolo di alimentare l’ambizione vendicativa della persona offesa, ostacolando di conseguenza l’esercizio delle prerogative difensive del reo e lo svolgimento di un processo giusto, imparziale e garantista. Inoltre, sarebbe stato problematico bilanciare le prerogative della vittima con il rispetto di un principio cardine del nostro sistema di giustizia penale: quello della proporzionalità della pena, desumibile dagli artt. 3 e 7 della nostra Costituzione; la persona offesa infatti, mancante di ogni obiettiva capacità valutativa del fatto, sarebbe sempre portata a chiedere una pena esemplare per il responsabile, rischiando di incrinare quella rispondenza che dovrebbe esistere sempre gravità del fatto di reato e risposta sanzionatoria. L’insuccesso della politica criminale dello stato, finalizzata alla tutela della

¹⁰ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione “dal” processo e diritto alla prova, cit., p. 136.

¹¹ Y. PARZIALE, Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze, in Cassazione Penale, 2020, 5, p. 2139

collettività - e non del singolo - ha però comportato un'inversione di tendenza, grazie alla quale si è arrivati ad una rivalutazione pubblica del ruolo di vittima.¹²

Anche nell'ambito delle scienze la riconsiderazione di tale figura risale agli ultimi decenni, quando è stato avviato uno studio funzionalmente orientato ad individuare i mezzi più congrui a proteggere la vittima e scongiurare la vittimizzazione.

È interessante notare come all'interno del codice penale e del codice di procedura penale si rintraccino espressioni come "l'offeso" (art. 70, n. 2, c.p.), "la persona offesa" (artt. 92 e 122, comma 3, c.p.p.), "la persona offesa dal reato" (art. 120 c.p. e 90 c.p.p.) oppure "soggetto passivo" (che spesso coincide con l'oggetto materiale del reato), ma quasi mai si legga il termine vittima.¹³ I riferimenti alla vittima riscontrabili all'interno del nostro codice c. minore e dell'adulto infermo vittime di reato durante l'esame e il controesame in dibattimento, e nell'art. 316, comma 1-bis, e nell'art. 539, comma 2-bis, introdotti nel gennaio 2018, a garanzia del risarcimento dei danni civili subiti dai figli minori o maggiorenni economicamente non autosufficienti della vittima di violenza domestica.¹⁴ Ad ogni modo, nel nostro ordinamento non si rintraccia alcuna definizione del termine vittima. Quest'ultimo, dal punto di vista criminologico-vittimologico, sicuramente si connota per un significato più ampio di quello delle espressioni sopracitate: infatti, comprende anche chi si senta vittima e abbia una percezione tale di sé stesso e, perciò, lascia spazio ad una valutazione soggettiva della stessa, la quale, al contrario, non trova spazio nella dottrina tecnico-giuridica, per cui vittima rimane solo chi sia titolare del bene giuridico protetto dal precetto penale violato.¹⁵

Le importanti riforme che nel tempo hanno interessato il diritto penale e il suo processo hanno sempre riguardato la figura del reo, completamente trascurando quella della vittima. Già l'etimo di questa parola - in realtà incerto -, sembrerebbe rimandare ad un concetto molto antico riferibile alla pratica del sacrificio. Ed infatti, è proprio di sacificazione del ruolo della vittima che possiamo parlare fino al primo interessamento della Scuola positiva: questa, per prima, pose l'accento sull'innegabile ruolo che essa ricopre nel quadro della giustizia penale, parallelamente a quello del reo e dello stato.

¹² L. CORNACCHIA, Vittime e giustizia criminale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 4, p. 1760.

¹³ Y. PARZIALE, Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze, cit., p. 2139.

¹⁴ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'unione europea, cit., p. 525.

¹⁵ Y. PARZIALE, Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze, cit., p. 2139.

La protezione della vittima è stato uno dei temi su cui la Scuola positiva ha concentrato maggiormente la propria riflessione, arrivando a configurare il risarcimento del danno come l'unico ristoro possibile ed immediato per la stessa. Queste idee hanno certamente avuto il pregio di ispirare le scelte legislative dei primi anni del Novecento, sebbene non avessero trovato totale applicazione, ma soprattutto hanno avuto il merito di precorrere gli studi degli antesignani della vittimologia.¹⁶ Questa scienza nasce nel 1948 e, per la prima volta, studia organicamente la vittima del reato, attraverso una lettura di questo come vicenda dinamica. Se sino ad allora lo "studio" della vittima era stato limitato alla sua considerazione di oggetto materiale della condotta illecita del reo, a partire dall'opera *"The criminal and his victim"* di Hans Von Hentig prima e dagli studi di Mendelshon poi, l'angolo visuale si allarga anche al soggetto passivo del reato, sulla sua condotta, sulle sue caratteristiche e del ruolo che queste giocano nella dinamica criminosa. Essi sono pertanto considerati i padri dell'embrionale vittimologia eziologica, che attraverso un'indagine empirica, si poneva l'obiettivo di individuare ed analizzare le caratteristiche biologiche, psicologiche e socio-culturali della vittima, il contesto ambientale entro il quale si consumava il crimine, le relazioni e le interazioni esistite tra vittima e vittimizatore e l'eventuale apporto della prima al realizzarsi del fatto penalmente sanzionato. In particolare, le interviste alle vittime dimostrarono come tra la condotta del malfattore e quella della vittima si creasse un'interazione condizionante, un'interdipendenza tale da configurare il delitto come un epilogo alla cui dinamica realizzazione contribuiscono, influenzandosi, i comportamenti di entrambi i soggetti. La vittima smette di essere banalmente considerata come oggetto della condotta antiggiuridica dell'agente, ma comincia ad essere considerata "funzionalmente responsabile" della genesi e del prodursi dell'evento delittuoso. Ciò, è bene sottolinearlo, non si traduce in una responsabilità giuridica della vittima per aver concorso a realizzare il fatto penalmente sanzionato; essa è e rimane persona offesa dal reato. Al contrario, la vittimologia - che con il tempo è diventata una scienza empirica autonoma rispetto alla criminologia - studia la vittima da un punto di vista prospettico più ampio rispetto al passato: essa osserva i rapporti tra questa ed il criminale, non solo per studiare la fenomenologia del reo, ma anche per individuare il sostegno di cui essa necessita nel corso del processo penale. Ciò garantirebbe l'armonizzazione di due diverse esigenze: quella di garantire

¹⁶ I. PATERNOSTRO, Vittimizzazione primaria e secondaria, in A.M. CASALE, P. DE PASQUALI e M.S. LEMBO (a cura di), Vittime di crimini violenti - Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014, p. 27.

l'accertamento e il perseguimento del reato e quella di salvaguardare i soggetti coinvolti durante la fase procedimentale e processuale.¹⁷

Ma cos'è il fenomeno della cosiddetta vittimizzazione secondaria?

Com'è intuibile, trovarsi nella condizione di vittima di un reato porta con sé delle ripercussioni negative, alcune delle quali discendono direttamente dal reato e sono connesse alle modalità della sua esecuzione, alla sua gravità e alle condizioni psico-fisiche della persona offesa e ad altre circostanze concomitanti; altre, invece, sono solo indirettamente dipendenti dal reato considerato in sé e per sé, ma derivano dall'impatto emotivo con il sistema giudiziario. Possiamo dunque segnalare due tipologie di danno da cui derivano effetti di vittimizzazione differenti: il danno primario, che consegue immediatamente e direttamente dall'illecito e che produce il cosiddetto "effetto di vittimizzazione primaria", e il danno secondario, che produce un "effetto di neutralizzazione e vittimizzazione secondaria".

Con l'espressione "vittimizzazione primaria", perciò, ci si riferisce a quell'insieme di pregiudizi di tipo fisico, psicologico, sociale ed economico arrecati alla vittima come conseguenze dirette ed immediate del reato da essa sopportato. Il pregiudizio arrecato dal reato, dunque, non produce come effetto solo la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, ma si estende al danno di natura psicologica che va a sommarsi al danno materiale o fisico già sopportato dalla vittima. Tenendo conto dei caratteri soggettivi che influenzano il processo di vittimizzazione, è indubbio che ogni vittima sia diversa da un'altra e che la gravità degli effetti è strettamente subordinata al grado di vulnerabilità del soggetto in questione.

Passando ad analizzare gli effetti indiretti, nel nostro discorso non si può prescindere dal fenomeno della "neutralizzazione" della vittima, per il quale, nel contesto processuale, questa viene a trovarsi in una condizione di completa marginalità. Le parti principali della scena processuale sono già ricoperte dallo stato e dall'imputato, mentre alla vittima non rimane che adeguarsi ad un ruolo subalterno. Ad essa è precluso l'esercizio di diritti e di poteri probatori, né può incidere direttamente sulla fase decisionale del processo. Sarà perciò destinata a patire un'ulteriore vittimizzazione qualora, per stare a qualche esempio, la decisione assunta dal giudice sia valutata ingiusta o la pena troppo clemente a fonte del reato

¹⁷ C. PENNA, La vittimologia e la vittimalistica, in A.M. CASALE, P. DE PASQUALI e M.S. LEMBO (a cura di), Vittime di crimini violenti. Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014, p. 19- 23.

accertato, nell'ipotesi di una sentenza di proscioglimento o in caso di amnistia o indulto. In tali casi, infatti, la persona offesa potrà solo accettare supinamente la decisione adottata dal giudice.¹⁸

Per “vittimizzazione secondaria” o “*post-crime victimization*”, invece, si intendono le ulteriori conseguenze sfavorevoli, di natura psicologica e sociale, sofferte dalla vittima che si trova a entrare in contatto con il sistema di giustizia penale. In particolare, questo fenomeno comporta l'intensificazione e l'aggravamento della vittimizzazione imputabile al supporto inappropriato offerto alla vittima dalle istituzioni. Queste mostrano spesso la loro incapacità a prestare ascolto e sostegno alle esigenze della persona offesa «a causa di una eccessiva routinizzazione degli interventi che in letteratura è definita *one size fits all approach*». ¹⁹

Molte vittime, in sostanza, si trovano a sperimentare sulla propria pelle l'inadeguatezza della programmazione di supporto e ascolto, se non proprio l'indifferenza o addirittura il biasimo da parte delle forze di polizia prima e dagli operatori del sistema giudiziario poi. L'amaro esito dell'inadeguatezza del sistema suindicato sarà perciò il perfezionarsi della vittimizzazione secondaria, la quale avrà una grave incidenza sull'equilibrio e sulla stabilità psicologica della persona offesa, sulla sua autostima e sulla fiducia nei confronti del mondo, della vita futura e della giustizia.²⁰

Il pericolo di vittimizzazione secondaria diviene ancor più pregnante qualora la vittima del reato versi in una condizione di particolare debolezza o vulnerabilità, come avviene nel caso di minori o vittime di reati sessuali. Su tali soggetti sono state condotte numerose ricerche empiriche al fine di valutare la loro esperienza in relazione alla percezione del grado di tutela e protezione loro offerto; ebbene, da tali indagini è sì potuto riscontrare come i contatti con l'autorità giudiziaria siano stati considerati negativi, a causa di un contegno freddo e poco attento nei riguardi delle fragilità e delle necessità delle vittime. Tutto ciò non può che condurre ad un unico, mortificante risultato: sentimenti come angoscia, rabbia, timore e ansia non faranno che accrescersi nella vittima, specie se si tratti di un caso di abuso o di un reato violento, minando la fiducia negli organi di giustizia e sulla loro capacità di prestarle assistenza. Pertanto, sarà forte l'impressione di perdere tempo, energie e denaro in una mera

¹⁸ I. PATERNOSTRO, Vittimizzazione primaria e secondaria, cit., p. 29-30.

¹⁹ G. FANCI, La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari, in Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza, 2011, V, 3, p. 54.

²⁰ Ibidem.

aspettativa di protezione e tutela che lo stato dovrebbe garantirle, ma che considera ormai delusa. In un sistema privo di garanzie come quello appena descritto, la vittima è costretta ad essere tale per la seconda volta, contro la propria volontà e senza che possa far nulla per impedirlo. Una vittima, che sia un minore o una donna, che ha già sopportato violenze di tipo fisico o psicologico, spesso non è ritenuta sincera e affidabile nella ricostruzione del fatto che l'ha riguardata, e ciò è specialmente dovuto, non solo alla mancanza di tatto e delicatezza delle istituzioni, ma anche alla poca preparazione o all'indolenza nell'approfondire le dinamiche del caso in questione.²¹

Tra l'altro, è ricorrente che la vittimizzazione secondaria si realizzi nei processi per violenza sessuale, i quali spesso si convertono faziosamente in processi sulla donna, sulla sua sessualità e sulla sua condotta "provocante, allusiva o seduttiva", e a cui spesso conseguono sentenze contenenti valutazioni moralistiche, e non tecniche-specialistiche, del profilo della vittima. In tutti questi casi, o nei casi nei quali la donna denunci maltrattamenti da parte del partner, il processo di doppia vittimizzazione si compie soprattutto quando si verifichi uno slittamento della condizione di vulnerabilità: dal contesto processuale -correlata al tipo di reato per cui si procede- al quadro soggettivo della vittima. La vulnerabilità, quindi, diverrebbe una qualità personale della vittima al punto da consentire di attribuirle dei disturbi della personalità che potrebbero suffragare la probabilità di un'alterazione o di un distorcimento delle sue capacità percettive della realtà e, di conseguenza, dei fatti di reato denunciati.

In tal modo, si costruisce l'immagine di una sedicente vittima psicologicamente inattendibile, alla quale vengono erroneamente diagnosticati disturbi psichiatrici (sindrome depressiva, disturbo dissociativo, ecc.) da cui deriverebbe la sua ridotta capacità di testimoniare. In verità, qualora dalla narrazione degli abusi da parte della vittima risultino esservi delle incongruenze e delle imprecisioni che facciano dubitare sulla veridicità delle dichiarazioni rese, il primo tipo di disturbo che dovrebbe essere preso in considerazione dal tecnico- che dovrebbe dunque reprimere ogni pregiudizio di sorta sulla vicenda- è la sindrome post-traumatica da stress. Alla diagnosi di tale disturbo sono soggetti gli individui che siano rimasti esposti ad uno stress estremo e che, in conseguenza a questo, abbiano riportato un duraturo mutamento della personalità.

²¹ C. PENNA, *La vittimologia e la vittimalistica*, cit., p. 31- 32.

Purtroppo, non accade diversamente neanche quando le donne denuncino i partner dai quali abbiano dei figli, oppure quando sporgano denuncia, non solo per maltrattamenti nei propri confronti, ma anche per abusi e maltrattamenti “diretti” ai danni dei figli minori. In particolare, sia nel contesto del procedimento penale che in quello civile per l’affidamento, non è inconsueto che le dichiarazioni dei minori appaiano confusionarie e che nelle autorità -tribunali e servizi sociali- si insinui il convincimento che questi possano essere stati manipolati e che possano aver subito un condizionamento da parte di persone adulte, il più delle volte dal genitore denunciante ai danni del genitore denunciato. L’incompetenza degli operatori che entrano in contatto con la vittima, minore o adulta che sia, emerge perciò in tutta la sua evidenza quando si prende atto del fatto che il racconto di un abuso che appaia confuso o frammentario è conseguenza traumatica dell’abuso stesso.²²

In conclusione, possiamo affermare che la “vittimizzazione o doppia vittimizzazione” è senz’altro innescata dal deprecabile fenomeno del “maltrattamento istituzionale” e, più in generale «di un procedimento mal condotto sia come indagine giudiziaria, sia come indagine psicologico-clinica sull’attendibilità e credibilità della vittima».²³

È da ritenere, umanamente prima ancora che giuridicamente, che tali giudizi sulla personalità, sulla credibilità e attendibilità delle vittime, siano l’indicatore del poco riguardo delle istituzioni verso i patimenti e le sofferenze di queste. Il trattamento biasimevole, inumano e a tratti colpevolizzante riservato alle vittime non fa altro che accrescere un danno psico-sociale già prodottosi in seguito al reato e conduce ad un «peggioramento esistenziale della vita del soggetto offeso».²⁴

Se la credibilità delle istituzioni è stata così duramente indebolita, si potrebbe tentare di recuperarla attraverso l’introduzione di meccanismi volti a garantire un maggior coinvolgimento della vittima nello svolgimento processuale, perché «una giustizia “partecipata” e pronta ad ascoltare gli individui coinvolti dal crimine, riconoscendo dignità alle loro ragioni e valore alla loro voce, appare meno burocratica, più vicina ai cittadini e, in

²² E. REALE, Oltre la PAS: il percorso della vittimizzazione secondaria di donne e minori, in G. CASSANO (a cura di), Il minore nel conflitto genitoriale – dalla sindrome di alienazione parentale alla legge sulle unioni civili, Milano, Giuffrè, 2016, p. 235- 239.

²³ Ibidem.

²⁴ C. TONI, Il minore abusato: parte offesa e testimone nel processo penale. La vittimizzazione secondaria quale fonte di danno e le nuove frontiere del risarcimento aperte dalle Sezioni Unite 11 novembre 2008, n. 26972., in Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza, 2009, III, 1, p. 75.

fin dei conti, più “giusta”»²⁵. Nel Regno Unito l’attenzione alla vittima è sfociata nell’adozione del documento *Victim’s Charter* del 1990, che mette a punto una serie di procedure e di servizi che hanno il precipuo scopo di consentire un attento esame del disagio della vittima.²⁶

Anche in Italia, sebbene molto più di recente, sono stati adottati dei provvedimenti nel senso di predisporre una maggiore protezione della persona offesa. Nei prossimi capitoli, perciò, cercherò di ricostruire l’*iter* che ha condotto all’adozione di simili provvedimenti anche nel nostro paese; inoltre, tenterò di saggiarne i risultati in termini di efficacia ed effettività e di valutare l’adeguatezza dell’apparato istituzionale predisposto per rispondere all’irrinunciabile necessità di restituire dignità e fiducia alle vittime del crimine.

²⁵ C. CESARI, La vittima nel rito penale: le direttrici della lenta costruzione di un nuovo ruolo, in *La posizione dell’offeso nel processo penale: evoluzione della normativa, criticità e prospettive di riforma*, sez. Dottrina e attualità giuridiche, in *riv. Giurisprudenza Italiana*, 2012, p. 464.

²⁶ G. FANCI, La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari, *cit.*, p. 60.

CAPITOLO II

IL RUOLO DELLA VITTIMA E LA SUA VULNERABILITÀ NELLO SCENARIO INTERNAZIONALE ED EUROPEO.

SOMMARIO: 2.1 PREMESSA; – 2.2 L’ATTENZIONE ALLA VITTIMA DEL REATO NELLO SCENARIO INTERNAZIONALE: I PROVVEDIMENTI DELL’ONU E DEL CONSIGLIO D’EUROPA; – 2.2.1 I PROVVEDIMENTI DELL’ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE (ONU); – 2.2.2 I PROVVEDIMENTI DEL CONSIGLIO D’EUROPA; – 2.3 LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO: VITTIME E VULNERABILITÀ – 2.3.1 LA VITTIMA NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO; – 2.3.2 IL CONCETTO DI VULNERABILITÀ NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO E LE RELATIVE DIFFICOLTÀ DEFINITORIE; – 2.3.3 IL RAPPORTO TRA IL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO E L’INDETERMINATEZZA DELLA NOZIONE DI VULNERABILITÀ; – 2.4 LA TUTELA DELLA VITTIMA NEI PROVVEDIMENTI DELL’UNIONE EUROPEA; – 2.4.1 I PROVVEDIMENTI UE A TUTELA DELLA VITTIMA IN SENSO LATO; – 2.4.2 I PROVVEDIMENTI UE A TUTELA DELLE VITTIME DI REATI SPECIFICI; – 2.5 LA DECISIONE QUADRO 2001/220/GAI; – 2.6 VITTIMA VULNERABILE E PROVA DICHIARATIVA: IL CASO PUPINO; – 2.7 ULTERIORI PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULL’AUDIZIONE DELLA VITTIMA VULNERABILE; – 2.8 LA DIRETTIVA 2012/29/UE: LA “MAGNA CHARTA” NEL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI DELLA VITTIMA DI REATO; – 2.9 BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

2.1 PREMESSA.

Come già anticipato nel precedente capitolo, risale alla fine del secolo scorso l’impostazione vittimocentrica assunta dalla politica criminale internazionale, sovranazionale e, da ultimo, interna. Se prima di allora la vittima del reato era confinata in una zona d’ombra all’interno del procedimento penale, soprattutto a fronte delle garanzie previste per l’imputato, oggi la sua protezione è diventata il *litemotiv* dell’agenda delle istituzioni di ciascun livello.²⁷ Tutto ciò è avvenuto anche grazie ad un movimento politico internazionale che, sulla base di un movimento di opinione sorto prevalentemente negli Stati Uniti d’America, nel segno di una rinnovata empatia sociale nei confronti delle vittime di reato e di una presa di coscienza circa la loro marginalizzazione, ha spinto per porre queste ultime «*at the heart of criminal*

²⁷ M. VENTUROLI, La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria “a geometria variabile” del diritto penale, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 2.

justice»²⁸. Questa politica ha spinto per far assumere alle vittime un grado di importanza, in termini di diritti e garanzie, che sia quanto meno speculare a quella dell'imputato, anche nella più elevata prospettiva di assicurare un "giusto processo". Il nuovo risalto assunto dalla vittima e la dignità che le si vuole restituire hanno condotto al moltiplicarsi di iniziative sul piano internazionale e comunitario, tutte volte a intervenire sul piano del sistema penale, sia dal punto di vista sostanziale che da quello propriamente processuale. Per di più, come vedremo meglio nei paragrafi successivi, viene superata la tutela di tipo meramente risarcitorio alla quale guardavano i primi interventi della Comunità Europea, e i contorni della tutela apprestati alla vittima in ambito europeo sono andati via via allargandosi.²⁹

2.2 L'ATTENZIONE ALLA VITTIMA DEL REATO NELLO SCENARIO INTERNAZIONALE: I PROVVEDIMENTI DELL'ONU E DEL CONSIGLIO D'EUROPA.

Specialmente in Europa, le organizzazioni internazionali sono intervenute con dei provvedimenti a favore della vittima di reato, con la preminente finalità di garantirle un'adeguata assistenza - che non si limiti solo alla durata del procedimento penale, ma che si estenda anche oltre la fine di quest'ultimo - e quei diritti che oggi sono considerati inalienabili ma che, fino a non troppi anni fa, le erano stati ingiustamente negati.

2.2.1 I PROVVEDIMENTI DELL'ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE (ONU).

Analizzando più nel dettaglio, ma senza alcuna pretesa di esaustività, i principali provvedimenti adottati dall'ONU, è interessante segnalare come l'attenzione dell'organizzazione per questo tema nasca nel 1980: durante il IV Congresso mondiale sulla prevenzione del crimine e sul trattamento dei criminali, nasce il progetto di dar vita a un

²⁸ P. SECHI, Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale, in Cassazione penale, 2017, 6, p. 0850B.

²⁹ M.S. LEMBO, La tutela della vittima nelle fonti dell'ONU, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. La situazione in Italia, in A.M. CASALE, P. DE PASQUALI e M.S. LEMBO (a cura di), Vittime di crimini violenti - Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014, p. 45 e ss.

corpus contenente i diritti delle vittime di reato, alla cui realizzazione hanno contribuito in notevole misura anche quelli che erano allora considerati i più grandi esperti di vittimologia (costituiti in una commissione creata ad hoc, il *Committee on Codes of Conduct for Victims*, in occasione del IV Simposio Internazionale di Vittimologia, tenutosi in Giappone nel 1982).³⁰

I principali interventi dell'ONU che hanno concorso alla creazione dell'anzidetto *corpus* sono stati:

- I. la *Risoluzione n. 40/34, "Dichiarazione dei basilari principi di giustizia per le vittime del reato e abuso di potere"*, adottata il 29 novembre 1985 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Questo provvedimento costituisce senza dubbio alcuno un documento di notevole importanza, giacché racchiude in sé l'impegno dell'assemblea a lavorare per l'adozione delle linee guida a favore dei diritti delle vittime, i quali, sino a quel momento, non erano stati loro adeguatamente riconosciuti. Il documento fornisce della vittima la seguente definizione: «art. 1) sono vittime quelle persone che, individualmente o collettivamente, hanno sofferto un pregiudizio, incluso un danno fisico o mentale, una sofferenza emotiva, una perdita economica o una sostanziale menomazione dei loro diritti fondamentali, attraverso azioni od omissioni che violano le leggi penali in vigore negli stati membri, ivi comprese quelle leggi che vietano penalmente l'abuso di potere». All'art. 2) si precisa che «il termine vittima include anche, eventualmente, i prossimi congiunti o le persone a carico della vittima diretta e le persone che hanno sofferto un pregiudizio intervenendo in aiuto delle vittime in difficoltà o per prevenire la vittimizzazione».³¹ In sostanza, la dichiarazione distingue due diversi processi che conducono allo stato di vittimizzazione: vi è chi diventa vittima a causa dell'agire di un altro individuo ai suoi danni e a dispetto della legge, e chi si trova in detta situazione in seguito ad un abuso di potere da parte dello stato. Ma, in ogni caso, è raccomandato agli stati di adottare delle misure che siano idonee ad assicurare un

³⁰ M.S. LEMBO, La tutela della vittima nelle fonti dell'ONU, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. La situazione in Italia, in A.M. CASALE, P. DE PASQUALI e M.S. LEMBO (a cura di), *Vittime di crimini violenti - Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014, p. 45 e ss.

³¹ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (A/RES/40/34) 29 novembre 1985, in L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 4 e ss.

ristoro in termini di risarcimento, restituzioni o riabilitazione a favore della vittima.³² L'adozione di questo documento ha innegabilmente rappresentato un evento di "rivoluzione sociale" nella la storia dei diritti dell'uomo.

- II. la *Risoluzione n. 1997/33* sugli "*Elementi di una responsabile prevenzione della criminalità: standards e norme*" approvata il 21 luglio 1997 dall'*Economic and social Council* dell'ONU. Considerando la biasimevole condizione del sistema di giustizia penale e il sovraffollamento delle carceri, la risoluzione in esame riafferma la preminenza dei diritti del reo sulle esigenze di repressione del crimine e, allo stesso modo, sottolinea ancora una volta l'esigenza di apprestare alla vittima del reato l'assistenza e la protezione che si convengono, senza che si corra il pericolo di innescare un processo di "rivittimizzazione".
- III. la *Risoluzione n.1998/23* sulla "*Cooperazione internazionale tesa alla riduzione del sovraffollamento delle prigioni ed alla promozione di pene alternative*" adottata dall'*Economic and Social Council* dell'ONU del 28 luglio 1998. L'atto esorta gli stati membri a preferire, nei propri ordinamenti nazionali, delle sanzioni alternative rispetto a quelle custodiali, e a favorire, per quanto attiene ai reati di minore gravità, delle soluzioni alternative quali: la mediazione, forme di riparazione di tipo civilistico, accordi di reintegrazione economica della vittima da parte del colpevole o meccanismi di compensazione tramite il lavoro di quest'ultimo in favore della persona offesa.
- IV. la *Risoluzione n. 1999/26* sullo "*Sviluppo ed attuazione di interventi di mediazione e giustizia riparativa nell'ambito della giustizia penale*" del 28 luglio 1999 dell'*Economic and Social Council* dell'ONU, la quale, come la risoluzione dell'anno precedente, tende a incentivare la mediazione e altre forme di giustizia riparativa che, sotto la guida dell'autorità giudiziaria, agevolino il risarcimento del danno in favore della vittima o, in alternativa, la compensazione tramite attività e servizi offerti dal reo alla comunità.
- V. la *Dichiarazione di Vienna* su "*Criminalità e giustizia*", approvata tra il 10 e il 17 aprile 2000 in occasione del *X Congresso dell'ONU* sulla "*Prevenzione del crimine e il trattamento dei detenuti*", che, come suggerisce il nome, ha ad oggetto la prevenzione della criminalità, la lotta al crimine transnazionale in un'ottica di

³² L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 4 e ss.

cooperazione tra i vari stati membri, alla valorizzazione del principio di legalità e all'ulteriore consolidazione del sistema di giustizia penale.

- VI. la *Risoluzione n. 2000/14* sui “*Principi base sull’uso dei programmi di giustizia riparativa in materia criminale*” approvata il 27 luglio 2000 dall’*Economic and Social Council* dell’ONU. Questa predispone un allegato nel quale sono indicati i principi di base da tenere in considerazione nell’adoperare le diverse forme di giustizia riparativa. Destinatari di tale schema sono, non solo gli stati membri, ma anche le organizzazioni governative e non governative, come pure gli organismi afferenti all’ONU che si occupano di politica criminale, nel chiaro disegno di creare su detta materia un sistema di principi comuni.
- VII. la *Risoluzione n. 55/59* sulla “*Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia: nuove sfide nel XXI secolo*” approvata il 4 dicembre del 2000 dall’Assemblea generale dell’ONU: che mette nuovamente in evidenza l’indispensabilità di una giustizia riparativa come mezzo di prevenzione del crimine e tramite il quale si favorisce l’assopimento del conflitto tra responsabili del delitto, vittima e collettività.
- VIII. Da ultimo, la *Risoluzione n. 2002/15* sui “*Principi base circa l’applicazione di programmi di giustizia*”, con la quale si cerca di esortare i paesi membri a compiere un ulteriore sforzo nell’adottare dei programmi di giustizia riparativa.³³

Anche l’istituzione dei Tribunali penali internazionali segna un passo in avanti nella crescente rivalutazione che la figura della vittima del reato ha ottenuto nella scena internazionale. In particolare, gli statuti e i regolamenti del *Tribunale penale internazionale per l’ex Jugoslavia* e del *Tribunale penale internazionale per il Rwanda*, prendono in considerazione la vittima quale potenziale testimone nel processo e, al fine di proteggerla da eventuali minacce, intimidazioni e ritorsioni da parte dell’imputato, prevedono per essa una serie di tutele protettive. Nell’art. 2 dei regolamenti di cui sopra (I.C.T.Y e I.C.T.R.), la vittima è definita «una persona contro la quale è stato commesso un reato sul quale ha giurisdizione il Tribunale».³⁴ Questa definizione risulta essere piuttosto restrittiva, probabilmente perché figlia del modello ordinamentale di *common law*, a cui effettivamente

³³ M.S. LEMBO, La tutela della vittima nelle fonti dell’ONU, del Consiglio d’Europa e dell’Unione europea. La situazione in Italia, cit., p. 45 e ss.

³⁴ P. RIVIELLO, Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle Corti penali internazionali, in *Criminalia*, 2016, 1, p. 534 e ss.

sembra ispirarsi, nel quale la vittima occupa un ruolo non determinante. Attori della scena processuale sono l'imputato e l'accusatore, protagonisti di uno scontro che si svolge davanti al giudice terzo e che non lascia spazio a nessun altro. Un'inversione di tendenza si ha con lo *Statuto di Roma* del 1998, che istituisce la Corte penale internazionale e che pone la vittima del reato in una posizione che non è quella di parte del processo, ma di soggetto processuale. Posizione, quest'ultima, che le assegna dei poteri di partecipazione che prima le erano pressoché sconosciuti e, in più, il diritto alla riparazione. L'art. 68 dello Statuto di Roma, per l'appunto, recita: «quando siano coinvolti gli interessi personali delle vittime, la Corte permetterà che il loro punto di vista e le loro osservazioni siano presentate e prese in considerazione durante le fasi del procedimento ritenute appropriate dalla Corte stessa e con modalità che non siano pregiudizievoli o contrastanti con il diritto dell'imputato ad un dibattimento equo ed imparziale». La partecipazione della vittima, come si legge dal testo dell'articolo appena riportato, non può avvenire in qualsiasi fase del procedimento, ma la decisione di ritenere le fasi "appropriate" è completamente rimessa alla discrezionalità del giudice; perciò, non si può ancora parlare di un pieno potere di partecipazione con riferimento alla persona offesa. D'altro canto, come precisa lo stesso art.68, l'intervento della vittima nel processo è interposto dal suo legale rappresentante, il quale è certamente in grado di renderlo più efficace e favorevole di quanto non sarebbe capace di fare la vittima partecipando personalmente.

Inoltre, lo statuto nel fornire una definizione di vittima non accoglie la formula più estensiva della *Risoluzione n. 40/34* dell'ONU del novembre 1985 (di cui al punto I del presente paragrafo), ma, alla *rule 85*, opta per una nozione più restrittiva, per cui «vittime sono le persone fisiche che abbiano sofferto un pregiudizio come risultato di un reato rientrante nella giurisdizione della Corte», e aggiunge «possono essere considerate vittime le organizzazioni o istituzioni che abbiano subito un pregiudizio diretto dei loro beni, se dedicati alla religione, educazione, arte o scienza o a finalità di beneficenza, e ai loro monumenti storici, ospedali e altri luoghi e oggetti adibiti a scopi umanitari». In quest'ultimo caso, cioè qualora a patire il pregiudizio sia un'organizzazione o istituzione, spetta alla Corte la valutazione sulla loro qualità di vittime ai fini della riparazione del danno subito.

È importante evidenziare come, la stessa *rule 86* riconosca, all'interno della categoria delle vittime, una sottocategoria nella quale rientrano: minori, anziani, vittime di reati sessuali e disabili a cui va riconosciuto un particolare riguardo.

Alle vittime l'art. 75 riconosce il c.d. diritto alla riparazione, che include restituzioni, risarcimento e riabilitazione da parte del reo. Per di più, è stato istituito il *Trust fund*, cioè un fondo di garanzia per le vittime e i loro familiari, finanziato dal gettito delle sanzioni pecuniarie comminate dalla stessa Corte e dai beni da essa confiscati.

Dal provvedimento in esame, emerge chiaramente la volontà della Corte di far fronte a due necessità opposte: da un lato, quella di garantire alla vittima del reato la protezione di cui ha bisogno e di assicurarle una veste partecipativa all'interno del processo che le consenta di ottenere i risultati attesi dalle sue istanze di giustizia; dall'altro lato, c'è il diritto dell'imputato a vedere garantiti i suoi diritti di difesa, perciò lo sforzo dev'essere compiuto nel senso di assicurare una ragionevole durata del processo, a costo di limitare e moderare gli interventi della vittima del reato.^{35 36}

2.2.2 I PROVVEDIMENTI DEL CONSIGLIO D'EUROPA.

A partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso il Consiglio d'Europa si è adoperato, attraverso l'adozione di una nutrita serie di provvedimenti, che - sebbene non vincolanti - hanno tentato di sollecitare i legislatori dei paesi membri a concentrare la propria attenzione sulle vittime di reato, da questi per troppo tempo dimenticate. Il fine era quello di contrastare il fenomeno della vittimizzazione secondaria, di prestare un'adeguata assistenza sociale alle vittime e di garantire loro il diritto alla riparazione. I principali documenti adottati dal Consiglio - alcuni dei quali hanno come destinatarie le vittime del reato in senso lato, mentre altri hanno un oggetto più settoriale - sono stati:

- I. la *Risoluzione n. (77) 27* sul “*Risarcimento alle vittime di reati violenti*”, adottata il 28 settembre del 1977 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la quale vengono indicate le linee principali in tema di risarcimento e con cui si esortano i legislatori nazionali a predisporre un sistema statale di indennizzo per le vittime di reati intenzionali violenti. Questi sistemi dovrebbero subentrare nell'ipotesi in cui l'indennizzo non si possa ottenersi ad altro titolo.

³⁵ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 4 e ss.

³⁶ Cfr., C. MELONI, *Vittime e giustizia penale internazionale*, in L. LUPÀRIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Wolters Kluwer- CEDAM, p. 45 e ss.

- II. la *Raccomandazione n. (83) 7* inerente “*La partecipazione della società alla politica criminale*”, approvata il 23 giugno 1983 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, all’interno della quale si manifesta l’obiettivo di inserire la protezione e le necessità della vittima di reato tra le finalità della nuova politica criminale.
- III. la *Convenzione Europea* in tema di “*Risarcimento alle vittime di reati violenti*” emanata a Strasburgo il 24 febbraio 1983 dal Consiglio d’Europa. Questa si compone di venti articoli, ripartiti in tre titoli: “Principi fondamentali” (artt. 1-11), “Cooperazione internazionale” (artt. 12 e 13) e “Clausole finali” (artt. 14-20). Il proposito di questa Convenzione è quello di premere, ancora una volta, sugli stati affinché si dotino - o potenzino, qualora già sia esistente - di un sistema di risarcimento statale nei confronti delle vittime di reati violenti, che operi qualora non sia stato individuato un colpevole o quando questi non sia in grado di provvedervi perché privo delle risorse necessarie. Attraverso lo stato, è la collettività che, sulla scorta di un principio di solidarietà che orienta queste politiche di natura risarcitoria, provvede in sostituzione del reo. Tale convenzione, si deve sottolineare con rammarico, non è stata ratificata né sottoscritta dallo Stato italiano (in compagnia di Russia, Serbia e Turchia).
- IV. la *Raccomandazione n. (85) 4* a tutela delle “*Vittime delle violenze in ambito familiare*”, adottata il 26 marzo 1985 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, con il fine di sensibilizzare gli stati membri a prevenire e contrastare la commissione dei reati di violenza familiare e di individuare un sistema di protezione per le vittime di questa tipologia di reati.
- V. la *Raccomandazione n. (85) 11* su “*La posizione delle vittime nell’ambito del diritto penale e della procedura penale*” adottata il 28 giugno 1985 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa. Questa raccomandazione rappresenta il primo vero statuto della vittima del reato nel processo penale. Segnatamente, la raccomandazione guarda alle misure a tutela della vittima che dovrebbero esserle assicurate durante tutta la durata del procedimento, a partire dal momento immediatamente successivo al verificarsi del fatto, che è quello in cui la vittima per la prima volta entra in contatto con la polizia giudiziaria. In questo contesto, lo stato dovrebbe provvedere a fornire una formazione idonea al personale in questione, in modo che questo possa opportunamente provvedere ai bisogni della vittima, a fornirle sufficienti informazioni sull’accessibilità alla rete di assistenza esistente e

sulla possibilità di esigere un risarcimento del danno da parte di colui che ha commesso il fatto di reato e, se esistono gli estremi, da parte dello stato;

- VI. la *Raccomandazione n. (87) 21* sull' "assistenza alle vittime e sulla prevenzione della vittimizzazione" adottata il 17 settembre 1987 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Questa raccomandazione, nell'ottica di evitare la cosiddetta vittimizzazione secondaria, invita gli stati membri ad adottare delle misure che possano salvaguardare la vittima, possibilmente attraverso strade come la mediazione tra vittima e reo;
- VII. non ci si può esimere dall'indicare la *Raccomandazione n. (97) 13*, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 10 settembre 1997, in tema di intimidazione dei testimoni e di diritti della difesa. Nell' allegato, alla sezione IV rubricata "*Misure concernenti i testimoni vulnerabili, con particolare riguardo ai reati commessi in ambito familiare*", i principi 19 e 20 sono dichiaratamente dedicati alla tutela testimoniale della vittima minorenni. Come vedremo meglio in seguito, anche la decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001 (2001/220/GAI) si prefigge il medesimo scopo della raccomandazione appena citata, cioè quella di dettare delle regole uniformi sul territorio dell'unione poste a presidio della testimonianza delle vittime maggiormente vulnerabili.
- VIII. la *Raccomandazione n. (99) 19* sulla "*Mediazione in materia penale*", adottata il 15 settembre 1999 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in cui gli stati membri sono chiamati a dare impulso alla mediazione penale, tenendo però in considerazione i principi generali indicati nell'appendice alla raccomandazione.
- IX. la *Raccomandazione n. (99) 22* a proposito di "*Sovraffollamento carcerario e l'inflazione della popolazione carceraria*", adottata il 30 settembre 1999 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella quale si cerca di favorire tutte quelle modalità di risoluzione della controversia tra vittima e reo, come la mediazione, che portino ad un esito alternativo alla detenzione, con il precipuo scopo di combattere il sovraffollamento delle carceri.
- X. le *Linee guida sulla protezione degli atti terroristici* del 2 marzo 2005;
- XI. la *Raccomandazione n. (05) 9*, adottata dal Comitato dei ministri il 20 aprile 2005 in tema di protezione dei testimoni e dei collaboratori di giustizia.³⁷

³⁷ M.S. LEMBO, La tutela della vittima nelle fonti dell'ONU, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. La situazione in Italia, cit., p. 45 e ss.

XII. la Raccomandazione n. (06) 8 in materia di “Assistenza alle vittime del crimine”, adottata il 14 giugno 2006 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa. Questa sostituisce la Raccomandazione (87) 21 e guarda all’assistenza della vittima, che deve comprendere anche un’agevolazione all’accesso alla giustizia penale e, più in generale, ogni tipo di sostegno che le consenta di non subire ulteriore nocimento a causa del sistema-giustizia.³⁸ Più specificatamente, l’atto fornisce una definizione di “vittima del reato”, secondo cui la vittima è «*a natural person who has suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering or economic loss, caused by acts or omissions that are in violation of the criminal law of a member state. The term victim also includes, where appropriate, the immediate family or dependants of the direct victim*» (art. 1, par. 1). In aggiunta, offre una definizione di “vittimizzazione secondaria” (art.1) e afferma che i legislatori nazionali dovranno sempre seguire la regola aurea del rispetto della sicurezza, della dignità, della vita privata e familiare delle vittime, e di considerare sempre le conseguenze traumatiche che discendono dal crimine (art. 2). A tal proposito, il legislatore si deve impegnare a garantire misure adeguate di assistenza e supporto (artt. 3 e 5) che siano indirizzate a lenire il patimento della vittima che consegue dall’aver subito un delitto, soprattutto laddove questa sia una persona che versi in una condizione di particolare vulnerabilità. Quest’ultima condizione va valutata avendo considerazione delle caratteristiche personali della vittima e/o del crimine (art. 3 par. 4). Le vittime, perché sia garantita loro piena assistenza, devono essere informate tempestivamente, sin dai loro primi contatti con le autorità, dei loro diritti e dei servizi di assistenza per loro predisposti (art. 6). Allo scopo di tutelare l’integrità psico-fisica della vittima, per di più, deve essere posta particolare attenzione al momento in cui questa dovesse trovarsi a testimoniare al processo contro l’autore del delitto, in modo tale da evitare l’ulteriore danno della vittimizzazione secondaria/ripetuta (art. 10). In aggiunta, si fa espresso riferimento alla formazione del personale e degli operatori che entrino in contatto con la vittima (art. 12), all’esigenza di sensibilizzare la società perché sia in grado di comprendere il dolore che la vittima attraversa (art. 16) e, infine, sottolinea l’importanza che si sperimenti la mediazione tra autore del reato e persona offesa

³⁸ G. UBERTIS, La prova dichiarativa debole, problemi, prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale, in Cassazione penale, 2009, 10, p. 4058.

(art. 13), probabilmente anche per perseguire uno scopo deflattivo della giustizia intesa in senso stretto.³⁹

XIII. la *Risoluzione dei Ministri della Giustizia del Consiglio d'Europa*, adottata durante la 27ª Conferenza del 12 e 13 ottobre 2006, tenutasi in Armenia, nella quale si cerca di individuare degli strumenti nuovi che siano in grado di offrire alla vittima un percorso di assistenza, protezione e tutela che sia il più agevole possibile: sia nel senso di evitarle le lungaggini del procedimento, sia in quello di favorire il suo accesso alla giustizia e all'indennizzo. In altri termini, il proposito della Risoluzione è stato quello di evitare che la vittima, che ha già patito la propria pena a causa del reato, diventi vittima due volte.⁴⁰

Abbiamo visto come l'attenzione alla vittima negli ultimi decenni non sia mancata, ma gli atti di *soft law* più importanti a livello di tutela della vittima/testimone vulnerabile sono di certo quelle riportate di seguito.

Innanzitutto, è da richiamare la *Convenzione di Varsavia* del 16 maggio 2005 sulla tratta di esseri umani, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con la legge del 2 luglio 2010 n. 108.⁴¹

Qui il concetto di vulnerabilità appare già nella definizione di “tratta di essere umani” di cui all'art. 4, per cui si intende «il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha l'autorità su un'altra, a fini di sfruttamento [...]». Nel seguente art. 5, in tema misure di prevenzione, è previsto che gli stati membri debbano provvedere alla formazione del personale, con particolare attenzione nei riguardi dei soggetti vulnerabili, e di predisporre dei protocolli al fine di prevenire la vulnerabilità dei minori nei reati di tratta di esseri umani. Ancora, sulla base dell'art. 12, l'assistenza apprestata alle vittime dallo stato dev'essere approntata in modo da tenere debitamente in considerazione

³⁹ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, cit.

⁴⁰ M.S. LEMBO, La tutela della vittima nelle fonti dell'ONU, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. La situazione in Italia, cit., p. 48 e ss.

⁴¹ Legge 2 luglio 2010, n.108, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno” (Pubblicata in G.U. 15 luglio 2010, n. 163).

le particolari esigenze delle persone vulnerabili e i diritti dei minori circa alloggio, istruzione e cure. Infine, all'art. 28, è previsto che si offrano misure di protezione adeguate alle possibili intimidazioni o ritorsioni che la vittima potrebbe subire da parte dell'accusato durante le indagini e durante o dopo il procedimento penale. In particolare, probabilmente volendo lasciar intendere che essi si trovino in una posizione di vulnerabilità, per i minori sono previste particolari protezioni per tutelare il loro "superiore interesse".⁴²

Sempre nella cornice internazionale, inoltre, vi sono state anche varie Convenzioni del Consiglio d'Europa che hanno avuto ad oggetto la tutela dei diritti della persona minore di età: dalle *Convenzioni di New York* del 1989 e di *Oviedo* alla più recente *Convenzione di Lanzarote* del 2007 in tema di protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali⁴³, i quali ancora oggi costituiscono una drammatica piaga sociale. La ratifica della Convenzione di Lanzarote è stata eseguita in Italia con la Legge del 01 ottobre 2012 n. 172.⁴⁴ La convenzione in commento mostra una peculiare premura nei confronti del soggetto passivo del reato che sia particolarmente vulnerabile. Per rendersi conto di ciò, basta leggere alcuni articoli da cui emerge chiaramente la volontà di punire e perseguire il reato di abuso sessuale (da intendersi anche come atto sessuale praticato con il minore) ai danni di chi si trovi in una situazione di particolare vulnerabilità: cioè praticato «abusando di una situazione di particolare vulnerabilità del bambino, a causa della disabilità fisica o mentale o di una situazione di dipendenza» (art. 18), e di considerare come circostanza aggravante del reato il fatto che «il reato sia stato commesso contro una vittima particolarmente vulnerabile» (art. 28). Per di più, in base all'art. 32, i crimini oggetto della convenzione sono procedibili d'ufficio, anche nel caso in cui la vittima dovesse ritrattare, al fine di combatterli più efficacemente.⁴⁵

Sono dettate, inoltre, le definizioni dei termini "minore" e "vittima", intendendosi con il primo il soggetto che ancora non abbia compiuto 18 anni di età, e con il secondo il soggetto minorenni che abbia subito uno sfruttamento o un abuso sessuale. La convenzione

⁴² C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, cit.

⁴³ F. ANGELI, La giurisdizione minorile e i soggetti vulnerabili, in *Minori Giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione tra minori e giustizia*, 2019, 1, p. 55.

⁴⁴ Legge 1 ottobre 2012, n. 172, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno" (Pubblicata in G. U. 8 ottobre 2012, n. 235).

⁴⁵ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, cit., p. 535.

ha il dichiarato scopo di far sì che le parti contraenti adottassero delle misure volte a contrastare questo drammatico fenomeno delittuoso, attraverso l'osservanza di obblighi di natura sostanziale e, correlativamente, processuale. Segnatamente, si richiedeva a ciascuna parte contraente di emanare dei provvedimenti la cui *ratio* fosse quella di preservare i diritti del minore e garantirli durante tutto l'arco del procedimento penale. Necessità primaria, questa, nei confronti del soggetto in età puerile che abbia già sofferto a causa dei reati presi in esame dalla Convenzione e che già portano con sé un enorme strascico emotivo e psicologico. Il processo diventa allora un "presidio difensivo" del minore e della sua acerba personalità dalla vittimizzazione secondaria. Il ponte tra l'esigenza di cautelare il minore durante le diverse fasi del procedimento e quella di preservare la genuinità delle dichiarazioni dallo stesso rese è rappresentato dall'art. 35 della Convenzione, che detta delle regole procedurali circa i "colloqui con il bambino". Queste regole prevedono dei veri e propri precetti che devono essere osservati durante l'intervista o l'esame del minore, anche allorquando questo non sia vittima ma semplice testimone del reato per cui si procede, in modo da offrire un'assistenza specialistica al bambino nel momento in cui gli viene chiesto di richiamare alla memoria un ricordo traumatico e doloroso; in più, attraverso queste regole si vuole evitare l'incisività incalzante degli investigatori.

Più dettagliatamente, l'art. 35 par. 1 dispone che le misure adottate dai legislatori nazionali devono assicurare che:

- a. l'audizione del minore avvenga senza ingiustificati ritardi, dopo che vi sia stata la segnalazione del fatto all'autorità competente.
- b. l'intervista abbia luogo, dove necessario, in locali concepiti o adattati a tale scopo.
- c. le interviste del minore siano condotte da (o alla presenza di) professionisti formati a tal fine.
- d. le interviste con il bambino devono essere eseguite, se necessario e opportuno, sempre dalla stessa persona.
- e. il numero delle audizioni deve essere limitato il più possibile e fino al necessario per garantire lo svolgimento del procedimento penale.
- f. il minore può essere accompagnato dal suo legale rappresentante o, ove necessario, da un adulto a sua scelta, salvo sia intervenuta una decisione contraria e motivata nei confronti di tale persona.

Inoltre, al secondo paragrafo, la disposizione aggiunge che la raccomandazione per cui ogni parte adotti i provvedimenti legislativi o di altra natura affinché le audizioni della vittima o

del minore testimone dei fatti possano essere oggetto di registrazione audiovisiva, e che questa possa essere ammessa quale mezzo di prova nel processo penale, conformemente alle regole previste dal diritto interno. Infine, al terzo paragrafo, sancisce che qualora l'età della vittima risulti essere incerta e vi sia la possibilità che si tratti di un minore, le misure previste dai precedenti paragrafi si applicano in attesa che ne sia verificata l'età.

Al par. 2 dell'art. 36 della Convenzione, invece, si affrontano gli aspetti più propriamente processuali, poiché si dispone che l'audizione del minore in sede processuale avvenga a porte chiuse oppure attraverso l'audizione a distanza, in modo tale da evitare che il minore debba fisicamente presentarsi in tribunale.⁴⁶ Dal combinato disposto del par. 1 dell'art. 36 e del par. 1 dell'art. 34 della Convenzione, invece, emerge la norma per cui è richiesto agli stati membri di provvedere e agevolare la preparazione e la formazione specialistica di tutti coloro che, nell'ambito del procedimento penale, entrino in contatto con il giovane che sia stato vittima o involontario spettatore dei crimini di sfruttamento e abusi sessuali. Quindi, tutti gli operatori che si trovino a dover interloquire con il minore in fase di indagini preliminari o durante il processo (polizia giudiziaria, giudici, avvocati, pubblici ministeri, servizi sociali, etc...) sono chiamati ad essere formati in materia di diritti, sfruttamento e abuso sessuale nei confronti dei minori.

L'Italia, è importante precisarlo, attraverso la già citata L. 172/2012, ha adottato diverse disposizioni di adeguamento della disciplina interna agli obblighi della Convenzione, alcune delle quali hanno addirittura introdotto o modificato delle fattispecie di reato all'interno del nostro Codice penale e che, come vedremo meglio nei capitoli successivi, creano un quadro normativo di non facile coordinamento con la legislazione preesistente.^{47 48}

Un'altra Convenzione del Consiglio d'Europa che non ci si può esimere dal prendere in esame è la *Convenzione di Istanbul* dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Il risultato che la Convenzione si prefigge di raggiungere è quello di conquistare l'eguaglianza di genere, in ambito giuridico e sociale, e per il quale è necessario contrastare la violenza di cui le donne sono spesso

⁴⁶ S. MARTELLI, La convenzione di Lanzarote e Istanbul, un quadro d'insieme, in L. LUPÀRIA. Lo statuto europeo delle vittime di reato, Wolters Kluwer- CEDAM, p. 31 e ss.

⁴⁷ P. PITTARO, Ratificata la convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro sfruttamento e l'abuso sessuale: le modifiche al Codice penale, in *Famiglia e diritto*, 2013, 4, p.403.

⁴⁸ Cfr. S. MARTELLI, La convenzione di Lanzarote e Istanbul, un quadro d'insieme, in L. LUPÀRIA. Lo statuto europeo delle vittime di reato, Wolters Kluwer- CEDAM, p. 31 e ss.

vittime silenti. Gli stati contraenti sono chiamati a far ciò predisponendo un sistema di protezione e assistenza a favore delle donne vittime di questi reati, prestando sostegno alle organizzazioni e istituzioni che si trovano in prima linea nell'offrire questi servizi, e a fare prevenzione mentre si cerca di contrastare e sradicare questo triste fenomeno. Peraltro, tutto ciò sarebbe funzionale a favorire la reale parità dei sessi, l'autodeterminazione e l'autonomia della donna. La convenzione precisa, all'art. 3 lett. a, cosa debba intendersi per violenza contro le donne: ovvero, ogni «forma di discriminazione che comprende tutti 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»⁴⁹. Identica cosa fa per la violenza domestica all'art. 3 lett. b, per cui si intendono «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 della vittima»⁵⁰.

Ciò che più preoccupa di quest'ultimo tipo di violenza è che, essendo compiuta da partner, nella gran parte dei casi i figli assistono alla violenza subita dalla propria madre e ne sono testimoni. Ciò comporterà delle conseguenze traumatiche per il minore, quanto o più gravi di quelle che riporta la madre - vittima diretta della violenza - per via della loro impressionabilità. Proprio a proposito di "violenza assistita", la Convenzione - come indicato nel suo preambolo e nell'ambito dei reati di violenza domestica - estende la sua portata protettiva, non solo alle donne, ma anche ai bambini, sia che siano vittime dirette della violenza, sia nel caso in cui ne siano "solo" testimoni. Ma cosa si intende per vittima nell'ambito del documento normativo in esame? Con il termine "vittima" si intende «qualsiasi persona fisica che subisce gli atti o i comportamenti di violenza di cui sopra» (art. 3 lett. e) e, come abbiamo poc'anzi specificato, include, nella violenza domestica, anche i minori che siano testimoni della stessa. Per "donne", invece, l'art. 3 lett. f puntualizza che devono intendersi «anche le ragazze di meno di 18 anni».⁵¹

La vulnerabilità qui viene in rilievo innanzitutto all'art. 12.3 che, tra gli obblighi generali delle parti, dispone che nell'adozione delle misure di prevenzione si «devono prendere in

⁴⁹ M. AGLIASTRO, La violenza sulle donne nel quadro della violazione dei diritti umani e della protezione del testimone vulnerabile, in collana Diritto e Prospettive, Aracne editrice, 2014, p.233 e ss.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p.10.

considerazione i bisogni specifici delle persone in circostanze di particolare vulnerabilità, e concentrarsi sui diritti umani di tutte le vittime».

Anche l'art. 46 lett. c, rubricato "circostanze aggravanti", tiene a mente la vulnerabilità della vittima. Stabilisce, infatti, che «le parti adottano le misure legislative o di ogni altro tipo necessarie per garantire che le seguenti circostanze, purché non siano elementi costitutivi del reato, possano, conformemente alle disposizioni pertinenti del loro diritto nazionale, essere considerate come circostanze aggravanti nel determinare la pena per i reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione: [...] c) il reato è stato commesso contro una persona in circostanze di particolare vulnerabilità [...] ».

Se in generale gli obblighi di protezione e sostegno degli stati contraenti a favore delle vittime sono disciplinati agli artt. 18-28, all'art. 49 si disciplina un aspetto più procedurale. Questo, infatti, prevede che gli stati provvedano a «garantire che le indagini e i procedimenti penali relativi a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione siano avviati senza indugio ingiustificato, prendendo in considerazione i diritti della vittima in tutte le fasi del procedimento penale». A completare questo quadro interviene poi l'art. 56, il quale detta le misure destinate a «proteggere i diritti e gli interessi delle vittime, compresi i loro particolari bisogni in quanto testimoni in tutte le fasi delle indagini e dei procedimenti giudiziari, in particolare: a) garantendo che siano protette, insieme alle loro famiglie e ai testimoni, dal rischio di intimidazioni, rappresaglie e ulteriori vittimizzazioni; b) garantendo che le vittime siano informate, almeno nei casi in cui esse stesse e la loro famiglia potrebbero essere in pericolo, quando l'autore del reato dovesse evadere o essere rimesso in libertà in via temporanea o definitiva; c) informandole, nelle condizioni previste dal diritto interno, dei diritti e dei servizi a loro disposizione e dell'esito della loro denuncia, dei capi d'accusa, dell'andamento generale delle indagini o del procedimento, nonché del loro ruolo nell'ambito del procedimento e dell'esito del giudizio; d) offrendo alle vittime, in conformità con le procedure del loro diritto nazionale, la possibilità di essere ascoltate, di fornire elementi di prova e presentare le loro opinioni, esigenze e preoccupazioni, direttamente o tramite un intermediario, e garantendo che i loro pareri siano esaminati e presi in considerazione; e) fornendo alle vittime un'adeguata assistenza, in modo che i loro diritti e interessi siano adeguatamente rappresentati e presi in considerazione; f) garantendo che possano essere adottate delle misure per proteggere la vita privata e l'immagine della vittima; g) assicurando, ove possibile, che siano evitati i contatti tra le vittime e gli autori dei reati all'interno dei tribunali e degli uffici delle forze dell'ordine;

h) fornendo alle vittime, quando sono parti del processo o forniscono delle prove, i servizi di interpreti indipendenti e competenti; i) consentendo alle vittime di testimoniare in aula, secondo le norme previste dal diritto interno, senza essere fisicamente presenti, o almeno senza la presenza del presunto autore del reato, grazie al ricorso a tecnologie di comunicazione adeguate, se sono disponibili». Lo stesso articolo aggiunge poi, al paragrafo successivo, che le specifiche misure di protezione predisposte per il bambino vittima o testimone di violenza contro le donne e violenza domestica prendano in considerazione il suo interesse superiore. Infine, questa convenzione, come quella di Lanzarote, prevede la procedibilità d'ufficio dei reati di cui alla stessa, anche qualora la querela sia stata ritrattata (art. 55), al fine di frenare un fenomeno sempre più dilagante e preoccupante.⁵² Essa è stata ratificata dall'Italia, con voto all'unanimità delle Camere, dalla Legge n. 77 del 27 giugno 2013.⁵³

In conclusione, potremmo affermare che tali Convenzioni hanno assunto un'importanza e un vigore che nel tempo sono andate gradatamente aumentando, e ciò è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità, dalla Corte costituzionale e soprattutto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa, in particolare, è ricorsa ai principi e ai valori da queste riconosciute tutte le volte in cui gli stessi non trovavano un corrispondente riferimento all'interno della CEDU.^{54 55}

⁵² Cfr. S. MARTELLI, La convenzione di Lanzarote e Istanbul, un quadro d'insieme, in L. LUPÀRIA. Lo statuto europeo delle vittime di reato, Wolters Kluwer- CEDAM, p. 31 e ss.

⁵³ Legge 27 giugno 2013, n.77, "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2002" (Pubblicata in G.U. 1 luglio 2013, n.152).

⁵⁴ G. SPADARO, La giurisdizione minorile e i soggetti vulnerabili, in *Minorigiusitizia*, 2019, 1, p. 55.

⁵⁵ Cfr., F. CASSIBBA, Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul, in M. BARGIS e H. BELLUTA, Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 75 e ss.

2.3 LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: VITTIME E VULNERABILITÀ.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma nel 1950, è entrata a far parte del nostro diritto positivo con la legge di ratifica del 4 agosto 1955, n. 848 e, in più, la nostra carta costituzionale, per mezzo dell'art. 117 (per come modificato dalla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), impone allo stato e alle regioni di legiferare -oltre che nel rispetto della stessa Costituzione – in osservanza dei vincoli che discendono dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. Attraverso questa norma si può attribuire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) un valore superiore alle norme interne - sebbene subcostituzionale - ragion per cui, in caso di conflitto tra una disposizione Cedu e una disposizione interna, sarà quest'ultima ad essere tacciata di incostituzionalità. L'importanza che questa convenzione ricopre all'interno del nostro ordinamento in ambito di diritti e garanzie dell'individuo sono perciò facilmente intuibili. Ed è anzitutto ad essa e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo che dobbiamo guardare per capire quali prerogative sono riconosciute alle vittime nel quadro europeo e del “giusto processo” che essa tratteggia.

2.3.1 LA VITTIMA NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO.

La prima volta che il termine “vittima” figura all'interno della Convenzione è all'art. 34, nel quale viene identificata in quei soggetti che lamentano di aver subito una violazione da parte delle Parti contraenti dei diritti garantiti dalla stessa.⁵⁶ Tuttavia, all'interno del corpo della Convenzione non si rintraccia alcuna definizione di “vittima di reato”, ma, al contrario, l'attenzione sembra porsi solo sull'autore dello stesso.⁵⁷ Su questo punto è però intervenuta la fitta giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che ha provveduto ad interpretare alcune

⁵⁶ Art. 34 CEDU: “*La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto*”.

⁵⁷ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 11.

disposizioni della Convenzione in maniera tale da assicurare alla vittima una tutela di stampo penalistico.⁵⁸ In diverse pronunce, infatti, la Corte ha ribadito l'esigenza «*to safeguard victims' rights and their proper place in criminal proceeding*»⁵⁹ senza che siano recisi i diritti dell'imputato, in particolare il *right to confrontation*.⁶⁰

La prima volta che la Corte si è pronunciata su questo tema è stato nel caso *X and Y c. Paesi Bassi*⁶¹: il padre di una giovane donna affetta da una forma di *handicap* mentale, che si credeva essere stata abusata sessualmente durante la propria permanenza all'interno di un istituto che accoglieva persone inferme di mente, si rivolge alla Corte per denunciare inerzia delle autorità olandesi, le quali non avevano provveduto ad avviare un'indagine in proposito. Queste, infatti, sostenevano che, per la legge olandese, la denuncia del fatto dovesse provenire direttamente dalla vittima e non da parte del suo legale rappresentante. La Corte, facendo leva sull'art. 8 della CEDU che prevede il diritto della vita privata e familiare, ha affermato che in casi come questo, in cui «sono in gioco valori fondamentali ed aspetti essenziali della vita privata», una tutela di matrice civilistico-risarcitoria non risulterebbe affatto adeguata, ma è necessario che la tutela sia di tipo penalistico. Quest'ultima, per l'appunto, sarebbe anche più idonea a perseguire un obiettivo di prevenzione generale. Anche in altri casi la Corte è intervenuta, sebbene indirettamente, al fine di garantire una maggior tutela penalistica della vittima, stabilendo come sia irrinunciabile una risposta in termini di sanzione penale alle condotte che violano i diritti e le libertà che la Convenzione consacra. In particolare, la Corte ha riscontrato numerose violazioni degli artt. 2, 3, 4, 8 da parte di diverse legislazioni nazionali, le quali non perseguivano e non tutelavano in maniera appropriata le vittime di reati sessuali (*M.C. c. Bulgaria*⁶²), le vittime di lavoro forzato

⁵⁸ M. GIALUZ, E. GRISONICH, Crisi dell'Unione europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo, in *Cassazione penale*, 2020, 7-8, p. 2650-2674.

⁵⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 25 febbraio 2005, – Ricorso 26775/02, *Sottani c. Italia*; C. Eur. Dir. Uomo, 12 febbraio 2004 – Ricorso, 47287/99, causa *Perez c. Francia*.

⁶⁰ M. GIALUZ, La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di Giustizia, in L. LUPÀRIA, Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali, Wolters Kluwer-CEDAM, p. 24 e ss.

⁶¹ C. Eur. Dir. Uomo, 26 marzo 1985 – Ricorso 8978/80, causa *X and Y c. Paesi Bassi*.

⁶² C. Eur. Dir. Uomo, 4 dicembre 2003 – Ricorso 39272/98, causa *M.C. c. Bulgaria*.

(*Siliadin c. Francia*⁶³), vittime di aggressione al benessere dei minori (*K.U. c. Finlandia*⁶⁴), vittime di tratta (*Rantsev c. Cipro e Russia*⁶⁵), violenza domestica (*Talpis c. Italia, Söderman c. Svezia*⁶⁶)⁶⁷ e in tema di tortura o trattamenti inumani e degradanti (artt. 2 e 3 CEDU). Proprio rispetto a quest'ultima ipotesi l'Italia è incorsa in una pesante condanna da parte della Corte nel noto caso *Labita c. Italia*: il ricorrente si rivolgeva alla Corte europea denunciando di aver subito dei maltrattamenti da parte della Polizia penitenziaria durante il periodo della sua reclusione in carcere. La Corte, benché non avesse elementi certi per poter ritenere le accuse di quest'ultimo fondate, condannò l'Italia per non aver svolto delle indagini adeguatamente approfondite per verificare quanto affermato dal ricorrente, accertando così una violazione degli artt. 2, 3, 8, 13, e 14 della CEDU. I giudici, infatti, sulla base all'interpretazione degli artt. 2 e 3, avevano concluso per un obbligo, in capo agli stati membri, di procedere ad effettuare delle indagini puntuali circa omicidi o maltrattamenti perpetrati da agenti o funzionari di polizia o da soggetti anche solo latamente ricollegabili all'apparato pubblico e/o privati. Inoltre, sulla base degli stessi articoli, i legislatori nazionali avrebbero dovuto predisporre delle misure di prevenzione in tal senso e, ove lo Stato venga a conoscenza del pericolo di lesione al diritto alla vita della vittima tutelato dagli artt. 2 e 3 in questione, per non incorrere in una violazione della Convenzione, dovrà intervenire con delle misure apposite.⁶⁸

In tale prospettiva, la Corte sembra voler garantire maggiormente la vittima di reato, soprattutto quella di reati nei quali esse si caratterizzano per una condizione di vulnerabilità di tipo oggettivo o soggettivo. Per far ciò, essa sancisce che non basta una mera norma incriminatrice, poiché la sanzione che essa contiene non può svolgere, da sola, una funzione di dissuasione e prevenzione generale nella commissione di illeciti penali⁶⁹, ma deve essere assistita da un sistema investigativo e d'indagine che sia efficiente e accurato che permetta di giungere, se del caso, all'imputazione del presunto responsabile. Tutto ciò, sempre sotto

⁶³ C. Eur. Dir. Uomo, 26 luglio 2005 – Ricorso 73316/01, causa *Siliadin c. Francia*.

⁶⁴ C. Eur. Dir. Uomo, 2 marzo 2009 – Ricorso 2872/02, causa *K.U. c. Finlandia*.

⁶⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 10 maggio 2010 – Ricorso 73316/01, causa *Rantsev c. Cipro e Russia*.

⁶⁶ C. Eur. Dir. Uomo, 2 marzo 2017 – Ricorso 41237/14, causa *Talpis c. Italia* e C. Eur. Dir. Uomo, 12 novembre 2013 – Ricorso 5786/08, causa *Söderman c. Svezia*.

⁶⁷ C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, cit.

⁶⁸ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 11.

⁶⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 4 novembre 2010 – Ricorso 34588/07, causa *Darraj c. Francia*.

il monito di prevenire e contrastare la vittimizzazione secondaria durante lo svolgimento del procedimento penale.

La Corte, pur avendo mostrato la sua benevola sollecitudine nei confronti della vittima, non ha rivelato alcuna violazione delle disposizioni della Convenzione nelle normative nazionali che non assicurino alla vittima il diritto all'esercizio dell'azione penale⁷⁰ e al concorso nella determinazione della risposta sanzionatoria⁷¹. Questa posizione della Corte, che verrà ripresa in tempi più recenti dalla Corte di giustizia, vuole preservare le prerogative dell'autorità inquirente e del giudice.⁷² Nella decisione sul caso *Helmerts c. Svezia*, ad esempio, i giudici della Corte europea, nel paragrafo 29, non ammettono che l'art. 6 par. 1, in tema di diritto a un equo processo, attribuisca alla vittima il diritto di poter intentare autonomamente, quindi su propria iniziativa, un'azione penale nei confronti del presunto autore.⁷³ L'articolo 6.1 certamente assicura una tutela di stampo civilistico all'interno del procedimento: infatti, questo garantisce alla vittima il diritto di poter esercitare un'azione risarcitoria entro il processo penale tramite la costituzione di parte civile, a condizione che la legge dello stato in questione lo preveda. Il ricorrente, perciò, potrà esprimere al giudice il proprio proposito di voler ottenere un risarcimento del danno derivante dal reato nel contesto del processo penale, ma non potrà richiedere che sia perseguito e condannato penalmente il presunto responsabile, altrimenti il suo ricorso alla Corte di Strasburgo si risolverebbe con una pronuncia di irricevibilità. In estrema sintesi, dunque, ciò che i giudici della Corte enunciano in queste sentenze è che la tutela processuale della vittima, in sostanza, si attua mediante la costituzione di parte civile nel processo penale, ed è tale giorno che costituisce il *dies a quo* per verificare la ragionevole durata del procedimento.⁷⁴

Sempre a proposito del diritto a un equo processo, sancito dal menzionato art. 6 della Convenzione, è da segnalare l'attenzione della Corte nel valutare la conciliabilità di questo principio con le misure dettate a tutela e protezione della vittima, specie se questa sia ritenuta vulnerabile. Nello specifico, già nel caso *Doorson c. Paesi Bassi*⁷⁵ del 1996 la Corte ha

⁷⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 29 aprile 1991– Ricorso 11826/85, causa *Helmerts c. Svezia*.

⁷¹ C. Eur. Dir. Uomo, 30 marzo 2010 – Ricorso 25000/07, causa *Mihova c. Italia*.

⁷² C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, cit.

⁷³ Par. 29 C. Eur. Dir. Uomo, 29 aprile 1991– Ricorso 11826/85, causa *Helmerts c. Svezia*: «Article 6 par.1 does not guarantee a right for the individual to institute a criminal prosecution himself».

⁷⁴ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 13.

⁷⁵ C. Eur. Dir. Uomo, 26 marzo 1996 – Ricorso 20524/92, causa *Doorson c. Paesi Bassi*.

riconosciuto che, in determinati casi, è possibile bilanciare degli interessi dell'imputato con quelli della vittima o dei testimoni, in modo tale da preservare gli interessi di questi ultimi. Nell'ormai noto paragrafo 70, più volte ripreso della giurisprudenza successiva, la Corte si era espressa in questi termini: « *It is true that Article 6 (art. 6) does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 (art. 8) of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organize their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify* ». Così statuendo, i giudici ritengono lecito che, specie per i reati a sfondo sessuale per i quali la testimonianza della vittima risulta essere essenziale ai fini dell'accertamento, e ancor più se la persona offesa sia un minore, nel prisma del *fair trial* sia ammessa l'ipotesi che l'audizione della vittima-testimone, e anche del mero testimone, sfugga alle regole della *cross examination*.⁷⁶ In altre parole: per evitare alla vittima il calvario dell'audizione in contraddittorio e per salvaguardare la sua sfera personale si applicano regole speciali che, come affermato dalla Corte nella sentenza *Lučić c. Croazia*,⁷⁷ non violano il principio dell'equo processo.⁷⁸

Dunque, per quanto attiene al testimone vulnerabile, la Corte ritiene che: qualora siano previste dalle leggi processuali nazionali delle modalità protette di escussione testimoniale, allora il punto starà nell'accertare l'adequatezza di tali misure predisposte a presidiare la serenità di spirito del testimone e che queste non confliggano con i diritti di difesa dell'imputato. Diversamente, nel caso in cui non siano previste tali modalità di escussione del teste vulnerabile, ma gli sia permesso di non essere presente in dibattimento e sia consentito utilizzare le dichiarazioni dallo stesso precedentemente rese, allora la condanna non potrà fondarsi esclusivamente o in modo determinante su queste ultime. In questo senso merita menzione la sentenza pronunciata dalla Corte in relazione al caso *P.S. c. Germania*

⁷⁶ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, cit.

⁷⁷ C. Eur. Dir. Uomo, 27 febbraio 2004 – Ricorso 5699/11, causa *Lučić c. Croazia*.

⁷⁸ M. GIALUZ, La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di Giustizia, cit., p. 25.

⁷⁹, nel quale il ricorrente si rivolge ad essa dopo essere stato condannato per aver abusato di sua figlia, una bambina di otto anni. La corte tedesca non aveva ammesso che il soggetto passivo del reato, a causa della tenera età, prestasse la propria testimonianza nel processo a carico del padre, sul presupposto che questa avrebbe potuto causarle ulteriori turbe psicologiche. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che la legge processuale tedesca violasse il principio del giusto processo, sulla base dell'osservazione per cui, non avendo consentito l'esame della piccola nel contraddittorio tra le parti e non avendone perciò potuto appurare l'affidabilità, la condanna dell'imputato si fondava unicamente sulle testimonianze della madre e di un operatore della polizia che aveva interrogato la bambina durante la fase investigativa, le quali costituivano le sole prove a carico. Tuttavia, in altre occasioni la Corte si è mostrata più flessibile, un esempio tra tutti potrebbe essere il caso *S.N. c. Svezia*⁸⁰, nel quale la Corte ha concluso per il rispetto del principio dell'equo processo, nonostante le uniche prove a carico dell'imputato fossero le dichiarazioni predibattimentali rese dal minore. In questo caso, infatti, la corte ha osservato come il difensore dell'imputato aveva potuto porre delle domande alla persona offesa per mezzo del poliziotto che stava conducendo l'interrogatorio.⁸¹ La Corte, in seguito, sempre al fine di proteggere e tutelare la personalità del dichiarante, vittima o testimone, ha addirittura riconosciuto la possibilità di ammettere il testimone anonimo, le generalità del quale sono cioè ignote all'imputato e al suo difensore. (caso *Krasnki v. Repubblica Ceca* ⁸²).

Un altro caso in cui la Corte dei diritti dell'uomo si è dovuta pronunciare sul ruolo della vittima (in questa circostanza sulla posizione di questa rispetto all'istituto dell'incidente probatorio) è stato il caso *Sottani v. Italia* ⁸³. Nel caso in esame si poneva il problema della compatibilità dell'art. 394 con i principi fissati dall'art. 6 della Convenzione in tema di diritto ad un equo processo. ⁸⁴ Il caso si è concluso con la Decisione d'irricevibilità del 24 febbraio

⁷⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 4 dicembre 2003 – Ricorso 39272/98, causa M.C. c. Bulgaria, cit.

⁸⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 2 luglio 2002 – Ricorso 34209/96, causa S.N. c. Svezia.

⁸¹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 14.

⁸² C. Eur. Dir. Uomo, 28 febbraio 2006 – Ricorso 51277/99, causa Krasnki c. Repubblica Ceca.

⁸³ C. Eur. Dir. Uomo, 25 febbraio 2005, – Ricorso 26775/02, Sottani c. Italia.

⁸⁴ F. NICOLICCHIA, L'accesso all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., in Rivista di diritto processuale, 2013, 4-5, p. 1224.

2005 per via del mancato esperimento di tutti i ricorsi interni.⁸⁵ Ad ogni modo, la Corte si mostrò dubbiosa circa la compatibilità degli artt. 392 e 394 c.p.p. con il principio di parità delle armi e il diritto di accesso ad un giudice.⁸⁶ A parere dei giudici, il diritto della persona offesa ad esperire anticipatamente un mezzo di prova «potrebbe rivelarsi essenziale per una efficace costituzione di parte civile», al punto che tale diritto dovrebbe essergli assicurato anche in un momento antecedente alla costituzione di parte civile stessa. Qualora alla persona offesa non sia riconosciuto il diritto di rivolgersi direttamente al giudice per poter richiedere l'accesso alla procedura incidentale o laddove il pubblico ministero rimanga inerte rispetto alla sua sollecitazione si verrebbe a creare un vuoto di tutela della stessa.⁸⁷

2.3.2 IL CONCETTO DI VULNERABILITÀ NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO E LE RELATIVE DIFFICOLTÀ DEFINITORIE.

Nonostante all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non compaiano mai i termini “vulnerabile” o “vulnerabilità”, il concetto stesso di vulnerabilità è piuttosto ricorrente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sebbene neanche questa si sia spinta al punto di darne una definizione che chiarisca il significato da attribuire alle suddette parole. Tuttavia, dalla lettura delle diverse sentenze dei giudici di Strasburgo emerge come espressioni del tipo “particolare vulnerabilità”, “individui particolarmente vulnerabili”, “posizioni di estrema vulnerabilità” o “posizioni di particolare vulnerabilità”

⁸⁵ Sul caso in commento cfr. A. SONAGLIONI (Eds.), Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Corriere giuridico*, 2005, 7, p. 1005-1010 e P. GUALTIERI, Durata ragionevole del processo e persona offesa, in *Diritto penale e processo*, 2012, 8, p. 1008-1016.

⁸⁶ Cfr., M. GIALUZ, La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di Giustizia, in L. LUPÀRIA. Lo statuto europeo delle vittime di reato, Wolters Kluwer- CEDAM, p. 19 e ss.

⁸⁷ 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, Milanofiori Assago (MI), Wolters Kluwer- CEDAM, 2017, p. 257-260.l

siano utilizzate per caratterizzare alcuni individui o determinati gruppi (pensiamo a bambini, detenuti, Rom, immigrati, etc...).⁸⁸

Ma la domanda che a questo punto dovremmo porci è: sarebbe auspicabile che la Corte individuasse i criteri tramite i quali fornire una definizione di vulnerabilità? Inoltre, questi criteri dovrebbero essere accomunati da una stessa *ratio* che permetta di individuarne la nozione? Ciò che è certo è che questi criteri vincolerebbero l'attività successiva della Corte, in modo tale da informare le proprie pronunce ad un certo grado di coerenza.

La dottrina su questo punto è divisa: una parte ritiene che la Corte non abbia pienamente sviluppato degli indicatori coerenti che permettano di determinare se un certo soggetto/gruppo sia da ritenere vulnerabile; l'altra parte della dottrina, al contrario, sostiene che, nonostante la Corte non abbia fornito degli indicatori generali, abbia già chiarito quali siano i fattori che accomunano alcune delle categorie più volte ritenute vulnerabili nella casistica della Corte; un'altra parte ancora ha accusato la Corte di incoerenza, perché, dopo aver qualificato una categoria astratta di persone come vulnerabili, nei casi successivi non avrebbe rispettato tale propria categorizzazione. In particolare, nel caso *Bevacqua e S. c. Bulgaria*⁸⁹ del 2008 e nel caso *Hajduova c. Slovacchia*⁹⁰ del 2010 la Corte sembra compiere un passo importante: quello di dichiarare le vittime di violenza domestica come vittime particolarmente vulnerabili. La critica che però le viene mossa deriva dal fatto che, successivamente, in alcuni casi portati alla sua attenzione e che avevano ad oggetto violenze domestiche, non avrebbe riconosciuto la particolare vulnerabilità del ricorrente. Malgrado la diversità delle posizioni assunte dalla dottrina, vi è concordanza di opinione sulla natura "open-ended" del concetto di vulnerabilità. Ciò che è importante mettere in risalto è che, come risulta arduo per il legislatore fornire una nozione unitaria, coerente e tassativa di vulnerabilità, a maggior ragione quest'attività definitoria risulterebbe problematica per la Corte. Le difficoltà definitorie di cui sopra sono strettamente collegate alle pre-individuazione astratta dei soggetti o dei gruppi che possono considerarsi vulnerabili - attraverso la qualificazione espressa o attraverso l'indicazione di criteri sostanziali che consentano di attribuire loro tale qualifica nel caso concreto - e a cui, di conseguenza, si applicherebbe un regime giuridico differenziato rispetto a quello previsto per la generalità

⁸⁸ E. DICIOTTI, La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Ars interpretandi*, 2018, 2, p.18.

⁸⁹ C. Eur. Dir. Uomo, 12 giugno 2008 – Ricorso 71127/01, causa *Bevacqua and S. c. Bulgaria*.

⁹⁰ C. Eur. Dir. Uomo, 30 novembre 2010 – Ricorso 2660/03, causa *Hajduova c. Slovakia*.

degli individui, cioè i “non vulnerabili”. Le definizioni tassative ipotizzabili sono di due tipi: quella formale e quella sostanziale:

- la definizione di tipo formale è quella che ritiene un individuo vulnerabile sulla base del semplice fatto che è l’ordinamento a qualificarlo come tale, senza che vi sia spazio per delle valutazioni di carattere sostanziale. La definizione per categorie tassative rientra in questa famiglia definitoria. Si potrebbe cioè prevedere in astratto che alcune classi di soggetti rientrino legislativamente nel concetto di vulnerabilità, per stare a qualche esempio: minori, donne, immigrati, disabili, etc...

Ma in un sistema ordinamentale che si regge sulla garanzia dei diritti fondamentali dell’individuo, i quali finiscono per costituire un limite al potere discrezionale del legislatore, un’attività definitoria di tipo tassativo finirebbe per condurre a due risultati inammissibili: quello della sottoinclusione e quello della sovrainclusione. I soggetti non rientranti nelle classi di individui indicate dal legislatore sarebbero escluse aprioristicamente dall’applicazione di quella maggior tutela che la patente di soggetto vulnerabile garantirebbe loro. Tra le altre cose, la selezione delle categorie di individui a cui viene riconosciuta la vulnerabilità potrebbe risultare arbitraria, sebbene rispettosa del principio democratico.

Al contrario, nel caso della sovrainclusione, le norme previste per i soggetti che versino in condizioni di vulnerabilità si applicherebbero a taluni soggetti che, avendo riguardo alle circostanze del caso specifico, non risulterebbero in tale situazione. Per fare qualche esempio pratico: la Corte, nel caso *Valiuliené c. Lituania*⁹¹, non ha riconosciuto alla ricorrente la vulnerabilità da questa stessa asserita per la semplice ragione di essere una donna vittima di violenza domestica. I giudici, perciò, in questo caso hanno negato che possa essere riconosciuta la condizione di vulnerabilità in maniera automatica. Alla stessa conclusione la Corte era già pervenuta nel caso *A. c. Croazia*⁹². Ancora, nel caso *Kozhokar c. Russia*⁹³ la Corte ha riconosciuto la particolare vulnerabilità delle persone affette da Hiv dell’area russa, ma è probabile che non sarebbe approdata allo stesso esito se si fosse trattato di un’altra area geografica. Dunque, la Corte rinuncia a servirsi di una definizione che si basi sulla previsione di categorie, poiché questa potrebbe condurre a negare protezione a

⁹¹ C. Eur. Dir. Uomo, 26 marzo 2013 – Ricorso 33234/07, causa *Valiuliené c. Lituania*.

⁹² C. Eur. Dir. Uomo, 14 ottobre 2010 – Ricorso 55164/08, causa *A. c. Croazia*.

⁹³ C. Eur. Dir. Uomo, 16 dicembre 2010 – Ricorso 33099/08, causa *Kozhokar c. Russia*.

soggetti la cui protezione, al contrario, ha ispirato tale disciplina. In più, attraverso il ricorso a categorie tassative si corre il pericolo di cadere in una stereotipizzazione dei soggetti che vi rientrano.

- La definizione di tipo sostanziale si configura nell'individuazione dei principali aspetti, delle caratteristiche o delle proprietà che un individuo o un gruppo di soggetti devono avere per poter essere qualificate come vulnerabili. Esemplificando, potrebbero ritenersi vulnerabili quei soggetti che si trovino in una condizione di dipendenza, cioè tutti coloro che siano privi della libertà personale o sotto la custodia, la potestà, la vigilanza, cura e assistenza altrui. Tale categoria sarebbe in grado di accogliere al suo interno un numero indefinito di soggetti, pensiamo ai minori, agli infermi, ai detenuti. Per quanto però questa categoria possa ritenersi ampia e inclusiva, i problemi cui darebbe vita sarebbero i medesimi di quelli a cui condurrebbe una definizione tassativo-formale. A ben vedere, dalla frangia dei soggetti vulnerabili rimarrebbero estromessi tutti quei soggetti che non vivono una situazione di dipendenza nei confronti di altri soggetti (disoccupati, vittime di un terremoto, ostaggi, etc...). D'altra parte, è vero anche che chi è soggetto alla dipendenza altrui potrebbe non essere considerato vulnerabile sulla base delle circostanze del caso concreto.

Lo stesso discorso si potrebbe fare qualora si ricorresse ad una definizione aperta di vulnerabilità, come avviene nell'art. 15 del "Progetto di articoli in materia di espulsione degli stranieri" della Commissione del diritto internazionale (A/RES/69/119 del 10 dicembre 2014), che recita: «I bambini, gli anziani, le persone con disabilità, le donne incinte ed altre persone vulnerabili oggetto di espulsione devono essere considerate come tali e devono essere trattate e protette tenendo debitamente conto della loro vulnerabilità». Questo articolo impiega una cosiddetta clausola aperta. Con questo tipo di clausole, tuttavia, si ricade nel pericolo della sovrainclusione e, per di più, con l'espressione "altre persone vulnerabili", sebbene sia consentito al giudice di procedere ad una valutazione della vulnerabilità caso per caso, non si pone alcun limite alla sua discrezionalità interpretativa.

In definitiva, si può affermare che ogni tipo di definizione potrebbe risultare troppo estesa, e quindi dallo scarso contenuto prescrittivo, o troppo riduttiva, rischiando di essere tacciata di illegittimità. Inoltre, non bisogna dimenticare che, se già il legislatore non è legittimato a determinare a priori chi rientri o meno nelle categorie cui si applica un regime di protezione potenziato, a maggior ragione non si può pensare che lo possa fare la Corte, che, essendo un

organo giudiziario, non è neanche provvisto della legittimazione democratica. In più, se la Corte dettasse dei criteri tassativi di individuazione, essi vincolerebbero, non solo i legislatori nazionali, ma anche la propria attività giurisdizionale futura.

Quanto detto fino ad ora, ci permette di desumere che non è possibile interpretare le sentenze della Corte attribuendo un valore determinante alla lettera delle stesse, ciò anche quando i giudici sembrano pronunciarsi in modo assoluto o perentorio circa la collocazione di taluni soggetti o talune classi sotto l'egida della vulnerabilità; lo stesso potrebbe dirsi circa l'utilizzo degli argomenti interpretativi come quello *a fortiori* o quello *a contrario*.

Ciò che fa la Corte è semplicemente valutare il caso specifico nelle sue diverse sfaccettature; compie cioè un'operazione in cui soppesa i diritti che vengono in questione nel caso particolare, avendo riguardo anche delle circostanze fattuali e degli argomenti addotti dalla parte ricorrente. In realtà, è doveroso ricordarlo, tutto ciò avviene "in seconda istanza", nel senso che la Corte europea è chiamata a pronunciarsi sulla congruità del bilanciamento già effettuato dai giudici nazionali, nella prospettiva di verificarne l'aderenza ai principi convenzionali.

L'indeterminatezza e la vaghezza del concetto di vulnerabilità induce a ritenerla una "nozione relazionale", con tale intendendosi una nozione che non può essere avulsa dalle contingenze del caso concreto, poiché trattasi di una condizione che non riguarda i soggetti o i gruppi di soggetti in quanto tali, ma che guarda alla posizione che i soggetti e gruppi di soggetti assumono rispetto alla situazione che fa da sfondo al caso. Si parla di vulnerabilità quando ci si riferisce a categorie o gruppi di soggetti che storicamente sono vittime di discriminazione, si pensi alla popolazione Rom; si parla di vulnerabilità quando si parla di soggetti che si trovano alle dipendenze altrui, si pensi ai minori o ai detenuti; si parla di vulnerabilità anche con riguardo a soggetti particolarmente svantaggiati a causa di situazioni di pericolo, si pensi alle vittime di terremoti o altre calamità naturali. Tutte queste categorie di soggetti, a ben vedere, non hanno pressoché nulla in comune, ed è proprio per questa ragione che non è possibile tracciare dei criteri unitari e tassativi per identificare la vulnerabilità e quindi l'applicabilità di un livello più o meno alto di protezione. Ciò che è irrinunciabile è un esame delle peculiarità e delle circostanze del caso concreto.

Si può allora affermare che la nozione di vulnerabilità, non avendo un contenuto concettualmente proprio, autonomo, ma bensì indefinito ed evanescente, potrebbe esercitare un'azione servente nel garantire l'effettività dei diritti fondamentali; tale effettività si raggiunge riconoscendo al soggetto/categoria vulnerabile una tutela e una protezione

rafforzata rispetto ad altri soggetti/categorie che, sempre sulla base di un esame specifico del caso concreto, non risultino essere qualificabili come tali.⁹⁴

2.3.3 IL RAPPORTO TRA IL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO E L'INDETERMINATEZZA DELLA NOZIONE DI VULNERABILITÀ.

Come risulta evidente dal precedente paragrafo, è impossibile racchiudere entro un quadro definitorio preciso la portata del concetto di vulnerabilità. Ma questa indefinibilità in astratto, dovuta alla sua estrema indeterminatezza e vaghezza, come è conciliabile con un sistema che si incardina sulla centralità dei diritti fondamentali e che si ispira al principio di certezza del diritto? Come è possibile che sia il giudice a compiere un bilanciamento dei diritti e degli interessi giuridici che entrano in gioco nell'esame delle specificità del caso concreto?

Il ragionamento per principi e la tutela dei diritti fondamentali sembrano richiamare una giustizia di tipo sostanziale, nella quale cioè è preminente un bilanciamento tra interessi giuridici e diritti sostanziali. In realtà, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e tutti gli altri sistemi giuridici che, allo stesso modo, si fondano sulla garanzia dei diritti fondamentali, sembrano smentire questa ipotesi: la certezza del diritto è un principio irrinunciabile, che assicura la giustizia cosiddetta formale, che spesso può urtare con le istanze di giustizia sostanziale. Ma un sistema che si caratterizza per la tutela e la garanzia dei diritti fondamentali non può assicurare solo la giustizia formale a scapito di quella sostanziale, bensì richiederà il raggiungimento di entrambe, nel senso di compiere un bilanciamento equilibrato tra le due, senza che si rinunci a nessuna.

Per quanto - come emerso nel paragrafo precedente - una definizione per categorie o criteri tassativi oppure una definizione aperta non sarebbero in grado di offrire una tutela rafforzata a tutti gli individui vulnerabili, non possiamo trascurare che la completa mancanza di una disposizione legislativa che indichi la definizione di vulnerabilità confligga con il principio della certezza del diritto. La limitazione dei diritti fondamentali di un soggetto, a seguito della qualificazione di un altro individuo come vulnerabile, potrebbe ritenersi una violazione della Convenzione, la quale non conterrebbe una norma che giustifichi tale limitazione.

⁹⁴ R. CHENAL, La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali, in *Ars Interpretandi*, 2018, 2, p. 37-52.

Questa, dunque, non avrebbe alcun appiglio normativo e risulterebbe perciò contraria al principio di legalità e alla certezza del diritto.

La congrua conciliazione tra giustizia formale giustizia sostanziale dovrebbe poggiare, secondo Roberto Chenal (vedi nota a piè di pagina), «su criteri non tassativi aventi natura di mere presunzioni». Tali presunzioni non configurerebbero nient'altro che le ragioni che dovrebbero sostenere l'applicazione o meno della tutela rafforzata, e si sostanzierebbero quindi in una presunzione di tipo relativo. Tali criteri non possono essere previsti tassativamente *ex ante* dal legislatore, ma, piuttosto, dovrebbero essere indicati in un'elencazione aperta, in modo tale da consentire al giudice di applicare la relativa disciplina anche al di fuori dei casi non espressamente previsti e alla luce della specificità del caso concreto che si accinge a decidere. In tal modo, i criteri indicati dal legislatore comporranno delle "linee guida" che devono indirizzare il lavoro del giudice. Egli, se è vero che ha un generale obbligo costituzionale di motivare i propri provvedimenti - per il quale dovrà sempre indicare le ragioni per le quali ritiene che i criteri guida individuati dal legislatore hanno una corrispondenza fattuale nel caso concreto, avendo riguardo anche della *ratio* degli stessi - avrebbe un onere di motivazione rafforzato qualora decidesse che, sempre in relazione agli elementi emersi all'esame del caso di specie, non sia giustificabile l'estensione della disciplina sulla vulnerabilità e, perciò, i criteri legislativamente previsti debbano cedere.

In conclusione, si può ragionevolmente sostenere che attraverso una definizione aperta e presuntiva si lasci un certo margine di discrezionalità al giudice nel compiere il bilanciamento di cui abbiamo parlato, e che tutto ciò potrebbe rappresentare un argine alla certezza nell'applicazione del diritto. Tuttavia, la certezza che da una parte sembrerebbe sacrificarsi, dall'altra si recupererebbe su due fronti: dal punto di vista sostanziale, si recupera in termini di giustizia attraverso il ricorso a criteri presuntivi e non tassativi; dal punto di vista procedurale, invece, attraverso l'onere di motivazione in capo al giudice; motivazione all'interno della quale egli dovrà ripercorrere l'*iter* logico-interpretativo che ha compiuto e tramite il quale è giunto alla propria decisione.⁹⁵

⁹⁵ R. CHENAL, La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali, cit., p. 52-55.

2.4 LA TUTELA DELLA VITTIMA NEI PROVVEDIMENTI DELL'UNIONE EUROPEA.

L'attenzione da parte degli organismi europei alla persona offesa dall'illecito penale, ha cominciato a mostrarsi timidamente all'alba degli anni ottanta dello scorso secolo, ed è proprio di quegli anni che portano la data i primissimi provvedimenti della Comunità economica europea. Infatti, non bisogna cadere nell'equivoco di pensare che tale interessamento sia "figlio" del Trattato di Lisbona, ma è senz'altro vero che, da allora, il nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea inserisce i "diritti delle vittime della criminalità" tra le materie in cui il Parlamento europeo e il Consiglio possono dettare delle regole minime attraverso l'adozione di direttive di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia penale (art. 82 par.2 TFUE).⁹⁶ Inoltre, tra le materie che lo stesso articolo menziona in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale su cui gli organismi UE sopracitati possono stabilire norme minime rientrano: l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; i diritti della persona nella procedura penale e altri elementi specifici della procedura penale individuati dal Consiglio in via preliminare. Inoltre, la stessa disposizione chiarisce che ciò non impedisce ai singoli stati membri di mantenere o adottare una disciplina che sia maggiormente protettiva nei confronti delle persone.⁹⁷ Prima del Trattato di Lisbona (che eliminerà la struttura dell'Unione europea suddivisa in tre pilastri), solo dopo il Trattato di *Maastricht* del 1992 (entrato in vigore il 1° novembre 1993), che ha dato vita all'Unione europea, gli stati di quella che era stata fino a quel momento la Comunità europea trasferirono effettivamente le proprie competenze agli organismi dell'Unione nell'ambito del terzo pilastro "giustizia e affari interni" (GAI), poi modificato dal Trattato di Amsterdam del 1997 in tema di "cooperazione di polizia e giudiziaria penale"⁹⁸, ed è proprio a partire da questo periodo che si osservano gli interventi più incisivi in tema di tutele a favore della persona offesa dal reato.⁹⁹

In termini giuridici, i principi fondamentali che a livello europeo ispirano tali interventi di armonizzazione in materia di protezione delle vittime di reato sono: il principio di libera

⁹⁶M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 3-4, p. 86-88.

⁹⁷ P. SECHI, Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale, cit., p. 850.

⁹⁸ U. VILLANI, Istituzioni di diritto dell'Unione europea, Bari, Cacucci editore, 2020, p. 18 e ss.

⁹⁹ C. AMALFITANO, L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato, in *Il diritto dell'unione europea*, 2011, 3, p. 640.

circolazione delle persone, il principio di uguaglianza e il divieto di discriminazione tra cittadini dell'unione (art. 18 TFUE). Ad ogni modo, l'Unione, attraverso l'allargamento di tale competenza grazie al Trattato di Lisbona, ha superato la tutela di tipo meramente risarcitorio delle vittime di reato, che era l'unica riconosciuta dai primi interventi della Comunità europea. Oggi tale tutela è affiancata da norme di tipo sostanziale, che hanno l'obiettivo di assistere la vittima in termini economici, medici, sociali e legali; ma non solo, è abbinata anche alla configurazione di nuove forme di reato, le quali sono create avendo riguardo alle caratteristiche del soggetto passivo e che hanno come destinatarie le vittime potenziali; pertanto, queste norme hanno di mira la prevenzione della vittimizzazione primaria. Accanto alle di norme di tipo sostanziale, troviamo anche quelle di tipo processuale, che mirano invece ad assicurare e riconoscere alla vittima diritti e facoltà di partecipazione che le assicurano un ruolo processuale prima negato e, allo stesso tempo, che la proteggono dallo stesso. Tali misure di protezione sono pensate allo scopo di risparmiare la cosiddetta vittimizzazione secondaria e, perciò, hanno come destinatarie le cosiddette vittime reali. Infine, con tali interventi si vuole dare una spinta propulsiva a metodi di giustizia riparativo-conciliativa, quali la mediazione penale.

Ad ogni modo, i provvedimenti adottati dall'Unione europea sul tema in questione possono essere suddivisi in due diverse categorie: quelli che hanno ad oggetto la tutela della vittima in senso lato e quelli che trattano della protezione delle vittime di reati determinati, i quali vedono come persona offesa dei soggetti ritenuti particolarmente deboli o vulnerabili (ad esempio lo sfruttamento e l'abuso sessuale di minori, la tratta di esseri umani, etc...) e su cui ci concentreremo succintamente nei prossimi due sottoparagrafi.¹⁰⁰

2.4.1 I PROVVEDIMENTI UE A TUTELA DELLA VITTIMA IN SENSO LATO.

Tra i provvedimenti che rientrano nel primo gruppo troviamo quelli meno recenti della Comunità europea, e passiamo ora ad indicare i principali:

- I. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 1981* sull'indennizzo alle vittime di atti di violenza. Questa, sul presupposto del principio della libera circolazione delle persone, chiedeva alla Commissione di presentare una proposta di

¹⁰⁰ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 86-88.

direttiva che indicasse disposizioni minime in tema di pubblico indennizzo alle vittime di reati violenti che non guardassero alla loro nazionalità quale presupposto per poterne godere.

- II. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 1989* che, sempre in tema di pubblico indennizzo a favore delle vittime, mirava a riavvicinare le legislazioni nazionali in materia. Tutto ciò sulla base dell'assunto che gli Stati avessero l'obbligo di predisporli non solo per ragioni solidaristiche, ma in ossequio al principio di responsabilità dei singoli stati, i quali dovrebbero garantire il rispetto della legge e della pace sociale.
- III. L'attenzione per la vittima del reato inizia ad uscire dalla logica meramente risarcitoria e questo ampliamento di tutela emerge per la prima volta nella *comunicazione della Commissione del 14 luglio 1999* rivolta al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale "*Vittime di reati nell'Unione Europea – Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere*" e a cui seguirà la *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2000*. In tale comunicazione si cerca di sollecitare gli stati ad adottare misure di prevenzione della vittimizzazione, di promozione assistenziale delle vittime, di potenziamento del ruolo processuale della vittima e della mediazione penale e, infine, di prevenzione della vittimizzazione secondaria. Un ultimo punto su cui la comunicazione cerca di porre l'accento è costituito dall'invito ad adottare un sistema di pubblico indennizzo tramite la ratifica della *Convenzione del Consiglio d'Europa del 1983* sul risarcimento delle vittime di reati violenti.
- IV. la *Decisione quadro n. 2001/220/GAI* adottata dal consiglio il 15 marzo 2001 circa la posizione della vittima all'interno del procedimento penale. Questo provvedimento rappresenta senza dubbio un documento normativo tra i più importanti in tema di tutela e protezione della vittima in ambito europeo. Esso mira a far sì che sia garantito alla persona offesa dal reato un ruolo attivo all'interno del processo penale, compatibilmente con il rispetto della sua dignità personale. Su questa decisione, la cui analisi merita di essere approfondita, torneremo più diffusamente nel prossimo paragrafo.
- V. il *Libro verde*, presentato dalle Comunità Europee il 28 settembre 2001, che ha ad oggetto l'obbligo per gli stati di garantire il risarcimento alle vittime di reato tramite la creazione di fondi pubblici, al quale si dovrà agevolare l'accesso da parte dei

potenziali beneficiari, soprattutto qualora il risarcimento del danno da parte del responsabile non possa aver luogo a causa dell'impossibilità di individuarlo o quando esso versi in una condizione di insolvenza. L'agevolazione a tale beneficio, inoltre, non deve avere riguardo al luogo in cui l'illecito penale è avvenuto, bastando che esso si sia consumato entro i confini dell'Unione Europea. L'intento è quello di evitare che esista una disparità di trattamento tra cittadini dell'Unione europea con riguardo al risarcimento e, a tal proposito, il punto 4.2 del Libro verde recita «Il fatto che una tale possibilità non esista in tutti gli Stati membri, e la mancanza di convergenza tra i sistemi esistenti, crea delle disparità per gli individui, a seconda del loro luogo di residenza o del luogo in cui il reato è stato commesso. Ad esempio, due persone vittime di un reato in due diversi Stati membri potrebbero ricevere un risarcimento di gran lunga differente per danni simili. [...] Tali effetti, che possono, da un punto di vista individuale, apparire arbitrari, sono chiaramente insoddisfacenti nella prospettiva della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per tutti nell'Unione europea». Perciò, la piena attuazione dei principi di uguaglianza dei cittadini europei e della libera circolazione delle persone passano anche attraverso la previsione di un equo risarcimento di tipo pubblico.

- VI. Sulla scorta di quanto appena detto, il Consiglio adotta la *Direttiva 2004/80/CE* del 29 aprile 2004 sull'indennizzo delle vittime di reato, che prescrive agli stati di adottare dei sistemi risarcitori che siano di facile accesso e che risultino, per le vittime di reati intenzionali e violenti, che non possano ottenerlo ad altro titolo, equi e ragionevoli. La facilitazione nell'ottenimento di tale beneficio dovrà sempre prescindere dallo stato membro in cui è accaduto il fatto di reato e dal luogo di residenza della vittima, e a tal fine è prescritta la collaborazione tra autorità dei diversi stati. La quantificazione del risarcimento, però, per quanto debba attenersi a dei parametri di equità e adeguatezza, sarà sempre rimesso alla discrezionalità del singolo stato.
- VII. La *Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011*, che, nel ribadire la centralità della vittima nella politica criminale europea, stabilisce le linee direttive per poter irrobustire la tutela e la protezione della vittima, soprattutto nell'ambito del procedimento penale.
- VIII. Infine, si deve rammentare la *Direttiva 2011/99/UE* del Parlamento europeo e del Consiglio, risalente al 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, emanata

sulla scia del rafforzamento delle garanzie a favore della vittima tracciata dalla precedente Risoluzione (del giugno dello stesso anno). In questo documento, si stabilisce che la protezione fisica offerta ad una vittima o ad una potenziale vittima in uno stato membro le debba essere riconosciuta anche negli altri stati in cui essa intenda stabilirsi o soggiornare.¹⁰¹

2.4.2 I PROVVEDIMENTI UE A TUTELA DELLE VITTIME DI REATI SPECIFICI.

Dopo aver analizzato le principali fonti a carattere generale, è il momento di concentrarci su quelle che hanno ad oggetto le vittime di reati specifici, che quasi sempre attengono alla lesione dell'integrità psicofisica di soggetti in condizioni di vulnerabilità. Questo tipo di fonti sono più recenti di quelle che abbiamo visto nel paragrafo precedente, e ciò si può desumere dal loro contenuto di stampo marcatamente penalistico. Infatti, grazie alla creazione del terzo pilastro, che presuppone la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, la tutela della vittima è assicurata con più vigore grazie al maggior potere dissuasivo e preventivo della norma penalistica, senza per questo dimenticare di proteggere coloro i quali siano già stati colpiti da un reato. Gli interventi più importanti in tal senso sono:

- I. La *Decisione quadro 2002/475/GAI* sulla lotta al terrorismo, del 13 giugno 2002, poi modificata dalla *Decisione quadro 2008/919/GAI* del 2008 e definitivamente sostituita dalla *Direttiva UE 2017/541*¹⁰². La decisione del 2002 aveva l'obiettivo di prevenire il terrorismo, anche attraverso la previsione di sanzioni penali particolarmente dure. La piena tutela delle vittime di atti di stampo terroristico viene garantita prevedendo che lo svolgimento delle indagini e l'esercizio dell'azione penale possono aver luogo anche a prescindere dalla denuncia della vittima e, in più, gli stati possono introdurre delle misure di protezione ulteriori a quelle già prese in considerazione dalla decisione quadro 2001/220/GAI.
- II. La *Decisione quadro 2002/629/GAI* sulla lotta alla tratta di esseri umani adottata il 19 luglio 2002. Questa offre una disciplina preventiva, per cui gli stati devono introdurre nel loro ordinamento penale delle fattispecie di reato volte a sanzionare

¹⁰¹ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 89-95.

¹⁰² M. PELISSERO, La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 2, p. 747.

tutte quelle condotte che mirino a trarre profitto dalla debolezza o dalla vulnerabilità psicofisica della vittima, non rilevando in alcun modo il suo consenso a tale sfruttamento. Le caratteristiche soggettive della vittima acquistano rilevanza anche ai fini della determinazione del *quantum* della pena, la quale deve essere “effettiva, proporzionata e dissuasiva”¹⁰³ e non può comunque mai essere inferiore nel minimo a otto anni di reclusione se la vittima è particolarmente vulnerabile, se è stata posta in pericolo la sua vita, se il fatto è stato commesso con violenza grave o nell’esercizio di un’organizzazione criminale, o se da esso è derivato un danno particolarmente grave alla vittima. Per quanto attiene alla tutela successiva a favore della vittima, sono previste diverse disposizioni di natura processuale, per cui, anche in questo caso, lo svolgimento delle indagini e l’esercizio dell’azione penale sono svincolate dalla denuncia/accusa formale delle vittime. Particolare tutela riceve, inoltre, la vittima minorenne, considerata particolarmente vulnerabile in conformità alla decisione quadro 2001/220/GAI, per la quale sono previste maggiori cautele durante il procedimento penale e una protezione che sia conforme alle necessità di questa e della sua famiglia.¹⁰⁴ A tale decisione quadro è poi seguita la *direttiva 2004/81/CE* in tema di rilascio del titolo di soggiorno a cittadini di paesi terzi che siano stati vittime di tratta o che siano stati coinvolti in un’azione di traffico di esseri umani, anche se entrati illegalmente nel territorio di uno stato membro dell’Unione europea e a patto che siano maggiorenni ai sensi della legge dello stato UE in questione. Ciò nonostante, lo stato UE in cui si trova la vittima potrebbe anche decidere di estendere tali misure anche alle vittime minorenni. Ad ogni modo, il rilascio del titolo di soggiorno è ancorato a diversi presupposti: l’utilità della vittima ai fini dello svolgimento delle indagini e la sua collaborazione con le autorità, l’interruzione dei rapporti con gli autori del reato e che la presenza della stessa nel territorio non costituisca un pericolo per l’ordine pubblico e la sicurezza interna (art. 8). La decisione del 2002, infine, è stata sostituita dalla più recente *Direttiva 2011/36/UE*, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, riguardante la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle

¹⁰⁴ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 96.

vittime.¹⁰⁵ Questo documento costituisce il primo intervento in materia penale adottato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e contiene non trascurabili innovazioni rispetto alla decisione quadro del 2002. Per quanto attiene alla prevenzione della vittimizzazione è registrabile un'estensione della nozione di tratta, nella quale rientrano forme di sfruttamento ulteriori rispetto a quelle previste dalla decisione sostituita (art. 2); è previsto un trattamento sanzionatorio più duro, anche in considerazione delle nuove circostanze aggravanti, tra le quali spicca la particolare vulnerabilità della vittima (art. 4), in un'ottica deterrente riguardo ad un fenomeno sempre più dilagante. La direttiva in esame, per di più, tende a prevenire la tratta di esseri umani e la vittimizzazione anche per via extra-penale - anche grazie all'influenza dei più moderni studi di vittimologia - attraverso campagne di sensibilizzazione e di informazione.

Per coloro i quali siano già vittime reali, il provvedimento potenzia le garanzie processuali già previste, affiancandole però a mezzi di tutela amministrativa di segno solidaristico non più dipendenti dalla volontà della vittima di collaborare, diversamente da quanto previsto dalla direttiva 2004/81/CE. In aggiunta, viene assicurata un'assistenza adeguata già a partire dai primi contatti con le autorità competenti e che perdura anche durante e, per un certo periodo, oltre la conclusione del procedimento penale (art. 11). Conformemente alla decisione quadro che sostituisce, la direttiva non condiziona le indagini o l'esercizio dell'azione penale alla denuncia/accusa formale della vittima, ma aggiunge anche che il procedimento continuerà ad aver luogo anche ove la vittima ritratti le proprie dichiarazioni. Infine, sono previste nuove cautele per evitare la vittimizzazione secondaria (art. 12) ed è prescritta la formazione del personale che entrerà in contatto con la vittima (art. 18).¹⁰⁶

- III. La *Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2004/68/GAI*, del 22 dicembre 2003, che intimava gli Stati membri a contrastare un fenomeno drammaticamente in espansione come lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia infantile, sull'onda del crescente propagarsi dell'allarme sociale a causa

¹⁰⁵ F. PARISI, Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 4, p. 1763.

¹⁰⁶ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 96.

di casi di pedofilia su cui si fece luce in quegli anni.¹⁰⁷ La protezione offerta da tale articolo è, come di consueto, di tipo preventivo e di tipo successivo. Tra le previsioni del primo tipo rientrano: l'obbligo per gli stati di prevedere le condotte rientranti nei reati legati allo sfruttamento sessuale dei minori (art. 2) e alla pornografia infantile (art. 3). Tali condotte, secondo la decisione, devono essere sanzionate attraverso una pena che sia privativa della libertà personale e che abbia una durata massima compresa almeno tra uno o tre anni, da innalzare tra i cinque e i dieci anni qualora siano riscontrabili alcune circostanze, il maggior numero delle quali è ricollegabile alla particolare vulnerabilità del bambino. Tra le tutele *ex post*, invece, troviamo anche qui una disposizione che consente l'avvio delle indagini e l'esercizio dell'azione penale senza bisogno che sia stata sporta denuncia o avanzata un'accusa formale da parte di una vittima, ciò anche in considerazione del fatto che la decisione quadro 2001/220 qualifica le persone offese da tali reati come vittime particolarmente vulnerabili. Infine, è previsto che sia predisposta un'assistenza adeguata anche alla famiglia del minore-vittima (art. 9).¹⁰⁸

Tale decisione è stata sostituita dalla più recente *Direttiva 2011/92-93/UE* del Parlamento europeo e del consiglio, del 13 dicembre 2011. Gli obiettivi del documento europeo in oggetto sono quelli di rafforzare la protezione, l'assistenza e il sostegno ai minori vittime dei reati di sfruttamento sessuale e pornografia infantile, e quello di dare una risposta ancora più incisiva ad un fenomeno che sta assumendo proporzioni sempre più preoccupanti, anche grazie alla tecnologia che facilita l'accesso e la diffusione del materiale pedopornografico.

Più nello specifico, nel voler armonizzare le legislazioni nazionali su questo tema, la direttiva fornisce una definizione di vittima minore, che coincide con l'infradiciottenne e la iscrive nel concetto di vittima particolarmente vulnerabile *ex art. 2* della decisione quadro 2001/220/GAI. Ma ciò che sembra essere più importante è che questa prevede una categoria di reati più ampia rispetto al testo precedente. Infatti, oltre all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori, che erano già punite con la vecchia decisione quadro e che ricevono una nuova formulazione, ora sono

¹⁰⁷ A. CASANA, Il reato di pornografia minorile dopo le modifiche di cui alla legge 6 febbraio 2006 n. 38: la destinazione esclusivamente personale e l'assenza di un concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto, in *Il Foro ambrosiano*, 2012, 1, p. 53.

¹⁰⁸ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 96.

perseguibili anche i reati di pornografia minorile e l'adescamento di minori per scopi sessuali (artt. 5 e 6), e quest'ultimo è punibile anche quando avvenga tramite internet (c.d. *grooming*).

Il trattamento sanzionatorio e il sistema delle circostanze aggravanti sono anch'essi approntati a maggior severità: infatti, si ha particolare riguardo alle condizioni soggettive della vittima, come l'età e alla sua vulnerabilità; ma anche al tipo di rapporto che legava il reo alla vittima e di cui il primo abbia approfittato, ad esempio un rapporto di parentela o di fiducia (art. 9). Viene poi presa in considerazione l'eventuale posizione di recidivo del colpevole, e al fine di evitare che ciò avvenga è prescritta l'adozione di particolari programmi da associare alla pena, di cui viene riaffermata la funzione rieducativa (art. 24). Anche in questo caso, è previsto che gli stati provvedano, sempre in un'ottica di prevenzione, a impegnarsi in campagne di sensibilizzazione e informazione, soprattutto al fine di evitare che i più giovani rimangano vittime di questo genere di reati, soprattutto sul web (artt. 22 e 23). D'altro canto, anche pagine web i cui contenuti siano di natura pedopornografica devono essere sollecitamente chiuse e rimosse dalle autorità statali (art. 25).

In relazione alla tutela *ex post*, dal punto di vista amministrativo, è assicurata alla persona offesa un'immediata assistenza, la quale si affranca completamente da dei doveri di collaborazione di questa nel procedimento penale. Oltre al generico dovere di assistenza alle vittime durante e dopo il procedimento penale (art. 19), è previsto che non è necessario che sussistano condizioni di procedibilità, quali denuncia o querela della vittima, per poter avviare le indagini. A tal fine è sufficiente una segnalazione alle autorità competenti da parte di qualsiasi soggetto che, a qualsiasi titolo, sia a conoscenza o sospetti che sia stato compiuto uno dei reati di cui alla direttiva in oggetto. Ciò in ragione della giovanissima età delle vittime, le quali potrebbero assumere un atteggiamento omissivo per timore di ritorsioni da parte del reo o per vergogna. Il procedimento continuerebbe anche laddove il minore dovesse ritrattare le sue accuse e, almeno per i reati più gravi, l'accertamento può compiersi anche per un certo periodo di tempo oltre il compimento del diciottesimo anno di età da parte della vittima. Alla persona offesa è garantito, tra gli altri, il diritto alla consulenza e all'assistenza legale gratuita.¹⁰⁹

¹⁰⁹ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 98-99.

Infine, sempre al fine di sfuggire alla vittimizzazione secondaria, sono previste una nutrita serie di cautele di tipo processuale, tra cui: la limitazione del numero di audizioni del minore, che devono essere ridotte al minimo indispensabile, lo svolgimento del processo a porte chiuse e senza che la persona offesa debba presenziare fisicamente in udienza (art. 20).¹¹⁰

2.5 LA DECISIONE QUADRO 2001/220/GAI.

Dopo aver, seppur sommariamente, trattato i principali provvedimenti adottati in ambito europeo, non ci si può dispensare dall'esaminare più analiticamente la *Decisione quadro 2001/220/GAI* del 15 marzo 2001, adottata dal Consiglio dell'Unione europea (prendendo in considerazione anche le conclusioni seguite al Consiglio europeo di Tampere del 1999) in relazione alla posizione della vittima nel procedimento penale. Questo atto normativo ha rappresentato, almeno fino al 2012, la misura di maggior rilievo in tema di rivalutazione e tutela della vittima nel procedimento penale nell'ambito del diritto eurounitario.

Qui, emerge con maggior evidenza la volontà di porre la persona offesa dal reato al centro della politica criminale europea, coincidentemente con l'evoluzione del terzo pilastro.¹¹¹ La decisione in oggetto, nonostante non fosse provvista di efficacia diretta e pur non essendo assistita da una procedura di infrazione, risultava essere immediatamente vincolante per gli Stati membri negli obiettivi da raggiungere, e non occorre che fosse ratificata.¹¹²

Come anticipato poc'anzi, il provvedimento del 2001 è stato considerato alla stregua di un vero e proprio *corpus* normativo in tema di vittime di reato, e ciò è sicuramente riscontrabile anche dai considerando che precedono i 19 articoli che lo compongono. La *ratio* è quella di assicurare, tramite le disposizioni che lo articolano, non solo la salvaguardia della vittima nel contesto del procedimento penale in senso stretto, ma anche l'assistenza che potrebbe attenuare gli effetti del reato, prima, durante e dopo il procedimento penale (considerando n.

¹¹⁰ M. TROGLIA, Lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile: alcune riflessioni sulla direttiva 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio del 13 dicembre 2011, in *Cassazione penale*, 2012, 5, p. 1906-1918.

¹¹¹ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 90.

¹¹² P. SECHI, Vittime di reato e processo penale, il contesto sovranazionale (Parte I), in *Cassazione Penale*, 2017, 2, p. 850.

6). Si vogliono poi porre in particolare risalto le sue esigenze in modo globale e coordinato, evitando soluzioni frammentarie e incoerenti che possano arrecarle ulteriori danni (considerando n. 5) e causare la vittimizzazione secondaria o ripetuta. Lo strumento attraverso cui realizzare questi obiettivi è individuato in un riavvicinamento delle diverse legislazioni penali nazionali, in maniera tale da poter garantire un certo grado di protezione a prescindere dalla nazione in cui la vittima si trova (considerando n. 4). I diritti e i trattamenti predisposti per le vittime dagli Stati, perciò, devono essere sempre rispettosi della dignità personale di queste ultime (considerando n. 8).¹¹³

All'art. 1 è offerta la definizione di "vittima", per la quale si intende «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». Tale nozione è certamente meno inclusiva ed estesa della nozione fornita dall'ONU nella risoluzione del 1985,¹¹⁴ nella quale sono ricompresi anche coloro che abbiano visto arrecarsi un pregiudizio mediante la violazione di un bene collettivo, le cosiddette vittime indirette (cioè le persone a carico o i superstiti delle vittime dirette) e le persone giuridiche.¹¹⁵

Tale nozione di vittima, tra l'altro, ha creato non pochi problemi interpretativi nel nostro paese. In Italia, infatti, a differenza di altri stati europei, come Francia e Regno Unito, ai tempi in cui fu adottata la decisione quadro, la parola "vittima" non figurava mai, né a livello legislativo, né in dottrina. In più, alla definizione di vittima che la decisione ha accolto le corrispondevano, nel nostro ordinamento, sia la figura di persona offesa sia quella di persona danneggiata dal reato. A ben vedere, non sembrava doverci essere alcun nesso necessario tra pregiudizio subito e titolarità del bene giuridico leso; di conseguenza, il riferimento al danno

¹¹³ Decisione quadro n. 2001/220/GAI del Consiglio, 15 marzo 2001, in GUCE L 82, 22.03.2001.

¹¹⁴ Risoluzione n. 40/34, "Dichiarazione dei basilari principi di giustizia per le vittime del reato e abuso di potere", adottata il 29 novembre 1985 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, art.1: «sono vittime quelle persone che, individualmente o collettivamente, hanno sofferto un pregiudizio, incluso un danno fisico o mentale, una sofferenza emotiva, una perdita economica o una sostanziale menomazione dei loro diritti fondamentali, attraverso azioni od omissioni che violano le leggi penali in vigore negli stati membri, ivi comprese quelle leggi che vietano penalmente l'abuso di potere.» Art.2: «Il termine vittima include anche, eventualmente, i prossimi congiunti o le persone a carico della vittima diretta e le persone che hanno sofferto un pregiudizio intervenendo in aiuto delle vittime in difficoltà o per prevenire la vittimizzazione». Per maggiori dettagli vedi paragrafo 2.2.1.

¹¹⁵ Corte Giust., 28 giugno 2007, Causa C-467/05, Dell'Orto.

materiale, ha consentito di allargare la nozione di vittima anche a quelli che, nel nostro sistema, sarebbero stati considerati danneggiati dal reato, cioè a coloro i quali avessero subito un danno come conseguenza diretta della commissione del reato, ma che, allo stesso tempo, non fossero titolari del bene giuridico protetto dalla norma penale violata dal reo.¹¹⁶ Tale definizione, inoltre, sembra suggerire la doppia configurazione che la vittima assume: da un lato essa è la parte lesa o danneggiata dal reato (a prescindere dal tipo); dall'altro, essa è individuata come quel soggetto divenuto debole dal punto di vista fisico, mentale, psicologico ed emotivo come conseguenza del pregiudizio che le è derivato dal reato. Come vedremo in seguito, rispetto alla prima prospettiva la direttiva tende ad assicurare alla vittima un ruolo "effettivo e appropriato" nel procedimento penale. Al reato, a ben vedere, non corrisponde una reazione punitiva solo per rispondere ad esigenze di difesa, ordine e pace sociale, ma anche per rispondere ad un'esigenza di tutela dei diritti individuali: perciò alla vittima sono riconosciuti poteri di impulso e partecipazione al procedimento, che sono in qualche modo la proiezione del suo interesse ad ottenere la condanna del reo e il risarcimento del danno.

Dal punto di vista dell'altra prospettiva, invece, la direttiva mira a offrire alla vittima un sistema di assistenza per evitare che la partecipazione al procedimento causi ulteriori danni emotivi e psicologici (c.d. vittimizzazione secondaria). La decisione quadro si muove quindi nella direzione di offrire protezione alla vittima sia "nel" procedimento che "dal procedimento".¹¹⁷

Nell'art. 2, la decisione vuole che ciascuno Stato membro attribuisca alla vittima un ruolo effettivo ed appropriato nel procedimento penale, anche se, come precisa il considerando n. 9, ciò non implica che gli Stati debbano obbligatoriamente riconoscere alle vittime il ruolo di parte nel procedimento. Ciò comporterebbe un'ingerenza troppo forte per alcuni paesi, come ad esempio la Germania, la cui tradizione processualpenalistica non consente in alcun modo che la vittima diventi parte processuale. Inoltre, deve essere garantito un trattamento rispettoso della dignità personale, dei diritti e degli interessi di questa, con particolare riferimento al procedimento penale. Al par. 2, poi, l'articolo fa un espresso rimando alle vittime particolarmente vulnerabili, statuendo che ciascuno Stato membro debba assicurare loro «un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione». Ad ogni modo, non viene precisato il significato dell'espressione "vittima particolarmente

¹¹⁶ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 90.

¹¹⁷ T. RAFARACI, La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, in *Criminalia*, 2010, p. 259.

vulnerabile”, né sono offerti degli indicatori che possano essere d’ausilio nell’interpretazione di tale nozione; un contributo essenziale in tal senso è stato offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea.¹¹⁸

L’assenza di una definizione di “vittima particolarmente vulnerabile” può trovare una spiegazione, secondo alcuni studiosi, in relazione alle differenti portate che il concetto di vulnerabilità assume all’interno della legislazione dei vari paesi. Infatti, in alcuni paesi europei, quali Italia, Francia e Regno Unito, la vulnerabilità veniva presa in considerazione da un punto di vista soggettivo, avendo riguardo alla debolezza e alla fragilità, fisica e/o mentale, della persona offesa: si pensi a infermi di mente e minori. In altri paesi, come ad esempio Spagna e Paesi Bassi, alla vulnerabilità si guardava da un punto di vista oggettivo, avendo cioè riguardo ai comportamenti che siano idonei a generare una situazione di fragilità nella persona: pensiamo al terrorismo o alla violenza domestica. In altri paesi ancora, quali la Germania, allo scopo di offrire una protezione più estesa possibile all’offeso dal reato, si valutava la vulnerabilità tanto dal punto di vista soggettivo quanto dal punto di vista oggettivo.¹¹⁹

Oltre alla particolare cautela nel trattare la vittima particolarmente vulnerabile, di grande interesse sono anche le disposizioni che attengono alla produzione delle prove, all’interrogatorio, al diritto alle informazioni, al rimborso spese e alla mediazione.¹²⁰

Al fine di evitare l’innescarsi della vittimizzazione secondaria, all’art. 3 è stabilito che la vittima possa essere ascoltata durante in procedimento penale, ma gli Stati membri devono adottare le misure perché le autorità competenti possano interrogarla solo per quanto necessario ai fini del procedimento stesso.

Inoltre, la testimonianza della vittima, a maggior ragione se particolarmente vulnerabile, in base all’art. 8 deve avvenire con modalità protette per evitarle i disagi che comporterebbe l’udienza pubblica. L’art. 15 dispone che, anche i locali e le strutture a cui la vittima ha accesso (uffici giudiziari, della polizia, dei servizi pubblici e sociali) devono essere consoni alle sue esigenze e, ex art. 14, il personale che lavora presso gli stessi deve ricevere

¹¹⁸ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’Unione europea, cit.

¹¹⁹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 19; M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 90.

¹²⁰ G. CANZIO, La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”, in *Diritto penale e processo*, 2010, 8, p. 986.

un'adeguata formazione che permetta loro di entrare in contatto con le vittime, specie quelle più fragili e vulnerabili.

Sempre nel testo dell'art. 8, la decisione quadro dispone che gli Stati si dotino di misure idonee a garantire la sicurezza della vittima e dei suoi familiari quando vi sia un concreto pericolo che essi possano subire atti ritorsivi o vi sia prova certa di un'intromissione nella sfera della loro vita privata.

Per consentire poi alle vittime un effettivo diritto all'accesso alla giustizia, l'art. 7 prevede che queste possano beneficiare di un rimborso delle spese processuali sostenute o, addirittura, sulla base dell'art. 6, che possano valersi dell'assistenza legale gratuita, del gratuito patrocinio o di altre forme di assistenza.

Tra gli altri diritti assicurati alla persona offesa vi è senz'altro quello, annunciato dall'art. 4, all'informazione su tutto quanto è rilevante sapere sin dal primo contatto con le autorità competenti, sugli sviluppi derivanti dalla sua denuncia e, nel caso sia esercitata l'azione penale, di ricevere informazioni sull'andamento del processo penale (purché ciò non rechi pregiudizio al processo stesso).

Anche in questo provvedimento, viene preso in considerazione il diritto della vittima al risarcimento del danno. In tale contesto, tuttavia, si parla solo del risarcimento che essa può ottenere da parte del responsabile dell'illecito nell'ambito del processo penale, senza mai fare riferimento a tipi di indennizzo pubblico, che sono pur sempre prescritti da altri documenti normativi europei. D'altronde, la decisione quadro del 2001 ha ad oggetto la posizione della vittima all'interno del procedimento penale.

Anche il tema dell'assistenza ai bisogni delle vittime non è trascurato: l'art. 13, a tal proposito, appresta una risposta ai loro specifici bisogni, che siano di tipo legale, medico, psicologico, economico o di altra natura, e prescrive che ciascuno stato organizzi delle strutture apposite.

Per di più, seppur nella concisione del testo dell'art. 10, si tende ad incentivare l'utilizzo della mediazione penale quale principale strumento di giustizia riparativo-conciliativa, alternativa al tradizionale modello di giustizia punitiva, nell'ambito di procedimenti per i reati ritenuti idonei a tale procedura. Tutto ciò è da considerare sia in un'ottica deflattiva del processo penale, sia in un'ottica di maggior partecipazione della vittima al procedimento alternativo, il quale è finalizzato a trovare una soluzione che componga il conflitto penale attraverso l'accordo negoziato delle parti con l'ausilio di una persona competente.

Infine, la decisione quadro si occupa dei diritti delle vittime che risiedono in un altro Stato membro, in modo che le diverse discipline processuali vigenti nei vari paesi non limitino la libera circolazione delle persone e che, ad ogni vittima che sia diventata tale in un paese dell'eurozona diverso dal proprio, sia consentito di partecipare al processo e ottenere comunque il risarcimento del danno una volta fatto ritorno nel paese d'origine.

In special modo, la vittima che abbia subito un reato in paese diverso da quello in cui risiede può, grazie all'art. 11, sporgere denuncia presso le autorità competenti dello Stato di residenza qualora non abbia potuto o voluto farlo nel paese in cui il reato è stato commesso. Tale autorità, se non esercita la propria competenza, trasmette gli atti alle autorità competenti dello Stato membro in cui è stato commesso il reato, le quali procederanno secondo il proprio diritto nazionale ex art. 11, comma 2. Al contrario, se la vittima sporge denuncia presso le autorità dello Stato in cui è stato commesso il reato, queste possono decidere di far deporre la vittima quanto prima, in maniera tale da evitare che debba tornare nel luogo di commissione del delitto per rendere testimonianza. Le autorità possono adoperare la videoconferenza e la teleconferenza di cui agli artt. 10 e 11 della Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000, la quale statuiva che gli stessi avrebbero dovuto servirsi quanto più possibile di questi nuovi strumenti tecnologici per l'audizione delle vittime residenti all'estero.¹²¹

Le necessità di tutela della vittima in termini di partecipazione al procedimento penale come primo strumento di compensazione simbolica, di risarcimento del danno come compensazione effettiva del danno da essa subito in seguito al reato, e di protezione dalla vittimizzazione secondaria, hanno spinto, per la prima volta, ad adottare un provvedimento che fosse vincolante per i destinatari. Ma come abbiamo già anticipato, al mancato adattamento delle legislazioni nazionali alla decisione quadro non può seguire una sanzione da parte dei giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea. La decisione quadro indicava dei termini entro i quali gli Stati membri avrebbero dovuto adottare le disposizioni attuative della stessa,¹²² ma, malgrado ciò, l'Italia, nonostante siano stati presentati due disegni di legge, non le ha mai dato attuazione. Il primo di essi è stata la Legge quadro per l'assistenza, il sostegno e la tutela delle vittime dei reati, disegno legge Vitali ed altri, presentato al senato il 29 aprile 2006, assegnato alla Commissione giustizia, e il cui esame

¹²¹ S. PAOLETTI, La tutela della vittima nell'ordinamento europeo: quale impatto della Direttiva 2012/29/UE?, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2016, 3, p. 2 e ss.

¹²² M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 91-93

non è mai iniziato. Nel 2010 si è tentato un altro passo verso l'attuazione della decisione: con l'art. 53 della legge comunitaria 2009, legge 4 giugno 2010, n. 96,¹²³ contenente “i principi e i criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale”, il Parlamento delegava il Governo, ma anche questo progetto non ebbe alcun esito. Questa materia, quindi, ha avuto nel nostro ordinamento solo una disciplina disorganica e frammentaria.¹²⁴

A ben vedere, nella nota sentenza Pupino del 2005 (che vedremo meglio nel prossimo paragrafo), i giudici di Lussemburgo hanno affermato che, nonostante la decisione non fosse stata pienamente attuata dal nostro legislatore e sebbene il nostro codice di rito non sembrasse conforme al livello di tutela garantito alle vittime da questa e da altre fonti sovranazionali, la nostra normativa doveva essere interpretata dai giudici in modo conforme al testo della stessa.¹²⁵

2.6 VITTIMA VULNERABILE E PROVA DICHIARATIVA: IL CASO PUPINO.

La decisione quadro 2001/220/GAI, di cui abbiamo precedentemente illustrato i principali aspetti, si pronunciò sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Firenze. La vicenda che ha dato origine a questa pronuncia fu un procedimento a carico di una maestra di scuola materna accusata di maltrattamenti e percosse contro otto bambini, i quali erano, all'epoca dei fatti (gennaio e febbraio del 2001), di età inferiore ai cinque anni.¹²⁶ Durante lo svolgimento delle indagini preliminari, il pubblico ministero, contestando alla maestra i reati di abuso dei mezzi di correzione o disciplina (*ex art. 571*) e di lesioni aggravate (sulla base del combinato disposto degli artt. 582, 585, 576 c.p. con l'art. 61, n. 2 e 11 c.p.), fece

¹²³ Legge 4 giugno 2010, n.96, “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee - Legge comunitaria 2009” (Pubblicata in G.U. 25 giugno 2010 n.146).

¹²⁴ E. MAZZILLI, La direttiva europea a tutela delle vittime di reato, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, 3 p. 324.

¹²⁵ G. CANZIO, La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”, cit., p. 986;

¹²⁶ N. PASCUCCHI, Osservazioni sulla vittima minorenne in ambito europeo, in *Cassazione penale*, 2013, 11, p. 4219-4232.

richiesta al giudice per le indagini preliminari di acquisire la testimonianza delle vittime minorenni attraverso l'incidente probatorio e le modalità d'audizione protetta. L'intento di tale richiesta era quello di garantire ai bambini in questione una condizione emotiva di tranquillità e, allo stesso tempo, garantire la genuinità della prova dichiarativa, evitando la rimozione psicologica dell'evento. Il giudice per le indagini preliminari, tuttavia, rilevò che le ipotesi in cui era possibile procedere ad incidente probatorio "speciale" erano tassative. A tal proposito, sollevò dapprima questione di legittimità costituzionale degli artt. 392, comma 1-bis,¹²⁷ e 398, comma 5-bis,¹²⁸ c.p.p. per contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, per la parte in cui non prevedevano che, in un procedimento per reati diversi da quelli tassativamente previsti dai suddetti articoli e qualora vi fosse coincidenza tra testimone e persona offesa dal reato, fosse possibile procedere ad incidente probatorio per acquisire la testimonianza di un minore di anni sedici, con ricorso a modalità protette e di strumenti di riproduzione fonografica o audiovisiva. In sostanza, sulla base dell'art. 392, comma 1-bis, c.p.p. pareva che si potesse ricorrere all'incidente probatorio per la testimonianza del minore-vittima solo ed esclusivamente in presenza di reati a connotazione sessuale. Effettivamente, le norme in questione sembravano creare un'incongruenza nel sistema e una disparità di trattamento, poiché l'applicazione di tale norma speciale sembrava basarsi sul

¹²⁷ L' Art. 392, comma 1- bis, c.p.p., all'epoca della sentenza di cui sopra, dopo essere stato modificato dall' art. 13 L. 3 agosto 1998, n. 268, recitava: « *Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, 600- quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale il pubblico ministero o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1*», ed è stato in futuro più volte modificato.

¹²⁸ L' Art. 398, comma 5-bis, all'epoca della sentenza in esame, dopo essere stato modificato dalla L. 3 agosto 1998, n. 268 recitava: « *Nel caso di indagini che riguardano ipotesi di reato previste dagli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies del codice penale, il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minori di sedici anni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze del minore lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione dello stesso minore. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti*».

mero oggetto del processo e non sulla condizione psicologica della vittima. Con la sentenza n. 529 del 18 dicembre 2002 la Corte costituzionale¹²⁹ dichiarava la non fondatezza della questione con riferimento all'art. 392, comma 1-*bis*, e l'inammissibilità con riferimento all'art. 398, comma 5-*bis*.¹³⁰

Segnatamente, la Corte costituzionale sentenziò che non fosse fondata la questione di legittimità dell'art. 392, comma 1-*bis*, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di un minore di 16 anni, anche al di fuori dei casi previsti dal comma 1, quando si procedeva per un reato diverso da quelli indicati nello stesso, sempre che il teste fosse persona offesa. Tale disposizione, secondo il ragionamento della Corte, non era censurabile, in parte perché si trattava di norma speciale (la norma generale è quella per cui la testimonianza si assume durante il corso del dibattimento), ma soprattutto perché la *ratio* della disposizione in esame era quella di proteggere il minore e la sua personalità nell'ambito di reati rispetto ai quali le possibilità di conseguire dei traumi o di porre a repentaglio la genuinità della prova sono particolarmente elevate. Inoltre, la Corte precisò che l'allargamento che il legislatore aveva concesso nell'utilizzo dello strumento eccezionale dell'incidente probatorio all'ipotesi in cui la deposizione del minore in qualità di testimone avvenisse nell'ambito di un procedimento per reati sessuali, non doveva condurre a dedurre che l'eccezione fosse valevole sempre, per tutelare il minore, a prescindere dal reato per cui si procedeva, sia pure ai soli fini della testimonianza della persona offesa.

Per quanto attiene all'art. 398, comma 5-*bis*, sulla sua legittimità la Corte costituzionale si era già espressa anche nella precedente sentenza n. 114 del 2001¹³¹, per via della questione di legittimità costituzionale promossa dal Giudice per le indagini preliminari di Modena nel corso di un procedimento penale per il reato di maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli di cui all'art. 572 c.p., nel quale si intendeva procedere all'assunzione della testimonianza della vittima di anni 14 in sede di incidente probatorio. Il giudice remittente riteneva che la norma in esame fosse da censurare, con riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non

¹²⁹ Sentenza Corte cost. 6-18 dicembre 2002 n. 529. (Pubblicata in G.U. 27 dicembre 2002, n.0) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

¹³⁰ G. UBERTIS, La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale, cit., p. 4059 e ss.

¹³¹ Sentenza Corte cost. 7-9 maggio 2001 n. 114. (Pubblicata in G.U. 16 maggio 2001, n.19) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

prevede, tra le fattispecie di reato a cui si applica, anche il reato di maltrattamenti per cui stava procedendo. La consulta non ritenne fondata la questione: innanzitutto, essa precisò che ciò che aveva spinto il legislatore a dettare una disciplina diversificata e speciale, rispetto a quella generalmente prevista dall'art. 392 in tema di incidente probatorio, fu la volontà di creare un particolare regime di protezione per il minore infrasedicenne coinvolto in uno dei reati di cui alle leggi n. 66 del 1996 e n. 269 del 1998. I reati sessuali di cui a queste ultime, infatti, sono stati ritenuti quelli maggiormente suscettibili di procurare dei danni alla personalità del minore e sono quelli in cui occorre preservare con maggior impegno la sua riservatezza e la sua intimità; inoltre, è necessario salvaguardare la prova nella sua genuinità. Questa è quindi la *ratio* che sta alla base dell'inclusione dei soli reati sessuali nel testo dell'art. 398 comma 5-bis e di tale differenziazione tra reati sessuali e non. La Corte sosteneva che non sarebbe stata giustificata un'assimilazione del reato di maltrattamenti, nel quale la sfera sessuale del minore non è necessariamente coinvolta, a quelli di natura sessuale testualmente previsti, né poteva esservi un'estensione automatica di detta disciplina. Per i giudici costituzionali, tuttavia, ciò non significava che per gli altri tipi di reato, per cui si rendesse necessario ascoltare un minore, non si ponessero analoghe necessità, soprattutto circa le modalità di assunzione della prova. La consulta sottolineò infatti che a tal proposito esiste un'altra norma del codice di rito: l'art. 498, comma 4, c.p.p. ai sensi del quale l'esame testimoniale del minore in fase dibattimentale è condotto dal presidente, tramite domande e contestazioni proposte dalle parti, il quale può servirsi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile. In più, la Legge n. 269 del 1998 ha aggiunto all'articolo in esame un comma 2-bis, il quale dispone che, su richiesta di parte o se il presidente lo ritenga necessario, si applichino le modalità di cui all'art. 398, comma 5-bis; tutto ciò a prescindere dal reato per cui si procede. I giudici costituzionali, in aggiunta, ricordavano che l'art. 401, comma 5, del codice di rito, relativo alle modalità di svolgimento dell'udienza per l'incidente probatorio, recita nel seguente modo: «le prove sono assunte con le forme previste per il dibattimento». Di conseguenza, sulla base di questo ragionamento, i giudici della Corte costituzionale hanno concluso che: « se il nuovo comma 4-bis dell'art. 498 si applica nel dibattimento, indipendentemente dal titolo di reato per il quale si procede, e se esso è applicabile, in forza dell'art. 401, comma 5, anche all'incidente probatorio, ne risulta che, in forza del doppio richiamo accennato, anche nel caso di incidente probatorio nell'ambito di un procedimento per reato diverso da quelli sessuali (e così per il reato

sottoposto al giudice *a quo*), le modalità particolari di assunzione della testimonianza del minore infrasedicenne previste dall'art. 398, comma 5-*bis* possono trovare applicazione». ¹³²

Nonostante le varie interpolazioni che hanno successivamente subito gli artt. 392, comma 1-*bis*, e 398, comma 5 *bis*, c.p.p., nè l'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, né le lesioni personali sono stati richiamati.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze investiva la Corte di Giustizia delle Comunità europee tramite un rinvio pregiudiziale ex art. 35 Trattato UE (oggi abrogato). Si dubitava, infatti, della conformità dell'art. 392, comma 1-*bis*, e 398, comma 5-*bis*, c.p.p. con gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione europea. ¹³³

Il giudice del rinvio, pertanto, domandava alla Corte se, nel caso di specie, i minori, specialmente in base all'art. 2 della decisione che prescrive agli stati che «le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione», siano da considerarsi tali. In più, si domandava se, riconoscendo ai minori la qualifica di vittime particolarmente vulnerabili, fosse possibile estendere ad un caso non rientrante nella norma un istituto processuale “speciale”, che deroga alla disciplina generale per la quale la costituzione delle prove - compresa quindi la testimonianza- deve avvenire durante la fase dibattimentale, su iniziativa e nel contraddittorio delle parti e sotto il controllo del giudice. ¹³⁴

La Corte di Giustizia, però, nella sentenza del 16 giugno 2005 (C-105-03), sebbene sia approdata a delle enunciazioni di principio di non poco conto, non è riuscita a condurre ad esiti altrettanto apprezzabili sul lato pratico. ¹³⁵

Le enunciazioni di principio contenute nella sentenza la connotano per la sua indiscussa innovatività: la Corte, invero, afferma che i giudici nazionali, nella loro attività giurisdizionale, hanno l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme alle disposizioni contenute all'interno di una decisione quadro adottata in una delle materie di

¹³² Sentenza Corte cost. 7-9 maggio 2001 n. 114. (Pubblicata in G.U. 16 maggio 2001, n.19) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

¹³³ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 22.

¹³⁴ G. GARBAGNATI KETVEL, La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i "pilastri" dell'Unione europea?, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2007, 2, p. 414.

¹³⁵ G. UBERTIS, La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale, cit., p. 4059 e ss.

cui al titolo VI del Trattato dell'Unione europea. Il giudice dello Stato membro, perciò, deve svolgere la propria attività esegetica in considerazione della lettera e dello scopo della decisione quadro; ciò anche qualora lo stato in questione non l'abbia ancora recepita. Gli unici limiti che il giudice incontra in tale operazione sono dati dal rispetto per i principi della certezza del diritto, di non retroattività della norma penale e del divieto di interpretazione *contra legem* della legge nazionale.¹³⁶ In altre parole, i giudici di Lussemburgo hanno attribuito valore vincolante alle decisioni quadro, operando, sulla scorta di un'operazione esegetica discutibile, una simmetria tra queste, adottate nell'ambito del terzo pilastro, e le direttive comunitarie, emesse nell'ambito del primo pilastro. Com'è noto, infatti, la Corte di Giustizia, sin dagli anni settanta, al fine di giungere ad un adeguamento delle diverse legislazioni nazionali al diritto comunitario, ponendo rimedio ai ritardi e all'inerzia delle autorità statali nel recepire le direttive, aveva elaborato il cosiddetto principio di interpretazione conforme. Secondo tale principio, i giudici degli Stati membri dovevano applicare il suddetto principio nell'interpretazione del diritto interno qualora la direttiva comunitaria non recepita avesse un contenuto chiaro e incondizionato.

L'operazione ermeneutica compiuta dai giudici europei nella pronuncia che stiamo analizzando, però, risulta opinabile, in quanto: ciò che nell'ambito di una decisione quadro sembrerebbe costituire un obbligo, in effetti, è il raggiungimento del solo risultato, rimanendo riservata alle autorità nazionali la competenza per quanto attiene alla scelta dei mezzi e degli strumenti più adeguati al suo conseguimento.

Inoltre, l'art. 34 n. 2 lett. b) del Trattato di Amsterdam, in tema di decisioni quadro, esclude esplicitamente che queste abbiano degli effetti diretti nei singoli ordinamenti nazionali. Il cosiddetto terzo pilastro, cioè la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, si caratterizza per il metodo intergovernativo tradizionale (col quale nella fase decisionale hanno un ruolo preponderante i singoli Stati membri, rappresentati dai singoli governi, mentre le istituzioni europee, come il Parlamento europeo, svolgono un ruolo molto meno determinante),¹³⁷ e gli atti adottati nel suo ambito sono per definizione privi di efficacia diretta nell'ordinamento interno di ciascun paese membro. A tal proposito, i giudici della Corte sembrano distinguere tra efficacia diretta, per la quale è necessario che le istituzioni statali dei singoli paesi recepiscano formalmente la decisione quadro attraverso un proprio

¹³⁶ A. FABBRICATORE, Il caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro, in *Diritto penale e processo*, 2006, 5, p. 640-646.

¹³⁷ U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 18.

atto, e l'efficacia vincolante che queste assumono per le autorità nazionali, compresa la magistratura penale, le quali devono procedere all'interpretazione del proprio diritto interno in conformità alla normativa sovranazionale, compresa quella contenuta in una decisione quadro.¹³⁸

L'ancora interpretativa attraverso la quale i giudici di Lussemburgo hanno operato un adeguamento del diritto interno al diritto comunitario tramite il ricorso al principio dell'interpretazione conforme, sarebbe stato l'art.10 TCE, che sanciva l'obbligo della leale collaborazione tra Stati membri e Comunità, e di cui, sebbene non figuri all'interno del TUE, si era affermato l'implicito riconoscimento. In forza di tale obbligo, gli stati avrebbero dovuto adottare delle disposizioni, anche in materia penale, che garantissero l'efficacia della decisione quadro. L'Italia – con gli altri stati - avrebbe dovuto perciò assumersi l'impegno di garantire alle vittime un trattamento rispettoso della loro dignità personale nell'ambito del procedimento penale, e tale trattamento avrebbe dovuto assumere un carattere particolarmente protettivo quando fosse necessario ascoltare una “vittima particolarmente vulnerabile”.¹³⁹ Ma dal momento in cui ciò non è stato fatto, opererà il principio dell'interpretazione conforme in virtù della leale collaborazione.

Come già ricordato, i soli limiti all'interpretazione conforme sono dati da un risultato esegetico *contra legem* o comunque contrario al rispetto dei diritti umani, tra i quali si eleva in ambito processuale quello all'equo processo, e i principi generali del diritto. Tra l'altro, i giudici lussemburghesi non chiariscono quali siano le conseguenze qualora il giudice nazionale rilevi di non poter procedere ad una interpretazione conforme delle disposizioni del diritto interno.¹⁴⁰

Con l'osservanza dei limiti sopra esposti, la Corte ha legittimato un'interpretazione adeguatrice *praeter legem* della disciplina nazionale, grazie alla quale il ricorso all'incidente probatorio è ammissibile anche nel procedimento pendente presso il giudice *a quo*.¹⁴¹ In tal modo, si riusciva a estendere la portata degli articoli del codice di rito anche alla persona offesa da reati differenti da quelli espressamente previsti dall'elenco dell'art. 392, comma 1-

¹³⁸ A. FABBRICATORE, Il caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro, cit., p. 640-646.

¹³⁹ E. APRILE, I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul «caso Pupino» in materia di incidente probatorio, in Cassazione Penale, 2006, 3, p. 1165.

¹⁴⁰ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 24.

¹⁴¹ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, cit.

bis e con le particolari forme previste dall'art. 398, comma 5-*bis*. In verità, il fatto che nel sistema italiano l'accesso al contraddittorio anticipato fosse saldato al tipo di reato per cui si procedeva e non alla condizione del testimone, manifestava la passività del nostro legislatore rispetto alla spinta sovranazionale alla creazione di un sistema di protezione destinato alle vittime vulnerabili.¹⁴² Tuttavia, non è mancato chi, come Anna Fabbricatore, nel suo articolo (già citato), sulla base delle obiezioni già esposte sulla ricostruzione ermeneutica effettuata dalla Corte circa l'estensione del principio dell'interpretazione conforme alle decisioni quadro, ha ritenuto che «il giudice remittente, nel procedimento a quo, non possa colmare - in via di mera ricostruzione interpretativa - la lacuna del diritto interno che rende non praticabile l'istituto dell'incidente probatorio per reati diversi da quelli indicati all'art. 392 comma 1-*bis*. Conseguentemente, è necessario un intervento diretto del legislatore nazionale, che modifichi la disposizione citata in maniera conforme ai principi interpretativi affermati in sentenza. D'altra parte, gli stessi giudici di Lussemburgo hanno precisato che il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento per una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, così come non può portare ad aggravare la posizione processuale di un imputato».¹⁴³ Parte della dottrina, infatti, aveva ritenuto che la Corte di Giustizia avesse avuto poco riguardo all'eccezionalità dello strumento dell'incidente probatorio nel sistema penale italiano. Si lamentava il fatto che la Corte, nella sua opera interpretativa, sembrava non attenersi ad uno dei principi cardine del nostro ordinamento penal-processuale, il principio di immediatezza nella formazione della prova. Tale principio è derogato con riguardo all'incidente probatorio, la cui disciplina trova applicazione solo nei casi tassativamente indicati dal legislatore, rimanendo il dibattito «il luogo elettivo di formazione della prova».¹⁴⁴ Proprio la natura eccezionale dell'incidente probatorio spinge a ritenere che un ampliamento delle ipotesi nelle quali tale disciplina possa trovare applicazione sia possibile solo attraverso un intervento normativo da parte del legislatore. L'unica strada astrattamente percorribile per ampliare il novero dei reati a cui estendere la disciplina dell'incidente probatorio sarebbe l'interpretazione analogica, ma ciò

¹⁴² S. RECCHIONE, L'ascolto del minore nel processo penale, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2011, 6, p. 1609.

¹⁴³ A. FABBRICATORE, Il caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro, cit., p. 642.

¹⁴⁴ F. NICOLICCHIA, L'accesso all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., cit., p. 1224.

contrasterebbe con l'art. 14 delle Preleggi, che pone il divieto di ricorrere all'analogia in caso di norme penali ed eccezionali. Questa soluzione sarebbe perciò in contrasto con il limite individuato dalla Corte stessa all'interpretazione conforme, ovvero il divieto di interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.¹⁴⁵

Ciò nonostante, è da segnalare che l'altra parte della dottrina, ma soprattutto la giurisprudenza, hanno accolto con favore la soluzione prospettata dai giudici lussemburghesi a proposito di un'interpretazione che ammetta un allargamento della fattispecie di cui all'art. 392, comma 1-bis, anche a reati diversi da quelli da esso espressamente precisati.¹⁴⁶ Già da tanto tempo, invero, la parte più sensibile della dottrina aveva convenientemente puntualizzato che la *ratio* della disposizione sopra richiamata non fosse tanto quella di proteggere i minori nell'ambito dei procedimenti per reati di natura sessuale, ma quella di una tutela *tout court* della loro personalità. Per effetto di tale impostazione, il ricorso alla procedura incidentale non doveva aver riguardo al tipo di reato per cui si procedeva, ma alla considerazione della situazione concreta, effettuata dalle parti, circa l'opportunità di raccogliere in anticipo le dichiarazioni dell'infrasedicenne.¹⁴⁷

Ebbene, il legislatore, possiamo già anticiparlo, è intervenuto a modificare l'art. 398 c.p.p. attraverso il D.lgs. n. 212 del 2015, con il quale è stato aggiunto il comma 5-*quater*¹⁴⁸, che dispone che la persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità è esaminata con le modalità protette previste per il dibattimento ai sensi dell'art. 498, comma 4-*quater*. Ciò consente quindi di procedere all'esame con modalità protette anche quando il minore sia vittima di un reato diverso da quelli esplicitamente richiamati dall'art. 398, comma 5-bis, c.p.p.¹⁴⁹

In conclusione, possiamo affermare che la sentenza Pupino ha rappresentato un momento centrale nella valorizzazione della figura del testimone vulnerabile minore di età. Dal punto di vista del diritto europeo, rappresenta una pronuncia di primaria importanza per aver

¹⁴⁵ F. NICOLICCHIA, L'accesso all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., cit., p. 1224.

¹⁴⁶ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 24-25

¹⁴⁷ A. FABBRICATORE, Il caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro, cit., p. 643.

¹⁴⁸ Art. 398, comma 5-*quater*: «Fermo quanto previsto dal comma 5-*ter*, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 498 comma 4-*quater*».

¹⁴⁹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 24-25.

affermato la valenza del - più volte citato - principio di interpretazione conforme anche nei provvedimenti attinenti alle materie del terzo pilastro. Dal punto di vista del diritto interno, invece, il suo pregio si apprezza ancor di più: a partire da questa sentenza e dai principi che in essa i giudici europei hanno enunciato, il diritto penale non è più determinato esclusivamente dal legislatore nazionale, ma ci si è avviati verso un progressivo processo di “europeizzazione” della materia criminale, che condurrà ad un’armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali al diritto europeo.

Il rivolgimento, invece, non ha riguardato la possibilità di esaminare tramite audizione protetta i minori senza aver riguardo del reato per cui si procedeva. La posizione della Corte a questo proposito, per l’appunto, non è stata innovativa o originale: la Corte costituzionale, nella sua sentenza del 2001, aveva già espresso in modo chiaro che la normativa processuale vigente al tempo, grazie al doppio rinvio esistente tra gli artt. 401, 498 comma 4-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p., permetteva di estendere all’ambientazione dell’incidente probatorio le modalità protette che si applicano in fase dibattimentale nell’assunzione protetta della testimonianza, a prescindere dalla natura sessuale del reato. Malgrado tutto ciò, è da sottolineare che il ricorso allo specchio unidirezionale e all’impianto citofonico, che sono strumenti pensati affinché il minore possa deporre in una condizione di spirito favorevole e che dovrebbero evitare che tra questo e l’imputato vi sia un contatto visivo, poteva essere concesso esclusivamente ove il dichiarante infradiciottenne fosse vittima del reato e allorché si procedesse per uno dei crimini tassativamente elencati dalla norma di cui all’art. 498, comma 4-*ter* c.p.p. Tale conclusione non può che farci riflettere su quanto il nostro sistema processuale fosse, soprattutto allora, connotato da un certo grado di incoerenza e da poca logicità intrinseca e, per di più, ci fa prendere coscienza circa il fatto che la connotazione sessuale del delitto continuasse a costituire un elemento di discriminazione nell’applicazione della disciplina dell’audizione protetta del minore.¹⁵⁰

¹⁵⁰ A. FABBRICATORE, Il caso Pupino: sul riconoscimento dell’efficacia diretta delle decisioni quadro, cit., p. 646.

2.7 ULTERIORI PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULL'AUDIZIONE DELLA VITTIMA VULNERABILE.

Come preannuncia il titolo del paragrafo, sul tema dell'audizione della vittima vulnerabile la Corte di Giustizia si è pronunciata in diverse occasioni, e non solo nel caso Pupino, che rimane, ad ogni modo, il caso più celebre al riguardo.

I giudici di Lussemburgo, nella sentenza relativa al caso X del 21 dicembre 2011¹⁵¹, si sono pronunciati ancora una volta sulla testimonianza in sede di incidente probatorio del minore-vittima di reato e sempre in relazione all'interpretazione degli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI. Anche in questo caso, come nel caso Pupino, la questione pregiudiziale è stata sollevata dal giudice per le indagini preliminari di Firenze, con riferimento ad un procedimento riguardante la presunta commissione di atti sessuali da parte di un padre nei confronti della figlia minore. Questa volta, però, la questione non gravitava più intorno all'estensione dei reati per cui è possibile richiedere l'assunzione della testimonianza del minore in sede di incidente probatorio, ma verteva sull'istanza rivolta al pubblico ministero da parte della persona offesa circa la possibilità che questo richiedesse al giudice di poter essere sentita anticipatamente e al di fuori del processo.¹⁵² Più esattamente, la vicenda era questa: il pubblico ministero, sulla base delle indagini espletate, chiese l'archiviazione del caso, a cui seguì l'opposizione ex art. 410 c.p.p. della persona offesa al fine di ottenere la prosecuzione delle indagini. Nell'udienza in camera di consiglio ex art. 409 c.p.p. fissata dal giudice per le indagini preliminari, la persona offesa avanzò la richiesta di poter essere sentita nelle forme dell'incidente probatorio, che fu fissato dal gip. Più tardi, la Corte di Cassazione annullò la decisione di quest'ultimo di procedere all'audizione della vittima in modo anticipato, in quanto riteneva che, non essendo stato osservato il disposto dell'art. 394 c.p.p.,¹⁵³ il ricorso all'incidente probatorio fosse da ritenersi illegittimo. Il pubblico ministero, a questo punto, chiese nuovamente l'archiviazione del caso e, nuovamente, la parte offesa si oppose, proponendo ancora una volta l'istanza per poter essere ascoltata in incidente probatorio. Da parte della pubblica accusa però non vi fu alcun

¹⁵¹ Corte Giust., 21 dicembre 2011, Causa C-507/10, X.

¹⁵² N. PASCUCI, Osservazioni sulla vittima minorenne in ambito europeo, cit., p. 4231.

¹⁵³ Art. 394 c.p.p. «1. La persona offesa può chiedere al pubblico ministero di promuovere un incidente probatorio. 2. Se non accoglie la richiesta, il pubblico ministero pronuncia decreto motivato e lo fa notificare alla persona offesa».

riscontro a tale richiesta. Il giudice per le indagini preliminari, a questo punto, si rivolge alla Corte di giustizia UE per verificare la compatibilità del disposto degli artt. 392, comma 1 *bis*, 394 e 398 c.p.p. con le prescrizioni degli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro n. 2001/220/GAI. Il dubbio di legittimità riguardava la disciplina interna nella parte in cui non era previsto un obbligo per il pubblico ministero di provvedere, in senso positivo o negativo, alla richiesta della parte offesa perché si procedesse a incidente probatorio. Per di più, non era previsto che questa potesse ricorrere ad un giudice qualora alla sua richiesta al pubblico ministero seguisse un rifiuto, cioè qualora l'istanza di assunzione anticipata della prova dichiarativa della vittima fosse stata negata. Tuttavia, i giudici della Corte di Lussemburgo, nella sentenza in commento hanno ritenuto che la normativa italiana non fosse in contrasto con il provvedimento europeo. Precisamente: non essendo state previste le modalità di attuazione degli obiettivi che la normativa europea attraverso le disposizioni sopra richiamate, in capo ai singoli Stati membri esisteva piena discrezionalità in questo senso.¹⁵⁴ In altri termini, non esisteva alcun obbligo in capo al magistrato del pubblico ministero di dare seguito alla richiesta della vittima affinché si procedesse ad incidente probatorio, e, parimenti, questa non poteva impugnare il diniego alla propria istanza davanti ad un giudice. Sulla base di una valutazione della particolare vulnerabilità della persona offesa, sarà perciò l'autorità procedente a scegliere tra la possibilità di procedere all'assunzione anticipata della prova testimoniale o meno, poiché nell'ordinamento penale italiano è prevista una facoltà, e non un obbligo, di ricorrere all'incidente probatorio, anche quando tale istanza promani dalla vittima.¹⁵⁵ È rimessa alla discrezionalità del legislatore la previsione o meno di tale obbligo o di tale facoltà al fine di meglio tutelare la vittima vulnerabile. La Corte ha argomentato la propria pronuncia richiamando anche l'art. 8 par. 4 della decisione quadro, il quale prevedeva che la tutela delle vittime vulnerabili fosse da realizzarsi nel pieno rispetto dei diritti fondamentali dell'ordinamento interno, e specificando che le disposizioni nazionali per cui era stata posta questione pregiudiziale fossero ossequiose di tali principi. La Corte, inoltre, nel suo ragionamento, ribadisce un principio già sancito da diverse sentenze della Corte dei diritti dell'uomo, per il quale né la CEDU, né la decisione quadro attribuiscono alla persona offesa il diritto di provocare l'esercizio dell'azione penale nei confronti un altro soggetto al fine di ottenerne la condanna.

¹⁵⁴ F. NICOLICCHIA, L'accesso all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., cit., p. 1224.

¹⁵⁵ C. AMALFITANO, La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea, cit.

La sentenza Pupino del 2005 e la sentenza *X* in esame, sebbene “*ictu oculi*” potrebbero sembrare in contrasto, vanno nella stessa direzione, perché si riferiscono a due momenti differenti, i quali si susseguono cronologicamente. Intrepretando però estensivamente il dispositivo della sentenza Pupino, tale conclusione potrebbe essere contrariata: il giudice in base ad essa dovrebbe avere la possibilità di disporre l’incidente probatorio, non soltanto quando gli sia sopraggiunta l’istanza nelle modalità previste dalla legge, ma anche quando sia la persona offesa a porgliela direttamente, senza il tramite del pubblico ministero. Percorrendo questa via, i momenti a cui si riferiscono le due sentenze non sarebbero più differenti, e si rientrerebbe nella prospettiva della sentenza Pupino del 2005. Ad ogni modo, è da precisare che le conseguenze sarebbero le stesse: la sentenza del 2005 aveva ribadito come la testimonianza dovesse avvenire secondo modalità che non fossero contrarie ai principi fondamentali del nostro ordinamento, ragion per cui la sentenza del 2011, che ribadisce la stessa regola, costituisce nient’altro che una deroga al precetto generale che in astratto era stata prevista dai giudici di Lussemburgo anche nel 2005.

Infine, è opportuno osservare come il pubblico ministero, che svolge la funzione di pubblica accusa nei confronti dell’imputato, persegue obiettivi e propositi del tutto assimilabili a quelli della vittima del reato, perciò il suo rifiuto alla richiesta di incidente probatorio potrebbe essere giustificata da scelte di tipo strategico. Egli, infatti, rispetto alla persona offesa, è certamente emotivamente più distaccato, più ponderato nelle proprie scelte, perciò è garantita la piena tutela della vittima minorenne che, in linea con le norme della decisione quadro, fa sì che si ricorra all’audizione del minore solo qualora sia strettamente necessario ai fini del procedimento.¹⁵⁶

Un’altra pronuncia in tema di audizione di vittime vulnerabili è stata la sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel *caso Katz*.¹⁵⁷ Come abbiamo visto, la decisione quadro del 2011 garantiva il diritto all’ascolto e il diritto a fornire elementi di prova alla vittima del reato, ma questa previsione poneva un problema: come interpretare i relativi artt. 2 e 3 del provvedimento europeo in quei sistemi, come quello ungherese del caso in specie, nei quali la persona offesa assume il ruolo “testimone volontario” unitamente a quello di “accusatore privato”? La Corte di Giustizia ha affrontato la questione con una certa cautela: da una parte essa ha negato che il legislatore nazionale debba garantire alla vittima un diritto alla

¹⁵⁶ N. PASCUCI, Osservazioni sulla vittima minorenne in ambito europeo, cit., p. 4231 e ss.

¹⁵⁷ Corte Giust., 9 settembre 2008, Causa C-404/07, *Katz*.

testimonianza spontanea in senso stretto¹⁵⁸, ma ha precisato che sulla scorta degli articoli summenzionati si debba consentire che la deposizione della stessa sia tenuta in debita considerazione come elemento di prova, e ciò a prescindere dal ruolo che la vittima assume all'interno del contesto processuale.¹⁵⁹

2.8 LA DIRETTIVA 2012/29: LA “MAGNA CHARTA” NEL RICONOSCIMENTO DEI DIRITTI DELLA VITTIMA DI REATO.

Il cammino tracciato dalle fonti europee, che, attraverso vincoli sempre più rigorosi, ha permesso di riservare alla vittima del reato una posizione sempre meno antagonistica rispetto a quella dell'imputato nell'ambito del procedimento penale, è segnato, da ultimo, dalla direttiva 2012/29/UE¹⁶⁰. Questa rappresenta il punto d'arrivo di un percorso inclusivo che intendeva abbandonare la visione reocentrica del reato per foggiane una che potremmo definire più vittimocentrica.¹⁶¹ A seguito del Trattato di Lisbona,¹⁶² per l'appunto, il legislatore voleva perseguire tale risultato attraverso l'utilizzo di uno strumento che conducesse all'armonizzazione dei diritti delle vittime dei diversi paesi dell'Unione, ma che, allo stesso tempo, si differenziasse da quelli impiegati in precedenza. Come già ricordato, lo strumento della decisione quadro impegnava gli stati solo al conseguimento di un risultato, ma di per sé non imponeva l'osservanza di tale obbligo. Non essendo prevista una procedura d'infrazione al fine di sanzionare gli stati inadempienti e non risultando essere abbastanza persuasiva la sola responsabilità politica di questi, era necessario ricorrere alla direttiva comunitaria.¹⁶³

D'altro canto, con l'abolizione della differenziazione tra Pilastrini compiuta dal Trattato di Lisbona, anche rispetto alle materie attinenti alla giustizia penale, la decisione quadro non è

¹⁵⁸ L. PARLATO, La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di “ascolto effettivo” nel procedimento penale, in *Cassazione penale*, 2013, 9, p. 3293 e ss.

¹⁵⁹ Cfr., M. GIALUZ, La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di Giustizia, cit., p. 19 e ss.

¹⁶⁰ Direttiva n. 29/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012, in *GUCE* L 315/57, 14.11.2012.

¹⁶¹ P. P. PAULESU, Vittima del reato e processo penale, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, 2, p. 387.

¹⁶² Il testo del trattato è stato sottoscritto a Lisbona il 13 dicembre 2007.

¹⁶³ M. VENTURUOLI, La tutela della vittima nelle fonti europee, cit., p. 111.

più compresa tra le fonti a cui le istituzioni europee intendono ricorrere nella creazione del nuovo diritto. La direttiva risultava essere lo strumento più idoneo per raggiungere un disegno di “europeizzazione” del diritto, anche processuale-penale, e per questo motivo è esplicitamente previsto dall’ art. 82 TFUE. Infatti, è anch’essa vincolante quanto ai risultati da raggiungere, lasciando agli stati piena libertà nella determinazione delle forme e dei mezzi per raggiungerlo (art. 288 TFUE), ma in più - rispetto alle decisioni quadro - i Trattati non ne escludono esplicitamente l’efficacia diretta. Questa è la ragione per cui la Corte di Giustizia ne ha esteso gli effetti, al punto che le norme statali - che devono essere interpretate in maniera conforme alla direttiva - se sono con essa incompatibili per via del fatto che gli organi statali non abbiano provveduto al loro adeguamento nel termine indicato dalla direttiva stessa o lo abbiano fatto in maniera non adeguata, perdono di efficacia.¹⁶⁴ Perché la direttiva possa avere gli effetti diretti sopra richiamati è però necessario che sia sufficientemente chiara, precisa, incondizionata e dettagliata: a tal proposito si parla dunque di “direttive dettagliate”. Ciò nonostante, su un punto la giurisprudenza della Corte non ha ancora fatto piena chiarezza: se l’obbligo di interpretazione conforme sorga in capo ai giudici degli Stati membri al momento dell’entrata in vigore dell’atto o se nasca al momento della scadenza del termine previsto per il suo recepimento. A questo riguardo, infatti, nel *caso Mangold*¹⁶⁵ e nel *caso Adeneler*¹⁶⁶ i giudici lussemburghesi sembrano essere arrivati a conclusioni opposte. Ciò che è certo, comunque, è che, come affermato nell’ultima sentenza citata, sin dal momento dell’entrata in vigore del provvedimento europeo, sui giudici nazionali incombe, più che un obbligo di interpretazione conforme, un divieto di interpretazione difforme, il quale, se non osservato, rischierebbe di vanificare il risultato che la direttiva si poneva l’obiettivo di raggiungere.¹⁶⁷

La direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione europea, del 25 ottobre 2012, che reca «norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle

¹⁶⁴ M. CHIAVARIO, Le fonti di diritto dell’Unione europea: prima e “dopo Lisbona”, in *Diritto processuale penale*, Annali IX, 2016.

¹⁶⁵ Corte Giust., 22 novembre 2005, Causa C-144/04, *Mangold*.

¹⁶⁶ Corte Giust., 4 luglio 2006, Causa C-212/04, *Adeneler*.

¹⁶⁷ E. MAZZILLI, La direttiva europea a tutela delle vittime di reato: i primi effetti nel diritto italiano, cit., p. 731.

vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», è considerata come lo statuto europeo della vittima, la “*magna charta*”¹⁶⁸ dei suoi diritti.

Tale provvedimento costituisce la chiave di volta nella razionalizzazione e nel riordino della normativa che negli anni precedenti aveva attribuito poteri e prerogative alla vittima del reato nel quadro del processo penale, e detta regole a cui tutti gli Stati membri devono uniformarsi, nel rispetto della cosiddetta “tabella di marcia di Budapest” contenuta nella Risoluzione del Consiglio d’Europa del 10 giugno 2011.

Innanzitutto, la direttiva comprende una nozione giuridica di vittima, sconosciuta all’ordinamento penale italiano, che amplia quella offerta dalla decisione quadro che sostituisce. La vittima, in primo luogo, è definita dall’ art. 2 come «la persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato». In questa parte dell’articolo si prende in considerazione la cosiddetta vittima diretta del reato, che ricomprende anche l’individuo che abbia riportato una perdita economica *ex crimine*. La direttiva, invero, non sembra distinguere tra interesse civile e interesse penale, ragion per cui l’istanza risarcitoria della vittima può essere proposta sia in sede penale sia con l’instaurazione di un procedimento giudiziario autonomo (art. 16).¹⁶⁹ La disposizione aggiunge poi che è da considerarsi vittima anche il «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». Lo stesso articolo, precisa che per familiare debba intendersi: «il coniuge, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima». È proprio attraverso l’inclusione dei familiari che abbiano subito un pregiudizio dalla morte causata dal reato che viene dilatata la definizione di vittima dettata dalla decisione quadro del 2001, ma, al pari di questa, la direttiva in esame continua ad escluderne le persone giuridiche, e rimane perciò attuale l’interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia nel celebre *caso Dell’Orto*.¹⁷⁰ I familiari della vittima, pur non ricoprendo nel contesto processuale un ruolo di parte, ma soltanto

¹⁶⁸ M. BARGIS, H. BELLUTA, La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale, in M. BARGIS, H. BELLUTA et al., Vittime di reato e sistema penale: la ricerca di nuovi equilibri, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 64.

¹⁶⁹ H. BELLUTA, Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 5, p. 82.

¹⁷⁰ Corte Giust., 28 giugno 2007, Causa C-467/05, *Dell’Orto*.

quello di testimoni del reato subito dal loro congiunto o convivente, vengono ricompresi nella categoria di coloro i quali, a norma dell'art. 22 della direttiva, devono essere valutati individualmente per verificare se siano riscontrabili in essi esigenze di protezione. Da ciò si può ricavare che il testimone non è soggetto, di per sé, ad un giudizio di vulnerabilità, ma, come sancito dall'art. 2 lett. b), sarà sottoposto a tale giudizio per via dei suoi rapporti con la vittima diretta, a prescindere dalla sua età.¹⁷¹

Tutte le disposizioni della direttiva sembrano, perciò, trovare applicazione anche nei confronti dei familiari della vittima scomparsa in conseguenza del reato, ma qualche disposizione sembra dedicata ai familiari di tutte le vittime, anche quelle non decedute.¹⁷²

È da sottolineare, peraltro, che benché il novero dei “familiari” ricompreso nell'alveo dell'art. 2 sia piuttosto ampio, la direttiva accorda ai singoli Stati membri di poter predisporre delle procedure che individuino prioritariamente, limitandolo, il numero dei familiari della vittima deceduta legittimati a esercitare i diritti di cui alla direttiva, tenendo conto delle circostanze che connotano il caso specifico.¹⁷³

Questi, in definitiva, sono i soggetti a cui la direttiva del 2012 tende ad offrire particolare protezione, assistenza e informazione all'interno e all'esterno del procedimento penale.

I temi affrontati dal provvedimento sono: il diritto all'informazione, che si articola nel diritto di comprendere ed essere compresi (art. 3) assistito dal diritto all'interpretazione e traduzione per la vittima che non parli la lingua del procedimento (art. 7), di ottenere informazioni sin dal primo contatto con le autorità competenti (art. 4). Inoltre, la vittima deve ricevere comunicazioni sul proprio caso qualora venga deciso di non esercitare l'azione penale, di non proseguire le indagini o di non perseguire l'autore del reato, la data e il luogo del processo e la natura dei capi d'imputazione a carico dell'autore del reato (art. 6). È bene mettere in risalto, inoltre, l'obbligo previsto per gli stati affinché le comunicazioni siano fornite alla vittima, per iscritto o oralmente, in un linguaggio che sia per essa comprensibile e accessibile, tenendo in particolare considerazione eventuali disabilità del soggetto che possano menomare le sue facoltà di comprensione e di comunicazione. A tal fine, se fosse necessario per consentire alla vittima di comprendere e di essere compresa, deve esserle

¹⁷¹ S. QUATTROCOLO, Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione, in M. BARGIS, H. BELLUTA, Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 310.

¹⁷² E. MAZZILLI, La direttiva europea a tutela delle vittime di reato, cit., p. 725.

¹⁷³ P. SECHI, Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale, cit., p. 850.

concesso di essere accompagnata da altra persona a sua scelta (art. 3 parr. 2 e 3). Rispetto alla decisione quadro sostituita, è previsto anche il diritto della vittima a poter presentare denuncia nella propria lingua o ricevendo la necessaria assistenza linguistica, e al rilascio di un avviso di ricevimento scritto della denuncia presentata, in una lingua da essa compresa (art. 5). Da ultimo, nell'ambito dell'assistenza, devono essere garantiti alle vittime dei servizi gratuiti e specialistici di assistenza (art. 8 par. 3) tra cui: un alloggio o altra sistemazione temporanea per quelle vittime che si trovino ad aver bisogno di un posto sicuro onde evitare la vittimizzazione secondaria o ripetuta, intimidazioni o ritorsioni, e un'assistenza indirizzata a vittime con specifiche esigenze, come le vittime di violenza sessuale, di violenza di genere e di relazioni strette. Tra le tutele specifiche previste per queste ultime categorie di vittime deve figurare quella che, accompagnata dalla consulenza, aiuti loro a superare il trauma riportato per via del reato (art. 9 par. 3).¹⁷⁴ Ad ogni modo, la vittima ha il diritto di essere sentita durante il procedimento penale e il diritto di fornire elementi probatori (art. 10 par. 1), benché si debba tenere debitamente in conto età e maturità della stessa quando sia minorenne; la direttiva precisa, oltretutto, che le regole procedurali da osservarsi in questi casi sono stabilite dal diritto nazionale (art. 10 par. 2).¹⁷⁵

Il capo 4 della direttiva, dedicato alla “Protezione della vittime e riconoscimento delle vittime con specifiche esigenze di protezione”, è certamente quello che in questa sede risulta essere di maggior interesse. Nel capo in questione sono previste delle norme che erano già contenute nella decisione quadro 2001/220/GAI, ma rispetto a questa introducono degli apprezzabili elementi di novità.¹⁷⁶

Il diritto alla protezione di cui parla la rubrica del capo 4 è garantito all'art. 18, il quale impone agli Stati membri di prevedere delle «misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori e le testimonianze». Ma l'intento della direttiva non è solo quello di creare una “rete di protezione” nel contesto del procedimento penale - a partire dalla presentazione della

¹⁷⁴ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 25 e ss.

¹⁷⁵ S. PAOLETTI, *La tutela della vittima nell'ordinamento europeo: quale impatto della Direttiva 2012/29/UE?*, cit., p. 2 e ss.

¹⁷⁶ S. ALLEGRAZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer-CEDAM, 2015, p. 5 e ss.

denuncia o dall'avvio delle indagini *ex officio* fino ad arrivare a quello dell'esecuzione penitenziaria -, il progetto è più ambizioso, e mira a preservare la vittima anche al di fuori dello stesso, come dimostra l'art. 21 che tende a tutelare la vita privata della vittima. Per evitare ulteriori turbamenti e tormenti, l'art. 19 dispone che si eviti di far entrare in contatto la vittima e suoi familiari con l'accusato, a meno che ciò non sia reso necessario ai fini del procedimento. A tal fine devono essere predisposti degli appositi spazi d'attesa all'interno dei palazzi di giustizia.¹⁷⁷

Quando invece la vittima debba essere sentita durante lo svolgimento delle indagini, sulla base dell'art. 20, le sue dichiarazioni devono essere raccolte dall'autorità competente senza ritardo dopo la presentazione della denuncia di reato. Il numero di tali audizioni, per di più, deve essere limitato al minimo e solo per quanto strettamente necessario ai fini della prosecuzione delle indagini stesse. La vittima, sempreché non intervenga una motivata decisione contraria da parte dell'autorità, può farsi accompagnare dal suo rappresentante legale o da altra persona a sua scelta.¹⁷⁸ Lo stesso limite riferito al numero e alla necessità è previsto qualora sia necessario, sempre ai fini delle indagini penali (soprattutto se pertinenti a reati di stampo sessuale), che la vittima si sottoponga a visite mediche. Un chiarimento è a questo punto doveroso: la direttiva spesso si riferisce alle indagini penali, ma questa non costituisce una fase determinata del procedimento; invero, la demarcazione tra la fase delle indagini preliminari e la fase dibattimentale, a noi ben nota, non è conosciuta in tutti gli ordinamenti.¹⁷⁹

Infine, l'art. 21 dispone che ogni dato o informazione relativa alla vittima o ai suoi familiari, specialmente qualora si tratti di un minorenne, debba essere protetto dalle autorità statali, e indirettamente dai media, allo scopo di salvaguardare la loro vita privata.¹⁸⁰

Le prescrizioni che abbiamo concisamente segnalato si applicano a tutte le vittime di reato, senza distinzioni, ma quelle che seguono sono pensate per quelle più vulnerabili, che necessitano di standard di tutela e protezione più elevati, proprio perché sono quelle

¹⁷⁷ S. PAOLETTI, La tutela della vittima nell'ordinamento europeo: quale impatto della Direttiva 2012/29/UE?, cit., p. 2 e ss.

¹⁷⁸ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 25 e ss.

¹⁷⁹ D. SAVY, Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea, in *Processo penale e giustizia*, 2013, 4, p. 91 e ss.

¹⁸⁰ S. ALLEGRAZZA, Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE, cit., p. 5 e ss.

maggiormente predisposte al rischio di vittimizzazione secondaria.¹⁸¹ Questi soggetti più fragili sono presi già in considerazione dal considerando 55 della direttiva, nel quale si può leggere quanto segue: «Nel corso dei procedimenti penali alcune vittime sono particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni da parte dell'autore del reato. È possibile che tale rischio derivi dalle caratteristiche personali della vittima o dal tipo, dalla natura o dalle circostanze del reato. Solo una valutazione individuale, svolta al più presto, può permettere di riconoscere efficacemente tale rischio. Tale valutazione dovrebbe essere effettuata per tutte le vittime allo scopo di stabilire se corrono il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni e di quali misure speciali di protezione hanno bisogno».¹⁸² È proprio in questo aspetto che si concreta la vera novità della direttiva del 2012: il legislatore europeo ha compiuto un passo in avanti nel determinare i parametri di individuazione delle vittime vulnerabili.

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, prima dell'avvento della direttiva in questione, non esistevano dei parametri determinati univocamente a livello nazionale o internazionale in tal senso. L'identificazione delle vittime vulnerabili era effettuata tramite criteri astratti, previsti dalle diverse fonti di tipo sovranazionale che intendevano tutelare specifiche categorie di persone o vittime di particolari reati, da alcune pronunce della CEDU e da vari ordinamenti, tra cui il nostro, che prevedevano alcune cautele per l'assunzione della testimonianza di vittime che avessero determinate caratteristiche. Questa identificazione "in astratto", compiuta sulla base delle qualità soggettive della vittima (minori, donne, anziani, disabili) o sul tipo di reato subito (tratta di esseri umani, terrorismo, criminalità organizzata) ha condotto a dei risultati non sempre apprezzabili sul piano pratico, finendo spesso per creare delle disparità di trattamento non linea con il principio di uguaglianza sostanziale (per avere un riscontro pratico, si pensi al caso Pupino esaminato nel paragrafo 2.6, nel quale le tutele previste per i minori erano limitate ai casi in cui gli stessi fossero vittime di reati sessuali, con esclusione di tutti quelli di diversa natura).¹⁸³

In realtà, prima dell'adozione della Direttiva in commento, già la Commissione europea nel pacchetto di proposte legislative del 2011, che conteneva, tra le altre, la proposta di direttiva

¹⁸¹ E. MAZZILLI, *La direttiva europea a tutela delle vittime di reato*, cit., p. 725.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ M. LAMANUZZI, *La valutazione individuale delle specifiche esigenze di protezione nelle vittime della violenza di genere*, in *Jus*, 2018, 3, p. 402.

in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (COM [2011] 275 def.), in seguito alle osservazioni presentate dalla Commissione LIBE del Parlamento europeo e del Comitato Economico e Sociale Europeo, aveva superato la tradizionale categorizzazione degli individui vulnerabili. Si segnalava che questo criterio era considerato foriero di una discriminazione, per la quale tra i diversi ordini di vittime vi era una sostanziale differenza in termini di assistenza e tutela.¹⁸⁴

Nell'ottica di superare tale individuazione standardizzata, astrattamente tipizzata, della vittima vulnerabile, la direttiva 2012/29/UE propone un modello di individuazione "individualizzato", che consenta di compiere una valutazione concreta, caso per caso, degli elementi che potrebbero ritenersi sintomatici della vulnerabilità di qualunque vittima, senza che questi siano tassativamente individuati a priori.¹⁸⁵ Ed è proprio in tal senso che gli artt. 22, 23 e 24 fissano il cosiddetto *individual assessment*. In particolare, l'art. 22 - rubricato "Valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione" - recita: «Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli artt. 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni». Questo articolo cristallizza, quindi, quel passaggio da un'idea statica, fissa, del concetto di vulnerabilità, ad un'idea più dinamica, sganciata da parametri prefissati non rispondenti alle istanze di tutela delle persone offese da reato.¹⁸⁶

¹⁸⁴ S. QUATTROCOLO, Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione, cit., p. 310.

¹⁸⁵ M. LAMANUZZI, La valutazione individuale delle specifiche esigenze di protezione nelle vittime della violenza di genere, cit., p. 402.

¹⁸⁶ È il caso di ricordare che già il d. lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI, valorizzava la valutazione in concreto, con metodo *case by case*, della vulnerabilità. L'art. 1, comma 1, è previsto che «sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali minori, i minori non accompagnati, gli anziani, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere».

La scelta adottata dalla direttiva si può considerare metodologicamente corretta: da un lato, abbandonando l'approccio aprioristico alla particolare vulnerabilità (accolto invece dall'art. 2 par. 2 della decisione quadro sostituita), si è in grado di garantire alla vittima una tutela personalizzata, cucita sulle sue concrete esigenze di protezione e sui suoi desideri (considerando n. 58); ma, in più, il nuovo modello non distoglie automaticamente la vittima dal procedimento penale, permettendo così all'imputato di poter esercitare il proprio diritto a confrontarsi con l'accusatore.¹⁸⁷

Tuttavia, come già visto in precedenza, nella definizione di vittima indicata dall'art. 2 lett. a) è incluso anche il soggetto che dal reato abbia riportato un mero danno di tipo economico. Nella tradizione processualpenalistica italiana, tale soggetto verrebbe a coincidere con il danneggiato, ovvero con colui che riporti dal reato conseguenze esclusivamente economiche e che, dopo l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, può esercitare l'azione per l'ottenimento del risarcimento del danno davanti al giudice penale tramite la costituzione di parte civile. Questo tipo di vittima, in verità, non sembra possa essere presa in considerazione per la propria posizione di vulnerabilità e debolezza e in modo che possa godere di particolari misure di protezione. Questa è la ragione per la quale la valutazione della vulnerabilità non riguarda il danneggiato, poiché con riferimento a tale figura – che pure rientra nella nozione di vittima – è tecnicamente impossibile che si concreti un pericolo di vittimizzazione secondaria.

L'art. 22 continua poi, al par. 2, indicando gli elementi da tenere in considerazione ai fini della valutazione individuale: «La valutazione individuale tiene conto, in particolare, degli elementi seguenti: a) le caratteristiche personali della vittima; b) il tipo o la natura del reato; e c) le circostanze del reato». Detto articolo della direttiva, di seguito, individua per minori una presunzione di vulnerabilità, e lo si evince anche dall'esame del considerando n. 57. A tal proposito, il par. 4, art. 22, sancisce che, pur presumendosi che i minori vittime di reato necessitino di particolari protezioni in quanto maggiormente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria o ripetuta, o addirittura di intimidazione o ritorsione, anche in questo caso non si potrà prescindere dall'effettuazione di una valutazione individuale, finalizzata all'accertamento del se e in quale misura gli si debbano applicare le speciali

¹⁸⁷ M. BARGIS, H. BELLUTA, La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale, cit., p. 59.

misure di cui agli artt. 23 e 24.¹⁸⁸ Ad onor del vero, vi è anche chi ritiene che tale presunzione sia da ritenersi *iuris et de iure*, e non *iuris tantum*, in quanto la valutazione individuale nel caso di vittime minori si limiterebbe a stabilire, non tanto se, ma quali misure protettive applicare.¹⁸⁹

Al par. 3 dell'art. 22 leggiamo inoltre che: «Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato».¹⁹⁰ Comprendiamo perciò come siano indicati dei criteri di valutazione più specifici rispetto a quelli illustrati nel par. 2, a cui segue un elenco, non tassativo, ma esemplificativo di alcune delle “vecchie categorie” di vittime vulnerabili maggiorenni, tra cui troviamo le vittime di terrorismo, di criminalità organizzata, di tratta di esseri umani, di violenza di genere, di violenza delle relazioni strette, di violenza o sfruttamento sessuale o di reati basati sull'odio e, infine, le vittime con disabilità. La direttiva del 2012 prescrive che tali categorie di vittime siano «oggetto di debita considerazione»,¹⁹¹ infatti, come precisa il già menzionato considerando n. 57, anche queste sono particolarmente esposte al pericolo di vittimizzazione secondaria o ripetuta, di intimidazioni o ritorsioni. Per tale motivo, si presume che tali categorie di vittime possano trarre vantaggio dalle speciali misure di protezione delineate dagli artt. 23 e 24, ma si tratta, anche in questo caso, di una presunzione *iuris tantum*, che quindi ammette prova contraria. Infatti, attraverso l'*individual assessment*, il cui compimento è sempre necessario anche in relazione alle vittime dei reati sopra riportati, è possibile verificare se la vittima nel caso di specie abbia particolari esigenze di protezione

¹⁸⁸ S. QUATTROCOLO, Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione, cit., p. 313.

¹⁸⁹ M. LAMANUZZI, La valutazione individuale delle specifiche esigenze di protezione nelle vittime della violenza di genere, cit., p. 403.

¹⁹⁰ S. PAOLETTI, La tutela della vittima nell'ordinamento europeo: quale impatto della Direttiva 2012/29/UE?, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2016, 3, p. 2 e ss.

¹⁹¹ S. QUATTROCOLO, Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione, cit., p. 313.

o meno, non trovando spazio alcun tipo di automatismo, che svilirebbe l'innovatività dell'istituto, e trovando un moderato spazio le presunzioni.¹⁹²

In definitiva, la valutazione della vulnerabilità delle vittime di reato avviene attraverso due criteri che sono facilmente desumibili dall'analisi del considerando n. 56, e cioè: un criterio di tipo soggettivo e uno di tipo oggettivo. Il primo guarda alle caratteristiche personali della vittima, quali l'«età, il genere, identità o espressione di genere, appartenenza etnica, razza, religione, orientamento sessuale, stato di salute, disabilità, status in materia di soggiorno, difficoltà di comunicazione» (vulnerabilità soggettiva) o dalla sua relazione con l'accusato o dalla dipendenza nei suoi confronti e dalla precedente esperienza di reati (vulnerabilità situazionale). Il secondo criterio, quello oggettivo, invece, ha riguardo al tipo, alla natura e alle circostanze del reato (vulnerabilità oggettiva), «ad esempio se si tratti di reati basati sull'odio, generati da danni o commessi con la discriminazione quale movente, violenza sessuale, violenza in una relazione stretta, se l'autore del reato godesse di una posizione di autorità, se la residenza della vittima sia in una zona ad elevata criminalità o controllata da gruppi criminali o se il paese d'origine della vittima non sia lo Stato membro in cui è stato commesso il reato» (considerando n. 56).

Ciò nonostante, tali criteri non sono da ritenersi tassativi o esaustivi; la valutazione della vulnerabilità della vittima ben potrebbe sganciarsi da tali parametri per essere condotta con degli altri, i quali devono essere determinati dai singoli Stati in sede di recepimento della direttiva in questione. È evidente che stia proprio nell'elasticità il grande pregio dell'*individual assessment*, che permette di operare senza rimanere intrappolati tra le maglie della rigida tassatività. Eppure, la discrezionalità dei legislatori nazionali è in parte limitata dal considerando n. 57 che, come abbiamo già detto, introduce delle presunzioni di debolezza.

Il relativismo applicato alla vulnerabilità è reso palese dal par. 6 dell'art. 22, il quale stabilisce che la valutazione individuale avviene con la partecipazione della vittima e tenendo conto dei suoi desideri. Tra questi, si tiene conto anche della volontà della vittima di non avvalersi delle misure di protezione per essa previste dagli articoli successivi.

Nello stesso senso non assolutista, il paragrafo successivo precisa che, durante il procedimento, la valutazione individuale circa la vulnerabilità della vittima può essere aggiornata qualora intervengano dei mutamenti sostanziali negli elementi presi in

¹⁹² M. LAMANUZZI, La valutazione individuale delle specifiche esigenze di protezione nelle vittime della violenza di genere, cit., p. 403.

considerazione ai fini della valutazione stessa. In tal modo, il procedimento potrebbe svolgersi di nuovo con tutti i crismi, in particolare con l'osservanza delle modalità dialettiche imposte dal principio del contraddittorio.¹⁹³

Una volta operata la valutazione individuale di vulnerabilità di cui all'art. 22, la direttiva consente al giudice di adottare le misure di protezione contenute nei due articoli successivi, gli artt. 23 e 24, che saranno calibrate in base alle specifiche esigenze di tutela della vittima del caso concreto in oggetto e in base alla fase procedimentale in cui devono essere adottate. In particolare, la direttiva distingue le speciali misure di protezione tra quelle da riferirsi alla fase delle indagini preliminari e quelle che si riferiscono alla fase del giudizio.¹⁹⁴

Prima di analizzare nel dettaglio la portata di tali forme di protezione, è doveroso rilevare come la direttiva, mentre detta disposizioni per rafforzare i diritti e le tutele della vittima, specie se vulnerabile, all'art. 23 faccia una sorta di premessa attraverso la quale puntualizza come siano fatti «salvi i diritti della difesa» dell'imputato, i quali potrebbero essere negativamente incisi da tali misure a favore della persona offesa. Questa, infatti, quale fonte di prova dichiarativa, in caso sia ritenuto necessario, potrebbe essere dispensata dal prendere parte alla “battaglia” processuale. Inoltre, sempre all'art. 23, è fatta salva anche la discrezionalità di cui gode il giudice, già prevista all'art. 20 con riferimento alla generalità delle vittime, nel potere di regolare e modulare le misure protettive in base agli effettivi bisogni di protezione della vittima emersi durante l'esecuzione della valutazione individuale di vulnerabilità. Sulla base di tale potere discrezionale, il giudice potrebbe anche non accordare alcun tipo di misura di protezione, ancorché questa risultasse occorrente all'esito dell'*individual assessment*, ove sia richiesto da «esigenze operative», quando le «pratiche non lo rendano possibile» o qualora vi sia un «urgente bisogno di sentire la vittima e in caso contrario questa o un'altra persona potrebbero subire un danno o potrebbe essere pregiudicato lo svolgimento del procedimento». Queste, dunque, sono le eccezioni che giustificano la rinuncia del giudice all'applicazione di tale disciplina di tutela; le esigenze di protezione, in determinati casi, sono anteposte all'esigenza di salvaguardare lo svolgimento

¹⁹³ M. BARGIS, H. BELLUTA, La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale, cit., p. 60-61.

¹⁹⁴ S. PAOLETTI, La tutela della vittima nell'ordinamento europeo: quale impatto della Direttiva 2012/29/UE?, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2016, 3, p. 2 e ss.

del procedimento penale.¹⁹⁵ La cedevolezza di tali misure è particolarmente allarmante quando avvenga per esigenze operative o pratiche che non le rendano di fatto possibili, poiché in questo modo vengono messe a nudo tutte le inefficienze, le mancanze e i limiti del nostro sistema giudiziario. La preponderanza dell'esigenza di prevenire danni alla vittima stessa o ad altro individuo, invece, risulta essere comprensibile.

Se in via generale, l'art. 20, dispone che le audizioni delle vittime (tutte le vittime) devono svolgersi senza ritardo, limitandone il numero al minimo necessario, l'art. 23 par. 2, con particolare riferimento alle vittime che abbiano particolari esigenze di protezione, prescrive che durante le indagini preliminari l'audizione della vittima avvenga in locali a ciò destinati o adattati a tal fine. Le audizioni, per di più, devono essere effettuate da o tramite degli operatori che abbiano ricevuto un'adeguata preparazione per potersi confrontare con le vittime vulnerabili, e, possibilmente, alla raccolta delle dichiarazioni devono provvedere sempre gli stessi (a meno che questo non contrasti con il buon andamento della giustizia). Inoltre, sempre in fase di assunzione di sommarie informazioni, se si indaga per reati di natura sessuale, di violenza di genere o intrafamiliare, non basterà che a raccogliere le dichiarazioni della vittima sia un operatore formato in tal senso, ma quest'ultimo, sempre che la vittima lo desideri, dovrà essere anche del suo stesso sesso. Tale disposizione non trova applicazione in relazione all'avvocato e al pubblico ministero, e incontra il classico limite per cui non risulti pregiudicato lo svolgimento del procedimento penale.

Il par. 3 dello stesso articolo, nel dettare norme a tutela della vittima vulnerabile da adottarsi nella fase del giudizio, dispone che si ricorra a dei mezzi, come ad esempio l'uso di apposite tecnologie di comunicazione, al fine di evitarle lo stress e il disagio che deriverebbero da un contatto visivo con l'autore del reato. Di tali tecnologie di comunicazione, inoltre, specie quelle che consentano una partecipazione a distanza, ci si deve servire per consentire alla vittima di essere ascoltata pur non essendo fisicamente presente in aula, ma anche quando, pur non dovendo deporre, voglia assistere all'udienza.¹⁹⁶ Infine, allo scopo di garantire che l'udienza si svolga nel più stretto riserbo, a tutela della riservatezza della vittima vulnerabile è ordinato che l'udienza si svolga a porte chiuse, senza pubblico, e che sia inibita la possibilità di porre domande afferenti alla sua vita privata che non siano necessarie ai fini

¹⁹⁵ M. BARGIS, H. BELLUTA, La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale, cit., p. 60-61.

¹⁹⁶ S. PAOLETTI, La tutela della vittima nell'ordinamento europeo: quale impatto della Direttiva 2012/29/UE?, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2016, 3, p. 2 e ss.

dell'accertamento del fatto. Tali domande sono ammissibili solo ed esclusivamente quando siano in rapporto con il reato e risultino necessarie, e in tal senso gioca un ruolo fondamentale il giudice che, nel dirigere il giudizio, potrà intervenire per evitare che domande contrarie a tali prescrizioni siano poste alla vittima.¹⁹⁷

Ciò nonostante, agli Stati membri nulla impedisce di predisporre delle misure differenti o aggiuntive rispetto a quelle previste dalla direttiva; quello che conta è che tali misure abbiano alla base il raggiungimento dello stesso risultato che la direttiva si prefigge: preservare la vittima che versi in condizioni di vulnerabilità dal rischio di incorrere in vittimizzazione secondaria o ripetuta, di subire intimidazioni o ripercussioni per via della sua partecipazione al procedimento penale, nel tentativo di rimanere nel solco di un bilanciamento tra tali prerogative e i diritti di difesa dell'imputato.¹⁹⁸

In aggiunta alle garanzie già apprestate dall'art. 23, infine, l'art. 24 ne predispone di ulteriori i cui destinatari sono le vittime di reato che siano minorenni. Come sappiamo, la direttiva, pur rifiutando un modello per presunzioni, individua nei minori una fragilità di fondo a cui corrispondono delle esigenze di tutela più intense. La prima di queste tutele, pensata per il minore che debba essere ascoltato nell'ambito del procedimento, è individuata alla lett. a), nella quale è previsto l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché tutte le dichiarazioni rese dal minore durante le indagini penali siano oggetto di registrazione audiovisiva. Per di più, gli Stati devono provvedere nel senso di consentire che tali registrazioni siano utilizzabili come prova nel procedimento penale.¹⁹⁹ La *ratio* di tale previsione è certamente nobile: si vuole evitare al minore di prendere parte al procedimento più di quanto non sia richiesto, poiché in tal modo, almeno teoricamente, potrebbe bastare una sola audizione. Ma a ben vedere, l'intento del legislatore europeo risulta in parte mortificato dai rinvii al diritto nazionale per quanto attiene alla determinazione delle «norme procedurali per le registrazioni audiovisive» e, in particolare, per la «loro utilizzazione». L'effettività di tali garanzie potrebbe essere frustrata dal fatto che la normativa nazionale potrebbe ben consentire l'utilizzazione in giudizio di tutte le audizioni videoregistrate in sede

¹⁹⁷ S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, cit., p. 315- 316.

¹⁹⁸ M. BARGIS, H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., p. 60-61.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

di indagini penali, di fatto mortificando il diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore. Viceversa, è anche vero che imporre un limite stringente all'utilizzabilità di tali videoregistrazioni condurrebbe al risultato di costringere la vittima a presentarsi al processo per deporre su fatti su cui già in precedenza aveva reso le proprie dichiarazioni. È chiaro come una disciplina sull'utilizzabilità che andasse nel senso appena visto si tradurrebbe empiricamente in una vanificazione della maggior tutela creata *ad hoc* per la vittima minore dall'atto giuridico europeo.

Da ultimo, l'art. 24 alla lett. b) prescrive agli Stati di provvedere affinché le autorità competenti, nell'ambito delle indagini penali e del procedimento, nominino un rappresentante speciale delle vittime minori nei casi in cui chi esercita la potestà genitoriale su di loro non sia autorizzato a rappresentarli a causa di un conflitto di interesse con il minore stesso e qualora quest'ultimo non sia accompagnato o risulti separato dalla famiglia.²⁰⁰

Dopo aver analizzato la parte della direttiva che ai fini di tale lavoro risulta essere rilevante, potrebbe essere interessante riportare uno dei primi casi italiani nei quali la direttiva ha trovato applicazione, dando luogo ad un'interpretazione conforme del diritto nazionale allo scopo di assicurare uno specifico trattamento protettivo a soggetti ritenuti vulnerabili a causa della particolare gravità dei reati da essi subiti. Precisamente, ciò è avvenuto nell'ambito di un procedimento promosso dalla Procura presso il Tribunale del capoluogo toscano, nel quale ventitré membri della comunità e cooperativa agricola "Il Forteto" venivano accusati, a vario titolo, di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), con l'aggravante dell'uso di autorità (art. 61 n. 9 c.p.) e di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), questa volta con l'aggravante dell'abuso dei poteri e del concorso con gli altri imputati (art. 112 c.p.). A ben vedere, si tratta di reati che la direttiva inserisce tra quelli dell'art. 22, par. 3, per cui il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta è particolarmente significativo. Tali delitti furono compiuti ai danni di altri membri della comunità, ma anche di bambini e adolescenti affidati dall'autorità giudiziaria e/o dai servizi sociali alla comunità in questione, a causa delle disagiate condizioni delle famiglie d'origine. Il pubblico ministero, visto il trascorso traumatico delle vittime e sulla base dell'interpretazione dell'art. 498 c.p.p., specialmente del comma 4-*quater* introdotto dal decreto legge n. 93 del 2013, in conformità alla direttiva europea del 2012, ha proposto istanza al collegio giudicante perché si adottassero delle

²⁰⁰ M. BARGIS, H. BELLUTA, La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale, cit., p. 60-61.

misure che garantissero loro e ai loro familiari un'adeguata assistenza psicologica, soprattutto durante le deposizioni testimoniali in aula, al fine di evitare che questi incorressero in ulteriori danni psicologici a causa della partecipazione al procedimento. La disposizione di cui sopra, come vedremo meglio nel prossimo capitolo, dispone che quando si proceda per una serie di reati, inclusi gli artt. 572 e 608-*bis* c.p., il giudice deve garantire che durante l'esame della persona offesa maggiorenne si tenga conto della particolare vulnerabilità della stessa e che, su richiesta della persona offesa o del suo difensore, egli possa disporre, ove lo ritenga opportuno, che l'escussione dibattimentale avvenga con l'osservanza di modalità protette. Il collegio, con l'ordinanza del 10.2.2014, accoglie la richiesta della pubblica accusa e incarica gli operatori dell'associazione Rete Dafne, che al tempo era l'unico servizio di assistenza alle vittime presente sul territorio che rispondesse ai parametri previsti dalla direttiva agli artt. 8 e 9, di compiere le valutazioni individuali sulla vulnerabilità delle vittime e sull'esistenza del rischio di vittimizzazione secondaria. In base agli esiti di detta valutazione, agli operatori dell'associazione era anche affidato il compito di individuare, in veste di ausiliari del giudice, quali fossero le misure protettive più idonee da adottare nel caso di specie. Essendo stata riscontrata l'effettiva vulnerabilità delle persone offese in questione, durante la fase dibattimentale l'esame delle stesse e dei loro familiari è stato condotto applicando le misure di cui all'art. 23 della direttiva e quelle già previste dal codice di procedura penale. Più dettagliatamente: per alcune fu sufficiente il ricorso al paravento, al fine di evitare il contatto visivo con gli imputati; per altre si ricorse all'utilizzo della videoconferenza, in modo tale che non fosse necessaria la loro presenza in aula; per altre ancora fu sufficiente procedere con l'udienza a porte chiuse e senza pubblico, oppure potendo avere vicino una persona di fiducia.²⁰¹

²⁰¹ E. MAZZILLI, La direttiva europea a tutela delle vittime di reato, cit., p. 730 e ss.

2.9 BREVI CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

A conclusione di questo capitolo, è opportuno fare qualche riflessione generale sul percorso finora tracciato nella creazione di un processo antropocentrico, nel quale la figura della vittima, un tempo completamente estromessa dalla vicenda processuale, acquista un ruolo al quale, come abbiamo avuto modo di apprendere fino ad ora, sono state riconosciute prerogative e poteri via via più ampi, specialmente qualora essa versi in una condizione di vulnerabilità.

Proprio a tal proposito, è doveroso richiamare l'attenzione sul fatto che in nessuno dei documenti trattati in questo capitolo è rintracciabile una nozione di vulnerabilità o di vittima vulnerabile. Questa è la ragione principale per la quale la vulnerabilità cominciò ad essere rilevata osservando le sue dirette conseguenze, ovvero verificando gli effetti che il procedimento penale aveva sulla vittima, e che in caso di vulnerabilità erano decisamente negativi. Perciò, si giunse ad una categorizzazione operata *ex ante* degli individui più esposti al rischio di vittimizzazione secondaria o ripetuta, sulla base di parametri individuati sul piano soggettivo o oggettivo, e da cui conseguì una protezione difforme. Tale categorizzazione è stata superata solo con l'*individual assessment* della direttiva europea 2012/29. Quest'ultimo provvedimento, che rappresenta il *corpus* dei diritti delle vittime di reato, è certamente da valutare con favore, ma in tema di protezioni specificamente previste a favore delle vittime vulnerabili le sono state mosse contro diverse obiezioni. È stato osservato, infatti, che numerose misure da essa previste erano già presenti all'interno degli ordinamenti nazionali. A questo proposito, molte di queste sono state giudicate basilari e dozzinali, non avendo condotto ad un sostanziale rafforzamento delle tutele riconosciute alla persona offesa.²⁰² Infatti, gli standard minimi richiesti dalla direttiva in materia di informazione e di partecipazione della vittima al processo erano già soddisfatti dal diritto processuale interno. In tema di valutazione individuale della vulnerabilità del dichiarante, invece, al legislatore italiano è stato richiesto un impegno più significativo.²⁰³

Un altro limite della direttiva su cui è necessario soffermarsi criticamente è quello per cui le tutele predisposte per la vittima minorenni non sono estese al minore mero testimone,

²⁰² S. QUATTROCOLO, Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione, cit., p. 315- 316.

²⁰³ D. FERRANTI, Brevi riflessioni sulla vittima di reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE, in Cassazione penale, 2015, 10, p. 3420.

creando così un'aporia nel sistema di protezione tratteggiato. Si pensi, per stare ad un esempio, al minore che assista all'omicidio commesso dal genitore; si pensi, poi, ad un minore che assista all'uccisione del proprio genitore. Solo in quest'ultimo caso egli rientrerebbe a pieno titolo nella nozione di vittima vulnerabile del reato, eppure l'evento potrebbe essere traumatizzante in entrambi i casi. È pur vero, però, che gli Stati potrebbero allargare le tutele processuali anche ai meri testimoni, specialmente se si tratti di individui infradiciottenni che abbiano assistito a delitti di particolare gravità. D'altronde, la direttiva in questione istituisce norme minime in materia di diritti, e la cosiddetta clausola di non regressione, per la quale il diritto europeo può provvedere ad un ampliamento ma non ad una restrizione delle garanzie già assicurate dagli ordinamenti nazionali, e dovrebbe quindi consentire che le norme protettive previste a favore del dichiarante minorenni trovino applicazione sia nel caso in cui egli sia vittima, sia nel caso in cui dovesse ricoprire l'ufficio di mero testimone.²⁰⁴

Il problema più delicato che pone la direttiva, tuttavia, è quello di cercare di impedire sin dall'origine le derive del garantismo processuale a cui le necessità di protezione della vittima vulnerabile possono condurre. È necessario che le tutele provviste a favore della vittima, in particolare di quella vulnerabile, non si traducano in uno svuotamento delle garanzie di difesa dell'imputato. Il riconoscimento delle misure di protezione a favore della vittima vulnerabile, infatti, costituiscono una deroga al dispiegarsi del contraddittorio nella formazione della prova e al diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore. Era necessario, dunque, che si operasse all'interno di uno schema costituzionale di *check and balances*.²⁰⁵ In altri termini, la tutela della persona offesa vulnerabile che si concretizza in un contraddittorio attenuato, dovrà essere attentamente soppesato con il diritto dell'accusato di poter porre delle domande dirette. Se non si operasse un bilanciamento, si finirebbe per rendere l'imputato esso stesso vittima, non di reato, ma di un sistema processuale inavveduto.²⁰⁶ Eppure, un punto della direttiva che richiedeva particolare cautela in sede di attuazione è quello per cui, pur rinviando al legislatore nazionale il compito di individuare le modalità attraverso le quali doveva essere compiuto l'*individual assessment*, è lasciato un

²⁰⁴ F. CASSIBA, Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2014, p. 6-7.

²⁰⁵ E. M. CATALANO, La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza della Corte europea, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, 4, p. 1801.

²⁰⁶ D. FERRANTI, Brevi riflessioni sulla vittima di reato, cit., p. 3420.

ampio margine alla discrezionalità del giudice. Ebbene, non risulta essere compatibile con il principio del giusto processo *ex art. 111* della Costituzione il deferimento alla discrezionalità del giudice, alla sua personale empatia e sensibilità, della scelta delle protezioni da adottare a tutela della vittima vulnerabile a scapito dei diritti dell'imputato. Neanche le strutture pubbliche di sostegno alle vittime sembravano idonee a compiere la valutazione individuale della vulnerabilità e la scelta delle protezioni da adottarsi nel caso concreto; queste, d'altro canto, dovrebbero occuparsi di tutto questo, ma in ambito extraprocessuale.

È pur vero, ad ogni modo, che il giudice nell'individuare le misure di protezione più opportune dovrà attenersi al dettato dell'art. 22 della direttiva: perciò dovrà tenere conto delle caratteristiche personali della vittima (criterio soggettivo), del tipo, della natura e delle circostanze del reato (criterio oggettivo); ma non solo, il giudice dovrà anche tenere conto della gravità del reato e del danno che ne è conseguito.²⁰⁷ Inoltre, sembrerebbero doversi osservare i principi di proporzionalità e adeguatezza che si applicano in tema di misure cautelari personali.

Infine, un altro aspetto per il quale la discrezionalità dei giudici poteva costituire motivo di preoccupazione è stato quello per cui la direttiva si è servita di definizioni aperte, tra cui vi è anche quella di vittima vulnerabile, che schiude dei varchi alla creatività giurisprudenziale, la quale può causare un urto alla legalità.²⁰⁸

²⁰⁷ F. CASSIBA, Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili, in *Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2014, cit., p. 6-7.

²⁰⁸ E. M. CATALANO, La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza della Corte europea, cit., p. 1801.

CAPITOLO III

IL CONTRIBUTO DICHIARATIVO DEL MINORE NELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI E NELL'INCIDENTE PROBATORIO "SPECIALE".

SOMMARIO: 3.1 CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SUL MINORE FONTE DI PROVA. – 3.2 LA CAPACITÀ DI TESTIMONIARE DEL MINORE. – 3.3 IL MINORE TESTIMONE DI REATI COMMESSI CON L'AGGRAVANTE DELLA C.D. VIOLENZA ASSISTITA. – 3.4 LA TUTELA DEL MINORE DURANTE LE INDAGINI PRELIMINARI. – 3.4.1 IL RUOLO DELL'ESPERTO: OBBLIGO O MERA FACOLTÀ? – 3.4.2 LA DOCUMENTAZIONE DEI COLLOQUI CON IL MINORENNE. – 3.5 INCIDENTE PROBATORIO "SPECIALE": LA CRISTALLIZZAZIONE NORMATIVA DEI LIMITI SOGGETTIVI E OGGETTIVI DELLA SUA OPERATIVITÀ. – 3.5.1 L'ORDINANZA GIUDIZIALE DI RIGETTO DELLA RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO SPECIALE. – 3.5.2 LA DISCOVERY INTEGRALE DEGLI ATTI DI INDAGINE. – 3.5.3 L'AUDIZIONE PROTETTA DEL MINORE: CONFINI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DELL'ISTITUTO. – 3.5.4 LE FORME DELL'AUDIZIONE PROTETTA.

3.1 CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SUL MINORE FONTE DI PROVA.

Come dimostrano gli studi neuroscientifici, esistono soggetti che hanno una particolare predisposizione vittimogena, cioè soggetti che sono particolarmente esposti al pericolo di subire l'azione criminosa altrui. Le cause di tale tendenza sono date da coefficienti di tipo biofisiologico, sociale e psicologico. Sulla base di queste si possono individuare le cosiddette "vittime latenti", e nell'ambito biofisiologico la condizione più importante è certamente l'età. I bambini, infatti, sono soggetti particolarmente fragili poiché hanno una capacità di reazione all'azione altrui quasi nulla e non hanno ancora raggiunto uno sviluppo della personalità tale da poter pienamente comprendere e valutare la gravità di quanto è accaduto loro a causa del reato. Proprio per questi motivi, e per evitare la vittimizzazione secondaria, era necessario che anche il legislatore italiano provvedesse a creare un sistema di protezione per quel minore che, vittima o testimone, si trovasse ad entrare nei meccanismi del procedimento penale. La sua fragilità giustificava l'adozione di regole del tutto particolari rispetto a quelle ordinarie osservate per l'accertamento del fatto di reato.²⁰⁹

Nel testo originario del Codice di procedura penale del 1988 le disposizioni a tutela dei dichiaranti vulnerabili si riducevano ad un numero limitato. A ben vedere, la legge delega

²⁰⁹ Y. PARZIALE, Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze, cit., p. 2139.

del 16 febbraio 1987 n. 81²¹⁰, all'art. 2 n. 73, già stabiliva che, su disposizione del giudice, l'esame dei minori potesse avvenire in qualsiasi momento, ma tenendo sempre in debita considerazione le esigenze di tutela della personalità dello stesso.

La direttiva contenuta nella legge di delega di cui sopra, si è tradotta nella previsione, all'interno del nuovo codice, di un regime giuridico derogatorio rispetto a quello ordinario. Il simbolo di tale regime speciale era costituito dall'art. 498 c.p.p., il quale prevedeva che l'esame del minore è condotto dal presidente del collegio. In aggiunta a tale norma, sempre col fine di tutelare la personalità del minore e la sua riservatezza, il codice disponeva: che il suo esame avvenisse a porte chiuse (art. 472, comma 4, c.p.p.) che fosse vietato riprenderlo o trasmetterlo audiovisivamente (art. 147, comma 4, c.p.p, disp. att., c.p.p.), e, inoltre, era vietata, almeno fino al compimento della maggiore età, la diffusione delle generalità o delle immagini che ritraevano il testimone minorenne (art. 114, comma 6, c.p.p.).

Gli articoli appena richiamati racchiudevano in sé tutte le tutele originariamente provviste dal codice. Ma, come abbiamo visto nel precedente paragrafo, dal 1996 al 2015 si sono avvicendati una serie di interventi legislativi che hanno ampliato e modificato la materia, dando origine ad un quadro normativo non ancora completo e coerente.²¹¹ Come sappiamo, la legge del 1996 e gli altri interventi di riforma che l'hanno succeduta, avevano l'obiettivo di introdurre particolari protezioni a favore del minore fonte di prova dichiarativa, ma solo in relazione ad una categoria di reati contro la persona espressamente previsti dalle norme processuali. Il D.lgs. 212/2015, attraverso l'introduzione dell'art. 90-*quater*²¹², ha opportunamente superato questa limitazione, e le tutele sono assicurate ogniqualvolta la persona offesa si trovi in una condizione di particolare vulnerabilità accertabile nel caso concreto. Per di più, la minore età è uno dei parametri che l'operatore deve prendere in considerazione ai fini della valutazione della vulnerabilità, perciò, anche al di fuori della

²¹⁰ Legge 16 febbraio 1987, n.81, "Delega legislativa al governo della repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale" (Pubblicata in G.U. 16 marzo 1987, serie generale n. 63 – Suppl. ordinario n. 31).

²¹¹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 33 e ss.

²¹² Art. 94 *quater* c.p.p: «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».

categoria di reati specificati dalla disposizione processuale, il minore vittima di qualsiasi reato (per il quale siano accertati i pericoli legati alla sua fragilità) è destinatario di un sistema di regole derogatorie e protettive.²¹³ Tuttavia, è meglio sottolineare che, per quanto la minore età sia uno dei parametri attraverso i quali si fa rientrare un soggetto nella categoria della particolare vulnerabilità, in presenza di indici quali, ad esempio: l'essere prossimi alla maggiore età, o il fatto di essere stati vittime di reati di minor gravità dai quali non derivino importanti conseguenze psicologiche, potrebbe non essere rilevata alcuna vulnerabilità. D'altro canto, il codice, riferendosi espressamente alla "particolare" vulnerabilità, opera una graduazione della stessa, per cui una condizione di mera, semplice vulnerabilità, ai sensi dell'art. 90-*quater*, non rileva per l'applicazione delle speciali misure di protezione.²¹⁴

L'art. 90-*quater*, tuttavia, non indica quali siano i modi, i tempi né quale sia l'organo competente a compiere l'accertamento e, se del caso, a dichiarare la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa. Ad ogni modo, parrebbe opportuno che tutto ciò si realizzasse fin dalle prime fasi d'indagine, in modo tale da assicurare un'immediata protezione del soggetto debole.²¹⁵ Nel parere della Commissione Giustizia della Camera sullo schema di decreto legislativo predisposto dal governo, era stata inserita la regola per cui spettava al pubblico ministero, su indicazione della polizia giudiziaria e tenendo in considerazione la relazione dei servizi sociali, dichiarare tramite decreto la condizioni di particolare vulnerabilità della persona offesa, da notificare poi a quest'ultima e al suo difensore. Sennonché, questa regola non è stata inserita nel testo dell'art. 90-*quater*. Ad ogni modo, seppur nel silenzio della norma, si ritiene che la prima valutazione della vulnerabilità atipica sia demandata al pubblico ministero nel momento in cui egli decida che sia opportuno proseguire all'audizione del minore vittima di reato con l'ausilio dell'esperto. La valutazione deve avvenire avendo riguardo alle conseguenze traumatiche riportate dallo stesso a seguito dell'illecito penale, del suo stato attuale e dell'eventuale rapporto di dipendenza che intercorre tra esso e il presunto autore del reato. Nell'atto con il quale il pubblico ministero assegna l'incarico allo psicologo/psichiatra infantile dovrà indicare quali sono i motivi per i

²¹³ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 33 e ss.

²¹⁴ N. PASCUCI, Le dichiarazioni del minorenne informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE, in Cassazione penale, 2016, 7-8, p. 3067.

²¹⁵ P. P. PAULESU, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme, in M. BARGIS, H. BELLUTA et al., Vittime di reato e sistema penale: la ricerca di nuovi equilibri, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 157.

quali ritiene che il soggetto sia da considerare vulnerabile e le ragioni che si reputano sottese all'accesso allo statuto speciale del testimone vulnerabile.²¹⁶

Il decreto del 2015, tuttavia, ha inserito un nuovo comma 2-bis all'art. 90²¹⁷, per il quale il giudice, nel caso vi sia un dubbio sulla minore età della persona offesa, ha l'obbligo di disporre, anche d'ufficio, una perizia per l'accertamento dell'età anagrafica di questa, prevedendo anche che, in caso di persistente incertezza anche all'esito della verifica peritale, la minore età della vittima si debba presumere e che le si applichino le relative norme processuali. Perciò, da un lato, il giudice è chiamato a disporre una perizia al fine di accertare l'età della persona offesa, ma dall'altro, in caso di perdurante dubbiosità, dovrà estenderle la normativa prevista per la categoria di soggetti appartenenti al *range* d'età maggiormente garantito.²¹⁸ La tecnica più diffusa e più affidabile per verificare l'età di un soggetto è certamente l'auxologia, cioè una disciplina che, attraverso l'utilizzo di accertamenti radiologici, è in grado di determinarne lo sviluppo scheletrico e dentale degli individui.²¹⁹

A tal proposito, però, è inevitabile domandarsi quale sia l'organo competente a disporre tale accertamento sull'età nella fase delle indagini preliminari, poiché il testo della disposizione in esame fa espresso riferimento solo al giudice e alla perizia che egli può disporre a tal fine. L'interpretazione sistematica che risulta essere più convincente affida all'ufficio del pubblico ministero il potere di disporre l'accertamento auxologico al fine di stabilire l'età della persona offesa. Tutto questo avverrebbe comunque entro i confini del potere del pubblico ministero di disporre l'accertamento d'urgenza, il quale dovrebbe poi essere convalidato dal giudice per le indagini preliminari.²²⁰

²¹⁶ S. RECCHIONE, La vittima cambia il volto del processo penale: le tre "parti eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, 1, p. 83-84

²¹⁷ Art. 90, comma 2-bis, c.p.p. «Quando vi è incertezza sulla minore età della persona offesa dal reato, il giudice dispone, anche di ufficio, la perizia. Se, anche dopo la perizia, permangono dubbi, la minore età è presunta, ma soltanto ai fini dell'applicazione delle disposizioni processuali».

²¹⁸ Analogamente, ma per quanto attiene alle ipotesi di incertezza circa l'età dell'imputato, dispone l'art. 8 delle disposizioni sul processo minorile, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.

²¹⁹ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, in (a cura di) P. FELICIONI, A. SANNA, *Contrasto a violenza e discriminazione di genere. Tutela della vittima e repressione dei reati*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 144-146.

²²⁰ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit. p. 105-108.

Tutte queste regole, a ben vedere, devono essere interpretate funzionalmente avendo a mente due diverse *rationes*: quella della tutela a presidio della fragile personalità e dell'integrità psicofisica del dichiarante minorenne vulnerabile, vittima o semplice testimone, e cercare di assicurare la genuinità e l'attendibilità della prova dichiarativa.²²¹

Da ultimo, si può genericamente affermare che la normativa appare deficitaria anche sotto l'aspetto dei controlli sull'attività di chi interviene al fine di vagliare la sussistenza di una condizione di vulnerabilità, soprattutto perché trattasi di un'operazione che implica un naturale coefficiente di discrezionalità. Alla verosimile volontà del legislatore di improntare la materia ad agilità, tempestività e informalità corrisponderà l'indispensabilità di uno sviluppo giurisprudenziale in tal senso.²²²

3.2 LA CAPACITÀ DI TESTIMONIARE DEL MINORE.

Quando nell'ambito di un procedimento penale ci si trova davanti all'esigenza di assumere le dichiarazioni di colui che sia stato vittima o testimone del fatto di reato, il primo problema da affrontare riguarda la capacità del soggetto a rendere validamente il proprio probatorio, in altre parole bisogna verificare la sua capacità o idoneità di testimoniare. Nel nostro codice di procedura penale, come è noto, l'art. 196 assegna a "ogni persona" la capacità di testimoniare, perciò tutti, indifferentemente, sono considerati idonei a rendere il proprio esame testimoniale davanti all'autorità giudiziaria. Neanche per i minori e i soggetti ritenuti meno attendibili perché più interessati ad un determinato esito processuale, come la persona offesa e il danneggiato dal reato, si nega tale idoneità. Lo stesso vale quando i soggetti siano affetti da patologie di carattere psichiatrico.

Una valutazione differente da quella relativa alla capacità a rendere testimonianza è quella che attiene alle dichiarazioni che il soggetto ha reso nel procedimento, perché il minore potrebbe essere teoricamente idoneo a rendere il proprio esame testimoniale, ma allo stesso tempo potrebbe non apportare alcun contributo utile ai fini del processo.

Neanche le disposizioni di cui agli artt. 197 e 197-bis c.p.p. pongono un limite alla supposta capacità testimoniale, che prevedono delle incompatibilità del soggetto a testimoniare per

²²¹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit. p. 105-108.

²²² P. P. PAULESU, Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme, in M. BARGIS, H. BELLUTA et al., Vittime di reato e sistema penale: la ricerca di nuovi equilibri, cit., p. 156.

via del ruolo di tipo sostanziale o processuale che egli ricopre all'interno del procedimento. In relazione alle norme in tema di "testimonianza ad atti processuali" si potrebbero trarre le stesse conclusioni. A ben vedere, però, l'art. 120, comma 1 c.p.p., alla lett. a) prescrive che i minori degli anni quattordici non possano intervenire come testimoni di atti procedurali. Tale esclusione, tuttavia, non riguarda la capacità testimoniale in senso lato, come si può facilmente dedurre dal dato testuale, ma solo quella relativa al compimento di atti del procedimento, che non è neanche considerabile come un vero e proprio mezzo di prova, ma, tutt'al più come un "atto di garanzia processuale". La capacità a rendere testimonianza, tra l'altro, racchiude un'accezione più ampia di quella della capacità di intendere e di volere, che ricomprende. Quest'ultima postula la capacità di determinarsi liberamente e in maniera consapevole, la prima invece richiederebbe l'ulteriore capacità di avvedersi e comprendere le domande che vengono poste in modo da poter fornire delle risposte adeguate e coerenti, di avere la capacità di ricordare e rievocare i fatti su cui verte la deposizione e, infine, di intendere l'importanza del proprio ruolo e del proprio impegno a riferire i fatti di cui è a conoscenza in maniera completa e conforme al vero.

Per quanto attiene più specificamente ai minori, la prima verifica da compiere prima della valutazione delle sue dichiarazioni è quella di accertare la sua idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, da accertare sia dal punto di vista intellettuale ed affettivo come disposto dall'art. 192, comma 1, c.p.p. Si dovrà quindi accertare l'abilità del minore a rievocare il proprio ricordo e a riferirne in modo completo e veridico, a saper collocare i fatti nel tempo e nello spazio, verificare l'assenza di suggestioni o autosuggestioni, la capacità di distinguere la realtà dalla fantasia, se egli ha avuto modo di avvedersi delle condotte subite e se il suo racconto non sia inficiato da alterazioni di tipo psichico. Quindi, quando sorgano perplessità circa la presunta idoneità a testimoniare di cui al comma 1 dell'art. 196 c.p.p., ovvero quando vi siano sospetti di una ridotta capacità a causa di patologie fisiche o psichiche, oppure, più banalmente, a causa delle caratteristiche che attengono alla persona del minore che potrebbero compromettere la sua idoneità a sostenere l'esame testimoniale, il giudice può disporre degli accertamenti di cui al comma 2 della stessa disposizione. Questo sancisce che «qualora, al fine di valutare le dichiarazioni del minore, 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». Dal testo della disposizione, che non utilizza l'imperativo, è facile dedurre che non esisterebbe in capo al

giudice alcun obbligo di disporre l'accertamento dell'idoneità di cui stiamo trattando, obbligo che non sussisterebbe nemmeno se a richiederlo fosse una delle parti.

Per quanto attiene alla natura dell'accertamento, abbiamo visto come l'art. 196 c.p.p. disponga che esso sia svolto «con i mezzi consentiti dalla legge» e ciò significa che nel nostro ordinamento ciò avvenga essenzialmente tramite perizia, ma potrebbe eventualmente svolgersi anche tramite esperimento giudiziale o tramite l'acquisizione di documenti diversi da quelli di cui all'art. 236 c.p.p. La Corte di Cassazione²²³, tuttavia, ha ritenuto che il riferimento ai “mezzi consentiti dalla legge” non debba tradursi necessariamente in un accertamento di tipo tecnico, ma che la capacità di testimoniare del minore si possa valutare anche per il tramite di un testimone “qualificato”. Nel caso che aveva originato la pronuncia si era ritenuto che tale ultima figura potesse coincidere con i medici che aveva avuto in cura, per ragioni di natura mentale, la vittima di una violenza sessuale. Quando l'idoneità fisica del soggetto è l'oggetto dell'accertamento, si dovrà ricorrere ad degli esami di tipo medico finalizzati a valutare le capacità sensoriali dello stesso, come ad esempio gli esami audiometrici od optometrici. Inoltre, questi potranno concentrarsi sulla presenza di malattie dipendenti da cause patologiche. Allorché si debba accertare l'idoneità psichica del testimone, invece, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno considerato esperibile, non solo una perizia psichiatrica, ma anche quella psicologica, poiché la norma di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p. - il quale contiene il divieto di svolgere perizie sulle «qualità psichiche indipendenti da cause patologiche» - si applicherebbe al solo imputato. In tali ipotesi, l'esperto valuta la cosiddetta “competenza a testimoniare”, che esiste quando non si rinvenivano limiti in relazione alle capacità: di percezione, a quella di riconoscere le persone, a quella mnemonica e di pensiero; si esaminano, inoltre, l'affettività, le capacità di relazione e, naturalmente, la presenza di eventuali sintomi di tipo psicopatologico. Come affermato in una famosa sentenza della Suprema Corte, tutto ciò dovrà comunque avvenire, specie se il soggetto è un minore, in modo tale da evitare che da tali accertamenti possano derivare ulteriori traumi che non siano strettamente ed assolutamente indispensabili.²²⁴ Sul perito graverà l'onere di rendere note le tecniche e i metodi seguiti durante l'accertamento per consentire al giudice di poter apprezzare la validità scientifica delle stesse. Indispensabile risulterebbe anche la videoregistrazione dell'accertamento tecnico svolto, di guisa che il giudice, ma anche le parti e i loro consulenti tecnici possano verificarne l'operato. Ma ciò

²²³ Cass., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 11096.

²²⁴ In questi termini: Cass. Sez. III, 3 ottobre 1997, n. 8962, Ruggieri.

che è ancora più importante è che l'esperto agisca nel pieno rispetto dei divieti posti dall'art. 188 c.p.p., per il quale «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti», e nel rispetto della dignità e della libertà morale della persona, così come disposto dall'art. 2 n. 73 della legge delega n. 81 del febbraio 1987. Se il perito dovesse contravvenire all'osservanza di tali preclusioni previste a garanzia del testimone, i risultati ottenuti dal suo accertamento sarebbero sanzionati con l'inutilizzabilità a norma dell'art. 191 c.p.p. Tuttavia, può capitare che il minore non voglia sottoporsi a questo tipo di accertamenti, quindi, mancando il suo consenso e una disciplina *ad hoc* che regoli tale ipotesi, si ritiene applicabile la norma di cui all'art. 224, comma 2, c.p.p. sulla perizia, la quale consente al giudice di disporre «gli opportuni provvedimenti per la comparizione delle persone sottoposte all'esame del perito» e aggiunge, poi, che egli «adotta tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari per l'esecuzione delle operazioni peritali». Tuttavia, a causa della sentenza di illegittimità costituzionale²²⁵ che ha riguardato la disposizione in esame, e in particolare la parte contenente la generica formula “tutti gli altri provvedimenti che si rendono necessari”, la quale affidava al giudice la possibilità di disporre misure in grado di incidere sulla libertà personale (art. 13 Cost.) del soggetto che ad essa è sottoposto, al di fuori di quelle specificamente previste nei “casi” e nei “modi” dalla legge. Tale libertà, infatti, è presidiata dalla riserva di legge e di giurisdizione contenute nella norma che la disciplina, e con queste non è compatibile l'assenza di qualsivoglia determinazione circa la tipologia delle misure esperibili e l'omessa precisazione dei casi e dei modi in cui esse possono essere adottate. Il legislatore, però, non è ancora intervenuto sul punto, perciò l'unico strumento in mano al giudice è quello di disporre l'accompagnamento coattivo. Ad ogni modo, il giudice potrà tener conto del rifiuto opposto dal testimone all'accertamento della propria capacità testimoniale tramite perizia per crearsi un proprio convincimento, anche in relazione all'attendibilità dello stesso.

Per quanto attiene ai tempi, il giudice può disporre gli accertamenti tecnici di cui detto in qualsiasi fase procedimentale e a prescindere dal fatto che il minore abbia già reso le proprie dichiarazioni o meno. Egli è quindi libero di affidare l'incarico all'esperto in qualsiasi momento, non essendo previsto alcun limite in tal senso, e la progressione temporale della perizia e dell'assunzione dell'esame testimoniale dipenderà dalle esigenze che vengono in

²²⁵ Sentenza Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238. (Pubblicata in G.U. 17 luglio 1996 n. 29) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

evidenza rispetto allo specifico caso. Se già dagli atti a disposizione del giudice si intravede la possibilità che la capacità testimoniale del soggetto sia ridotta, è chiaro che la perizia per l'accertamento di quest'ultima andrebbe disposta il prima possibile. In generale, quindi, sarebbe meglio che il minore venisse ascoltato con l'osservanza delle apposite tutele (analizzate nei paragrafi che seguiranno) e che solo dopo si disponga, se necessario, un esame psicodiagnostico della sua personalità. Rispetto a quest'ultima, la primissima valutazione è compiuta dal giudice con i mezzi conoscitivi a sua disposizione, e solo qualora questi non fossero sufficienti può ricorrere all'intervento del perito. Questa soluzione risulta essere valida anche per una questione di economia processuale, cioè per garantire una ragionevole durata del processo, ma ancor più per evitare che l'esperto possa, seppur involontariamente, suggestionare il minore durante i colloqui con esso, condizionando così il risultato probatorio. In più, per giovane dichiarante i colloqui con il perito potrebbero essere un'ulteriore causa di stress emotivo. Per i motivi appena esposti un'autorevole dottrina e gli studiosi di psicologia e psichiatria ritengono che il momento più adeguato per valutare la capacità testimoniale del minore sia quello che precede l'assunzione della testimonianza.

Quando viene affidato l'incarico al perito, ex art. 196, comma 2, e 220 c.p.p., le parti possono nominare i propri consulenti tecnici in numero non superiore, per ciascuna di esse, a quello dei periti (art. 225 c.p.p.). Questi potranno assistere al conferimento dell'incarico al perito e potranno presentare al giudice le relative richieste, osservazioni e riserve delle quali deve essere dato conto nel verbale e potranno prendere parte alla perizia. Il perito, come ha precisato la Corte di Cassazione, non ha l'obbligo di far partecipare il consulente alle operazioni tecniche da lui svolte, ma ha solo quello di verbalizzare, eventualmente, le sue osservazioni e proposte sotto la minaccia della nullità relativa. Ad ogni modo, è doveroso segnalare una deprecabile differenza tra i poteri delle parti private: se si conferisce l'incarico al consulente tecnico di parte solo dopo la fine dell'accertamento peritale, egli dovrebbe poter senz'altro accedere alla relazione dello stesso, ma potrebbe anche farsi autorizzare dal giudice per l'effettuazione di una propria indagine sulla persona (art. 230, comma 3, c.p.p.). Il problema, tuttavia, è che, nella maggior parte dei casi, tale autorizzazione a riesaminare il bambino viene negata, lasciando alla parte e al suo esperto solo la possibilità di valutare la relazione sulla perizia già svolta. La relazione che produrrà il consulente di parte in rapporto alla relazione peritale non potrà che essere approssimativa e incompleta dato che non gli è stata concessa l'opportunità di entrare in contatto diretto con il minore. Questo squilibrio

tende addirittura ad allargarsi allorché il perito non abbia neanche provveduto alla videoregistrazione dei suoi colloqui con il giovane testimone.

Le parti private, tuttavia, hanno il potere di nominare un consulente tecnico anche qualora non sia stata disposta alcuna perizia (art. 233 c.p.p.), in modo che questa possa dimostrare un fatto accertabile tecnicamente e scientificamente e che possa rafforzare la loro posizione nelle dinamiche del processo. Il pubblico ministero, in particolare, gode della facoltà di poter disporre un'indagine personologica del minore da parte del proprio consulente (tramite una consulenza *ex art.* 359 c.p.p., un accertamento tecnico non ripetibile *ex art.* 360 c.p.p. oppure l'incidente probatorio di cui all'art. 392, comma 1, lett. f) c.p.p.) evidentemente fin dalle fasi investigative e nella segretezza delle stesse. Gli atti di cui all'art. 359 c.p.p. sono svolti nella segretezza che caratterizza la fase delle indagini, nel cui fascicolo entreranno a far parte, senza che le altre parti o i rispettivi consulenti tecnici possano averne cognizione, almeno fino al momento in cui il fascicolo per le indagini non diventa ad essi ostensibile, ad esempio con la richiesta di incidente probatorio. Quando invece l'accertamento dovesse essere non ripetibile si segue il procedimento di cui all'art. 360 c.p.p., per il quale il pubblico ministero ha l'obbligo di dare notizia alle parti della nomina di un consulente tecnico, in modo tale che queste possano prendervi parte per formulare eventuali osservazioni, riserve e, se del caso, nominare un proprio consulente di parte. I risultati dell'accertamento tecnico, in questo caso, confluiranno direttamente nel fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) e verranno assunti nello stesso mediante lettura. La Cassazione²²⁶ ha però osservato che, per quanto non esista alcun obbligo per la pubblica accusa di ricorrere alla procedura più garantita di cui all'art. 360 c.p.p., essa sarebbe preferibile a quella *ex art.* 359 c.p.p. ogni volta che non ricorrano particolari motivi per tutelare la segretezza delle indagini. L'unico mezzo attraverso il quale questa difformità di posizioni e di poteri delle parti può essere colmata è quello delle investigazioni difensive, le quali però subiscono il grosso limite di essere espletabili solo con il consenso del soggetto di cui si chiede la collaborazione. Nel caso in cui questo venisse a mancare non rimarrebbe altra scelta se non quella di richiedere che si proceda all'audizione del soggetto che ha negato il consenso in incidente probatorio. Un modo per riequilibrare il divario di poteri spettanti all'accusa e alla difesa sarebbe quello di verificare, laddove vi sia la necessità, l'idoneità a testimoniare del minore su disposizione del giudice in incidente probatorio, oppure se la verifica dovesse essere disposta dal pubblico ministero, egli

²²⁶ Cass., Sez. III, 2 luglio 2014, n. 38271.

dovrebbe operare come se si trattasse di un accertamento tecnico non ripetibile, quindi secondo il procedimento garantito previsto dall'art. 360 c.p.p., il quale rispetta il principio del contraddittorio, oppure procedere direttamente ad incidente probatorio.²²⁷

3.3 IL MINORE TESTIMONE DI REATI COMMESSI CON L'AGGRAVANTE DELLA C.D. VIOLENZA ASSISTITA.

L'attenzione penalistica al minore ha assunto ambiti via via più estesi, e a questo ampliamento ha senz'altro contribuito l'introduzione di particolari tutele a favore del minore che abbia assistito a episodi di violenza. Per violenza assistita si intendono le conseguenze negative di tipo psicologico, emotivo, sociale e comportamentale o anche fisico, che si manifestino a breve o a lungo termine, a cui sono soggetti i minori che abbiano dovuto assistere a episodi di violenza, specie quando a soccombere è la figura materna.²²⁸ Essi, in un certo senso, sono vittime di una violenza indiretta, e questa è la ragione per cui, sulla spinta della Convenzione d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (anche nota come Convenzione di Istanbul), la Legge n. 119 del 15 ottobre del 2013²²⁹ ha delineato una nuova aggravante comune tramite l'introduzione del nuovo n. 11-*quinquies* dell'art. 61 c.p. Questo opera nel caso in cui si proceda per «delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale (artt. 575-593) e contro la libertà personale (605-609 *undecies*)», nonché per il delitto di cui all'art. 572,

²²⁷ 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, Milanofiori Assago (MI), Wolters Kluwer- CEDAM, 2017, p. 57-88.

Cfr. A. BRAMANTE; V. LAMARRA, Accertamenti peritali sul minore: la valutazione dell'idoneità a rendere testimonianza, (Indagini scientifiche del 31 ottobre 2016) in Il Penalista; P. CAPRI, La valutazione della capacità a testimoniare del minore nei processi penali in materia di abuso sessuale, in Rivista italiana di medicina legale e del diritto sanitario, 2011, 6, p. 1647 e ss.

²²⁸ D. M. SCHIRÒ, Circostanze del reato e tutela del minore, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 2020, 1, p. 107.

²²⁹ Legge 15 ottobre 2015, n. 119, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province" (Pubblicata in G.U. 15 ottobre 2013, serie generale n. 242).

commessi in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero di persona in stato di gravidanza».²³⁰

In realtà, la violenza assistita, prima ancora di ottenere un riconoscimento normativo, ha assunto rilevanza penale grazie alla giurisprudenza della Suprema Corte: nella sentenza n. 41142 del 2010²³¹, i giudici della Corte avevano sussunto il fatto di far assistere minori al compimento di atti violenti nei confronti di altri familiari nell'ambito di operatività dell'art. 572 c.p., che sanziona il reato di maltrattamenti in famiglia. Attraverso questa manovra interpretativa, si era giunti a estendere il novero delle persone offese dal reato citato, in quanto anche i minori, pur non essendo direttamente coinvolti nei maltrattamenti, subivano gravi conseguenze negative per aver assistito alle angherie poste in essere dal soggetto attivo ai danni della persona convivente, anche madre dei minorenni. Gli ermellini, d'altra parte, già in un'altra sentenza si erano espressi nel seguente modo: «lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime [...] può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere dei soggetti attivi». Ciò sta a significare che, secondo l'autorevole interpretazione dei giudici della Corte, perché sia configurabile un maltrattamento non è necessario che la sofferenza e il disagio delle vittime derivi da comportamenti che l'autore del reato abbia specificamente tenuto nei confronti di un soggetto determinato.

Con la positivizzazione della “violenza assistita” avvenuta nel 2013 con l'introduzione della nuova circostanza aggravante, rispetto ad un passato in cui il riconoscimento era solo giurisprudenziale, la tutela del minore veniva estesa, poiché l'aumento della pena inflitta all'autore del reato era riconosciuta anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle che sarebbero state sussumibili nel reato di maltrattamenti. Tuttavia, non si comprende come mai la norma non attribuisse nessuna rilevanza alla condotta violenza percepita dal minore.²³²

Tale “percezione” della violenza, comunque, è stata la protagonista di un'altra sentenza della Corte di Cassazione depositata nel 2015²³³, che aveva ad oggetto sempre l'art. 572 c.p.

²³⁰ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della “vittima vulnerabile”: aspetti giuridici e tecniche di intervista. cit., p. 148.

²³¹ Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41142.

²³² D. M. SCHIRÒ, Circostanze del reato e tutela del minore, cit., p. 107 e ss.

²³³ Cass. Pen, sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 4332.

I giudici della Corte, su richiesta del pubblico ministero, si erano pronunciati sull'ordinanza del Tribunale delle libertà di Roma (del 17 giugno 2014), con la quale si annullavano le misure cautelari disposte dal giudice per le indagini preliminari nei confronti di un imputato per maltrattamenti ai danni dei figli minorenni. Sussistendo i gravi indizi di colpevolezza di questo per lo stesso reato compiuto nei confronti della moglie, si procedeva ad annullare solo *in parte qua* l'ordinanza cautelare. Infatti, nell'ordinanza di annullamento si leggeva che le condotte maltrattanti compiute dall'imputato in danno della moglie, solo in pochi episodi erano avvenute innanzi ai figli minori. A causa di tale episodicità, il Tribunale delle libertà aveva ritenuto non integrabile la fattispecie di cui all'art. 572 c.p., poiché questa richiede una condotta continua e sistematica.

I giudici della Suprema Corte, in continuità con la sentenza Cass., sez. V, 41142/2010, accogliendo le ragioni della pubblica accusa, ritennero che anche in questo caso si potesse configurare il delitto di maltrattamenti in famiglia in danno dei figli per gli atti di violenza diretti alla madre, in considerazione delle conseguenze perturbanti che conseguivano da questi ultimi in capo ai primi. Si osservava, infatti, che i minori del caso di specie avessero addirittura sviluppato la paura di recarsi a scuola poiché temevano di non poter difendere la madre dall'azione tirannica del padre a causa della loro assenza dalla casa familiare. Inoltre, gli ermellini, aggiunsero che ai fini della configurazione dell'illecito penale di cui all'art. 572 c.p. non rilevano solo i fatti commissivi, reiterati a danno della persona offesa, ma anche le condotte omissive che lasciano trasparire una noncuranza verso i più semplici bisogni affettivi ed esistenziali delle persone fragili che la norma intende tutelare, in questo caso, i figli minori.²³⁴ Attraverso tale interpretazione, quindi, nell'orbita del reato di maltrattamenti vengono attratte sia le condotte commissive che siano reiteratamente lesive della personalità materna, ma anche le lesioni prodotte alla personalità dei figli minori che assistono a tali vessazioni, le quali si concretano in una condotta omissiva da parte del genitore-soggetto attivo, il quale dimostra la propria insensibilità nell'assicurare le più elementari necessità affettive ed esistenziali ai figli minori.²³⁵ Seguendo questa operazione ermeneutica, tuttavia,

²³⁴ P. DI NICOLA, nota a Cassazione penale, 10 dicembre 2014, n. 4332, Sez. VI, in *Il Penalista*, 2016, 6.

²³⁵ D. FALCINELLI, La "violenza assistita" nel linguaggio del diritto penale. Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall'art. 61 n. 11 quinquies c.p., in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2017, 1, p. 173 e ss.

viene tagliata fuori dalla portata dell'art. 572 c.p. la violenza isolata vissuta dai minori in ambito familiare.²³⁶

La fattispecie dei maltrattamenti aggravati, torna all'attenzione della Corte nella sentenza n. 45403 del 2016²³⁷. Il procedimento in questione aveva ad oggetto un fatto di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) commesso nei confronti di una donna (la convivente dell'autore del reato) in stato di gravidanza (art. 609-*ter*, comma 5-*ter*, c.p.) consumata alla presenza (forzata) della figlia minorenni della donna (art. 61, n. 11 *quinqüies* c.p.). La Corte, in questo caso, era stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimazione del minore a costituirsi parte civile nel processo penale, per il fatto di aver "solo" assistito alla consumazione del delitto. In tale occasione, la Corte, oltre ad offrire una definizione giuridica di violenza assistita²³⁸ e dopo aver contestato l'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-*quinqüies*, c.p., qualifica la minore che ha assistito alla condotta violenta quale persona offesa dal reato di violenza sessuale aggravata, poiché, afferma la Corte, «la circostanza aggravante determina un'estensione dell'ambito della tutela penale». La conseguenza di tale estensione è il riconoscimento della legittimazione della minore a costituirsi parte civile nel procedimento.

Questa sentenza offre più spunti di riflessione, uno dei quali è subito evidente e riguarda l'identificazione della vittima e la sua riferibilità alla categoria giuridico-concettuale della persona offesa dal reato, l'unica conosciuta dal sistema processuale penale italiano. Inoltre, la circostanza aggravante su cui si ragiona pare idonea a modificare l'offensività del reato base cui accede. Nel caso oggetto della sentenza in questione, l'offensività della violenza sessuale si espande al minore che ha subito il pregiudizio di aver assistito alla stessa. Il danno di cui stiamo parlando, tuttavia, ha la stessa configurazione dell'offesa derivante dal maltrattamento subito dal minore nel contesto familiare. In altri termini, il minore persona offesa dal reato circostanziato aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 11-*quinqüies*, dalla lettura di questa sentenza, non sembra essere tanto distante dalla persona offesa dal delitto *ex* art. 572 c.p. Sennonché, quest'ultima fattispecie di reato, si è riconfermata come rientrante tra quelle

²³⁶ Cfr. A. FERRETTI, Non è sufficiente l'occasionalità dei maltrattamenti per configurare la violenza assistita dai minori, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 4, p. 239 e ss.

²³⁷ Cass., sez. III, 17 maggio 2016, n. 45403.

²³⁸ Individuata dalla Corte nel «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».

a struttura abituale, mentre, nel caso concreto di cui sopra, si è in presenza di un illecito unisussistente, che si realizza in un unico atto e non vi è reiterazione.²³⁹

La Legge 19 luglio 2019, n. 69²⁴⁰ (c.d. Codice rosso), è intervenuta ancora una volta sulle circostanze del reato, realizzando una frammentarietà sanzionatoria e una diversificazione della tutela dei minori assolutamente opinabili. Segnatamente, la legge appena citata ha eliminato il riferimento ai maltrattamenti contro familiari o conviventi nel testo dell'art. 61, comma 1, n.11 *quinqüies*, c.p., inserendo però nel corpo del art. 572 c.p. un nuovo secondo comma.²⁴¹

Dall'analisi del sistema normativo attuale è perciò possibile riscontrare la differenziazione tra due scenari: quello in cui il minore assista a fatti di maltrattamenti e quella in cui il minore percepisca fatti altrettanto idonei a cagionare dei danni al suo equilibrio psico-emotivo, ma non sussumibili nella previsione di cui all'art. 572 c.p. Invero, se fino all'entrata in vigore della Legge del 2019, con riferimento al reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi, la circostanza aggravante comune e ad effetto comune prevista dall'art. 61, n.11-*quinqüies*, c.p. assicurava un aumento della pena fino ad un terzo, attualmente, alla luce della nuova disciplina che elimina in detto articolo il riferimento all'art. 572 c.p. e introducendo nel testo di quest'ultimo un nuovo secondo comma, l'aumento della pena può arrivare fino alla metà (se commesso in presenza o in danno del minorenne). Il giudice, di conseguenza, avendo riguardo alle specificità del fatto concreto e alla base edittale, nel determinare il *quantum* della pena, potrà disporre un aumento della stessa pari alla metà quando il reato di maltrattamenti sia commesso alla presenza di un minore, mentre negli altri casi assoggettati alla disciplina di cui all'art. 61, n.11 *quinqüies*, c.p., se consumati davanti ad un minore (ad esempio quello di violenza sessuale), la pena potrà essere aumentata solo di un terzo.

Per di più, a creare un quadro frazionato e irragionevole, contribuisce l'introduzione di un ultimo comma all'art. 572, sempre ad opera della Legge n. 69 del 2019, per cui il minore

²³⁹ D. FALCINELLI, La "violenza assistita" nel linguaggio del diritto penale. Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall'art. 61 n. 11 *quinqüies* c.p, cit. p. 173 e ss.

²⁴⁰ Legge 19 luglio 2019, n.69, "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere" (Pubblicata in G.U. 17 luglio 2019, n. 173).

²⁴¹ Art. 572, comma 2: «La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n.104, ovvero se il fatto è commesso con armi», introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b) l. 19 luglio 2019, n. 69, in vigore dal 9 agosto 2019.

che assiste ai maltrattamenti deve essere considerato persona offesa dal reato. Di per sé considerata, tale previsione non sembra aggiungere un elemento di novità nel sistema, poiché, come abbiamo visto sopra, a tale riconoscimento -con la conseguente legittimazione a costituzione di parte civile nel processo penale- si era già pervenuti per via giurisprudenziale. La stortura, all'opposto, si osserva quando si considera lo scenario normativo d'insieme: infatti, non si comprende per quale ragione a tale specificazione non ne sia corrisposta una analoga per le ipotesi di reato richiamate dall'art. 61, comma 1, n. 11 *quinqies*, c.p.²⁴²

3.4 LA TUTELA DEL MINORE DURANTE LE INDAGINI PRELIMINARI.

Le informazioni predibattimentali assunte unilateralmente dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero, pur non costituendo una prova (a meno che non si faccia riferimento a riti cosiddetti a prova contratta quali il giudizio abbreviato)²⁴³ sono comunque idonei a produrre degli effetti processuali in quella fase del procedimento; essi hanno, cioè, un'efficacia endoprocedimentale: pensiamo all'assunzione di misure cautelari. Nondimeno, esse sono essenziali per verificare l'attendibilità del dichiarante e per misurare l'autenticità delle sue dichiarazioni:²⁴⁴ a tal fine, hanno rilevanza anche in sede di istruttoria dibattimentale, poiché, in base all'art. 500 c.p.p., le parti possono servirsene per contestare il contenuto della deposizione del testimone, qualora questo non sia coerente con le dichiarazioni dallo stesso rese in fase investigativa e contenute nel fascicolo del pubblico ministero.²⁴⁵

²⁴² D. M. SCHIRÒ, *Circostanze del reato e tutela del minore*, cit., p. 107 e ss.

²⁴³ Inoltre, le dichiarazioni rese durante le indagini preliminari possono costituire piena prova -entrando a far parte del fascicolo dibattimentale e potendo costituire il fondamento probatorio posto alla base della decisione giurisdizionale- nel caso in cui vi sia il consenso di tutte le parti alla loro acquisizione dibattimentale (artt. 431, comma 2, e 500, comma 7) e nel caso in cui si ritenga concretamente che il teste sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga o deponga il falso (art. 500, comma 4).

²⁴⁴ S. RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, cit., p. 1615.

²⁴⁵ S. BELTRANI et al., *Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè*, cit.

A tal fine, si dovrebbero tenere in debita considerazione le modalità e il momento in cui le informazioni del minore vengono raccolte dall'autorità in merito al reato per cui si indaga.²⁴⁶ La tempestività e la rapidità nell'ascolto del minore²⁴⁷ giocano un ruolo essenziale: prima avviene e più si previene il rischio che le molteplici rievocazioni del ricordo traumatico possano modificarlo e che intervengano quei processi di eteroinduzione e suggestione che potrebbero compromettere definitivamente l'attendibilità del contributo dichiarativo offerto dal minore.²⁴⁸ In più, si agevolerebbe l'elaborazione del vissuto traumatico legato all'illecito penale subito. Tuttavia, il legislatore italiano, per tanto tempo ha concentrato la sua attenzione sulle modalità d'assunzione delle dichiarazioni del minore in sede di incidente probatorio e in fase dibattimentale, trascurando però di regolamentare l'assunzione delle informazioni in sede investigativa.²⁴⁹ Infatti, in questa fase, in relazione alla persona offesa e al teste vulnerabile, non era stata adottata nessuna norma circa le tecniche e le modalità di assunzione e documentazione delle audizioni dei soggetti deboli.

La normativa europea, come è ormai noto, prescriveva che l'ascolto del testimone vulnerabile avvenisse entro un arco temporale che fosse il più breve possibile rispetto all'accadimento del fatto e, dove possibile, per non più di una volta. Per evitare ulteriori audizioni della fonte fragile e, allo stesso tempo, non circoscrivere troppo i diritti dell'accusato, sarebbe bastato ricorrere a delle tecnologie audiovisive, che avrebbero permesso di acquisire poi in giudizio delle dichiarazioni complete e attendibili. Ma anche in questo senso il legislatore italiano è intervenuto poco tempestivamente e poco coerentemente: ha infatti previsto l'utilizzo della registrazione audiovisiva, ma solo relativamente all'incidente probatorio²⁵⁰, senza nulla disporre riguardo alle indagini

²⁴⁶ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova, cit., p. 130.

²⁴⁷ In realtà gioverebbe ascoltare tempestivamente tutte le persone informate sui fatti, e non solo la vittima.

²⁴⁸ S. RECCHIONE, L'ascolto del minore nel processo penale, cit., p. 1615.

²⁴⁹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova, cit., p. 130.

²⁵⁰ Tale norma, in caso di inosservanza, non è neanche assistita da una sanzione: l'unica conseguenza sarebbe l'inutilizzabilità.

preliminari, fase durante la quale potrebbero essere raccolte risultanze utilizzabili nell'istruttoria dibattimentale²⁵¹ e di cui, quindi, non si dovrebbe trascurare l'importanza.²⁵² Inoltre, anche la Corte di Cassazione nella sentenza n. 37147 del 2007²⁵³, in tema di indagini nei procedimenti per reati di natura sessuale commessi a danno di minori, ha esplicitamente incalzato il compimento degli atti investigativi con l'ausilio di strumentazioni idonee a rendere gli stessi "fruibili", cioè a renderli esaminabili e vagliabili da parte della difesa o dai relativi consulenti quando sulla base degli stessi sia possibile adottare dei provvedimenti, sia durante la stessa fase investigativa, pensiamo alle misure cautelari, sia nelle fasi seguenti. Il legislatore, tuttavia, completamente assorbito dal gestire altre questioni di natura emergenziale, ha completamente trascurato la regolamentazione di tali modalità di assunzione delle dichiarazioni del testimone vulnerabile della fase investigativa.²⁵⁴

Il legislatore, in più, aveva omesso di limitare il numero degli esami del minore- come disposto a livello europeo - specialmente nel corso delle indagini preliminari, ed ha offerto tutele più garantiste in sede di incidente probatorio e in fase di istruttoria dibattimentale, che sono di per sé già garantite dalla presenza del giudice. In tal modo si era dato vita al paradosso per cui: una nutrita serie di cautele erano adottate per l'audizione del testimone/vittima vulnerabile davanti ad un giudice, ma nessuna cautela e nessun limite era previsto per quanto attiene alla fase preliminare a quella eventualmente processuale, nella

²⁵¹ Pensiamo al caso di "lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione" (art. 512 c.p.p.), per cui, in ossequio al principio di non dispersione dei mezzi di prova, si autorizza un utilizzo del materiale probatorio raccolto in un momento precedente al contraddittorio dibattimentale e che, per fatti o circostanze imprevedibili, sono diventati divenuti irripetibili. Inoltre, pensiamo al caso in cui il testimone vulnerabile riceva illecite pressioni (violenza, minaccia, etc...) al fine di non farlo deporre o di fargli deporre il falso, ove il processo non desse modo alla difesa di confrontarsi con il testimone, tali dichiarazioni sarebbero inidonee a fondare la colpevolezza dell'imputato.

²⁵² C. CESARI, Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona offesa dal processo: la tutela del testimone fragile nell'evoluzione processualpenalistica, in (a cura di) D. NEGRI, M. PIFFERI, Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 12-13 novembre 2010, Giuffrè, 2011, p. 314-315.

²⁵³ Cass. Pen., sez. III, 18 settembre 2007, Scancarello e altri, in C.E.D. Cass. Pen., n. 237554.

²⁵⁴ G. CANZIO, La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile", cit., p. 990.

quale operano non soltanto il pubblico ministero e la polizia giudiziaria con le loro indagini, ma sovente anche il difensore dell'imputato tramite le proprie indagini difensive.²⁵⁵

A dire il vero, la protezione "dal processo" dovrebbe intervenire sin da subito, cioè sin dal momento in cui la presunta vittima del reato rivela per la prima volta alle autorità competenti quanto ha subito. Questo, è un momento essenziale anche ai fini del processo, e la mancanza di un sistema di protezione a favore delle vittime in questa delicata fase procedimentale si traduceva in un *deficit* normativo.²⁵⁶ Ma ancora, la normativa non disponeva in alcun modo nemmeno in relazione alle specifiche competenze dell'interrogante durante l'ascolto del minore in fase di indagini investigative, sebbene fosse ormai desiderabile che il pubblico ministero e gli operatori della polizia giudiziaria ricevessero una formazione adeguata per gestire l'audizione di un soggetto vulnerabile, specie se un minorenni, seguendo una prassi ormai diffusa in diverse realtà giudiziarie.²⁵⁷ Questo vuoto normativo, perciò, è stato in parte colmato dai protocolli investigativi (le cosiddette *best practices* o linee guida) che si stavano diffondendo sul territorio nazionale²⁵⁸ e che si basavano su studi scientifici ormai condivisi e riconosciuti,²⁵⁹ ma si avvertiva comunque la necessità di un intervento normativo che regolasse la materia.

Un passo in avanti nel colmare le lacune normative in parola è simboleggiato, innanzitutto, dal D.lgs. n. 172 del 2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote del 2007, che ha modificato il Codice penale attraverso l'introduzione di nuove fattispecie di reato, a cui corrispondono delle disposizioni processuali, con lo scopo unitario di combattere con più fermezza l'abuso sessuale commesso ai danni di soggetti minori d'età. L'art. 5, comma 1, attraverso le previsioni di cui alle lettere c), d) ed f), ha inserito nel corpo dell'art. 351 c.p.p.

²⁵⁵ C. CESARI, C. Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona offesa dal processo: la tutela del testimone fragile nell'evoluzione processualpenalistica, cit., p. 314-315.

²⁵⁶ G. CANZIO, La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile", cit., p. 990

²⁵⁷ F. TRISIBONNA, Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore, in Diritto penale e processo, 2013, 3, p. 273.

²⁵⁸ G. CANZIO, La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile", cit., p. 990.

²⁵⁹ Cfr. A. BRAMANTE, V. LAMARRA, Audizione protetta e raccolta delle prime dichiarazioni delle vittime in condizioni di particolare vulnerabilità (Sit), (Indagini scientifiche del 21 settembre 2016), in Il Penalista.

il comma 1-ter²⁶⁰, il comma 1-bis all'art. 362 c.p.p.²⁶¹, e, infine, il comma 5-bis all'art. 391-bis c.p.p.²⁶², i quali, finalmente, introducono delle tutele nell'audizione del minore informato sui fatti nella fase investigativa. Con tali disposizioni si introduce nel sistema processuale italiano la cosiddetta "audizione assistita": la polizia giudiziaria, il pubblico ministero, e il difensore, qualora debbano assumere informazioni da parte di un minore (persona offesa e non), in relazione a procedimenti per i gravi delitti di stampo sessuale tassativamente previsti dallo stesso art. 351, comma 1-ter, si debbano avvalere dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile.²⁶³ Pertanto, attraverso queste novelle, il legislatore italiano ha inserito un'importante tessera nel mosaico delle tutele a favore del minore nella fase delle indagini preliminari. La ragione che ha spinto all'adozione di tali previsioni è proprio quella di assicurare al minore il confronto con un soggetto che abbia particolari competenze professionali nell'approcciarsi ad esso, al fine di creare un ambiente che sia il più rassicurante possibile.²⁶⁴ La polizia giudiziaria provvede alla nomina dell'esperto tramite richiesta al pubblico ministero, mentre quest'ultimo e il difensore potranno procedere da sé all'assegnazione dell'incarico.²⁶⁵ L'art. 351, comma 1-ter, poi è stato ulteriormente modificato dalla L. 119/2013, che ha inserito, tra i reati di violenza sessuale già previsti dalla norma, il riferimento agli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari e conviventi) e 612-bis,

²⁶⁰ Art. 351, comma 1-ter, c.p.p. (nel testo del 2012): «*Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero*».

²⁶¹ Art. 362, comma 1-bis, c.p.p. (nel testo del 2012): «*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 in psicologia o in psichiatria infantile*».

²⁶² Art. 391-bis, comma 5-bis, c.p.p.: «*Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351 comma 1-ter, il difensore, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile*».

²⁶³ H. BELLUTA, Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano, in L. LUPÀRIA, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione europea e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015, p. 262.

²⁶⁴ F. TRIBISONNA, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, cit., p. 273.

²⁶⁵ C. CESARI, Il "minore informato sui fatti" nella legge n. 172/2012, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1, p. 158.

c.p. (atti persecutori). Infine, il D.Lgs. n. 212/2015, introducendo un ulteriore periodo al testo degli artt. 351, comma 1-ter e 362, comma 1-bis, c.p.p., prescrive che la presenza dell'esperto in psicologia può essere estesa anche all'ascolto della persona offesa dal reato (qualsiasi reato) che si trovi in una condizione di particolare vulnerabilità, anche se maggiorenne.²⁶⁶ Tale intervento novellatorio è risultato essenziale, poiché permette di servirsi delle competenze tecniche dell'esperto nell'ascolto del minore anche qualora questo sia persona offesa di un reato differente da quelli di carattere sessuale e assimilati tassativamente indicati dall'art. 351, comma 1-ter. Per meglio comprendere la portata dell'innovazione e i limiti intrinseci della previgente disciplina basti pensare alla situazione, non infrequente, in cui il minore venga ascoltato in relazione ad un procedimento che voglia accertare un reato differente da quelli sessuali e assimilati, ma che durante lo stesso si riveli avere ad oggetto proprio uno dei reati sessuali indicati dalla norma sopra menzionata. In ipotesi di questo tipo non è strano che il processo non conduca ad esiti soddisfacenti proprio a causa del fatto che le prime dichiarazioni del dichiarante debole sono state raccolte da un operatore non qualificato, con esiti insanabili ai fini dell'accertamento, proprio perché la natura sessuale dell'illecito è emersa solo in un momento successivo all'iscrizione della notizia di reato.²⁶⁷

In più, nella prospettiva di proteggere la persona offesa particolarmente vulnerabile nel modo più completo possibile, le norme suddette precisano che essa non abbia alcun contatto con la persona indagata per la commissione del reato²⁶⁸, per evitare che da esso derivino delle

²⁶⁶ E. LORENZETTO, Audizioni investigative e tutela della vittima, in M. BARGIS, H. BELLUTA, Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 359.

²⁶⁷ F. TRIBISONNA, Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore, cit., p. 273.

²⁶⁸ Art. 351, comma 1-ter, c.p.p. (nel testo attuale): «*Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies e 612-bis del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero. Allo stesso modo procede 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*».

condotte intimidatorie e minacciose a ulteriore danno della vittima.²⁶⁹ Si prevede, inoltre, che essa non sia chiamata più volte per essere ascoltata, a meno che non sia assolutamente necessario ai fini dell'attività investigativa (in attuazione dell'art. 20 lett. b) della Direttiva 2012/29/UE, il quale, a ben vedere si riferiva a tutte le vittime).²⁷⁰ Gli articoli oggetto di disamina, in sostanza, riproducono quanto disposto dall'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, relativo all'incidente probatorio e al dibattimento.²⁷¹ L'allargamento di tali tutele a favore delle persone offese vulnerabili (anche maggiorenni), tuttavia, non ha riguardato le informazioni assunte dal difensore nell'ambito delle proprie investigazioni difensive. Infatti, leggendo l'art. 391-*bis*, comma 5-*bis*, appare subito chiaro come il D.lgs. n. 212/2015 non sia intervenuto su tale disposizione introducendo un periodo di analogo tenore rispetto a quello inserito in tema di assunzione di informazioni dinanzi al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria: in tal senso, la norma tace.²⁷² L'ausilio dell'esperto, dunque, è previsto solo in relazione all'audizione del minore informato sui fatti, ma sempre e solo relativamente a quel catalogo di delitti individuati dall'art. 351, comma 1-*ter*, c.p.p. Rimane estromesso dal raggio d'applicazione di tale tutela il minore che sia persona offesa da reati diversi da quelli indicati dall'art. 351, comma 1-*ter*, e la persona offesa maggiorenne che si trovino, entrambi, in una condizione di particolare vulnerabilità. Partendo dal presupposto che non si comprende perché i colloqui con il difensore debbano essere considerati meno traumatizzanti, la mancanza del legislatore può essere tacciata di incostituzionalità, non solo perché si pone in contrasto con la Direttiva del 2012 e, conseguentemente, con l'art. 117, comma 1, Cost., ma anche con gli artt. 3, 31, comma 2, e 32 della Costituzione. Per tentare di eludere il problema e cercare di attuare un'espansione della tutela, la dottrina ha proposto - a costo di commettere una forzatura testuale - una lettura correttiva dell'art. 391, comma 5-*bis*, la quale suggerisce di interpretare il rinvio all'art. 351, comma 1-*ter* («nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-*ter*, ...») in esso contenuto, non nel senso letterale di riferirsi solo ai delitti dallo stesso espressamente indicati, ma a tutti i delitti che interessino, in veste di soggetto passivo, una persona in stato di particolare vulnerabilità. Risultando tale rilettura della norma piuttosto forzata, parte della dottrina ha

²⁶⁹ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, cit.

²⁷⁰ E. LORENZETTO, Audizioni investigative e tutela della vittima, cit., p. 359.

²⁷¹ N. PASCUCCI, Le dichiarazioni del minorenne informato sui fatti dopo l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE, cit., p. 3071.

²⁷² E. LORENZETTO, Audizioni investigative e tutela della vittima, cit., p. 359.

osservato come sarebbe auspicabile trovare altre strade che conducano ad un risultato che rimane desiderabile, e, in più, ha ritenuto che se il rinvio contenuto nell'art. 391, comma 5-bis, fosse stato di tipo mobile, cioè se avesse rinviato in maniera generica alla norma di cui sopra, l'epilogo interpretativo sarebbe stato differente.²⁷³ Il codice deontologico forense, tuttavia, estende la tutela data dalla presenza dell'esperto in psicologia o psicologia infantile a tutti i casi in cui si debba procedere all'audizione di un minore.

Da ultimo, l'art. 2 della legge n. 69 del 2019 (c.d. Codice rosso) ha introdotto un nuovo comma 1-ter all'art. 362²⁷⁴, nel quale è ordinato che il pubblico ministero debba assumere le informazioni da parte della persona offesa entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che subentrino «imprescindibili esigenze di tutela» dei minori d'età o «riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa».²⁷⁵ Tali valutazioni sono compiute esclusivamente dal pubblico ministero stesso, e si ritiene che il giudice non possa effettuare dei controlli successivi sulle stesse. Il termine di tre giorni, infatti, ha natura ordinatoria, in quanto, la sua inosservanza, non è assistita da alcun tipo di sanzione processuale. L'unica conseguenza che deriverebbe dalla violazione di detto termine sarebbe una sanzione di tipo disciplinare in capo al pubblico ministero, ma solo qualora il ritardo nell'assunzione delle informazioni da parte delle vittime o dei denunciati per i reati indicati sia ingiustificato. L'obiezione che è stata mossa nei confronti di tale disposizione è che l'elenco di norme incriminatrici richiamate dal comma 1-ter è ingiustificatamente più vasto di quello presente al comma 1-bis. Si osservi, però, che nei reati sessuali, il termine per proporre querela è di sei mesi, perciò il termine ordinatorio di tre giorni indicato dall'art. 362, comma 1-ter, sembra trovare giustificazione solo nel fatto che sia necessario assumere urgentemente delle misure cautelari su richiesta di parte.

²⁷³ N. PASCUCCI, Le dichiarazioni del minorenne informato sui fatti dopo l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE, cit., p. 3072.

²⁷⁴ Art. 362, comma 1-ter, c.p.p.: «Quando si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis del codice penale ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa».

²⁷⁵ N. PASCUCCI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 11, p. 2579.

L'atto, sulla base dell'art. 370, comma 2-*bis*, può anche essere delegato dal magistrato alla polizia giudiziaria, la quale dovrà procedere senza ritardo. L'interprete più attento sarà in grado di cogliere la discrasia esistente tra queste due disposizioni: in quella relativa al pubblico ministero si individua il termine (seppur ordinatorio) di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, mentre nella norma relativa agli atti delegati alla polizia giudiziaria si dispone che essa assuma le informazioni senza ritardo. Tale termine, tuttavia, come dimostrano le eccezioni per cui può essere non osservato, sembra avere un valore meramente endoprocedimentale, poiché anticipa l'assunzione di un atto di indagine che tendenzialmente non è utilizzabile come prova diretta del fatto, a meno che non si proceda a giudizio immediato, patteggiamento, contestazione ai sensi dell'art. 500, comma 4 o all'acquisizione concordata ex art. 493, comma 3, c.p.p.²⁷⁶

3.4.1 IL RUOLO DELL'ESPERTO: OBBLIGO O MERA FACOLTÀ?

Le domande che in questa sede è necessario porsi è quale sia la funzione effettivamente svolta dall'esperto e se la sua partecipazione all'assunzione delle sommarie informazioni da parte dei soggetti che possano riferire circostanze utili al fine dello svolgimento delle indagini sia da ritenersi sempre obbligatoria o se si tratti di una mera facoltà dell'organo investigativo. Per quanto attiene al primo profilo, la funzione assegnata all'esperto è da delimitare all'attività di supporto che egli offre agli operatori della polizia giudiziaria, al pubblico ministero e, nel solo caso di persona minore, al difensore grazie alle sue competenze specialistiche nell'ascolto dei minori. L'esperto in psicologia o psichiatria, perciò, non conduce autonomamente l'atto di assunzione di informazioni, ma la sua attività si circoscrive nel mettere a disposizione degli organi investigativi, affiancandoli, le proprie

²⁷⁶ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale - I codici commentati Giuffrè, cit.

Cfr. L. CARACENI, Le sommarie informazioni dalla fonte di prova minorenni: i modesti ritocchi della legge n. 172/2012 tradiscono le attese per un'audizione garantita, in C. CESARI, Il minorenne fonte di prova nel processo penale, Milano, Giuffrè, 2015, p. 29-86; F. SIRACUSANO, Indagini difensive e "persona informata" di minore età: ancora poche luci e molte ombre, in C. CESARI, Il minorenne fonte di prova nel processo penale, Milano, Giuffrè, 2015, p. 91-150.

competenze in psicologia giuridica e in tecniche d'intervista, al fine di favorirne l'esecuzione e di evitare che da esso derivino ulteriori conseguenze traumatiche. Egli, sostanzialmente funge da intermediario tra inquirenti e minore, poiché normalmente è egli che pone le domande, ma saranno il pubblico ministero o la polizia giudiziaria ad indicargli quali circostanze e quali punti necessitano di essere approfonditi e chiariti, in maniera tale che possa orientare metodologicamente il colloquio, senza rivolgere alla persona informata vulnerabile (minore o persona offesa maggiorenne) domande suggestive o arbitrarie²⁷⁷, le quali sarebbero idonee a inquinare il contributo dichiarativo.²⁷⁸ Dal combinato disposto delle previsioni di cui agli artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, si può affermare, quindi, che l'esperto debba operare in presenza dell'autorità investigante, anche qualora sia egli stesso a porre direttamente le domande al minore. Malgrado ciò, troppo spesso è invalsa la biasimevole prassi, sia in sede dibattimentale che in sede investigativa, di delegare completamente all'esperto l'assunzione delle informazioni o della testimonianza del minore, in assenza dell'autorità inquirente o giudicante. Nel prossimo paragrafo, vedremo che rispetto a tale pratica gioca un ruolo importante, almeno al livello teorico, nel controbilanciare i diritti delle parti, l'obbligatorietà della videoregistrazione dell'esame del minore durante l'istruttoria dibattimentale. Oltre al dato testuale delle norme richiamate, sembra che l'affermazione negli usi di tale prassi trovi un impedimento normativo anche

²⁷⁷ Con particolare riferimento all'art. 351, comma 1-ter, ci si è domandati se nell'ambito di operatività di questa norma rientrino anche atti quali la denuncia (artt. 120 c.p. e 336 c.p.p.) e la querela (333 c.p.p.). il diritto di querela è infatti esercitabile autonomamente dall'ultraquattordicenne, senza che sia necessario l'interposto esercizio per mezzo del genitore o del tutore. Per quanto denuncia e querela siano senz'altro qualificabili quali atti a contenuto dichiarativo, che si sostanziano quindi in informazioni equivalenti a quelle assunte a norma dell'art. 351, non sembra che quest'ultima norma si estenda anche ad essi. Infatti, qualora il denunciante o il querelante sia persona di età compresa tra i 14 e i 18 anni, non si ritiene che sia necessario che la polizia giudiziaria debba compiere l'atto in presenza dell'esperto nominato dal p.m. Ciò nonostante, non si può negare che sarebbe più desiderabile che si procedesse in ogni caso, di qualsiasi natura sia l'atto in questione, a richiedere l'ausilio di un esperto quando le informazioni debbano essere assunte da un minore.

v. M. MONTELEONE, Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al Codice di procedura penale, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 7-8, p. 1484 e ss.

²⁷⁸ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova, cit. p. 131.

nell'art. 228, comma 3, c.p.p.²⁷⁹: tale disposizione è stata pacificamente estesa anche al consulente tecnico del pubblico ministero, con il fine di evitare che attraverso la sua deposizione emergano dati riferiti ad altri soggetti sui quali il giudice potrebbe basare il proprio convincimento circa l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato. Con una punta di rammarico si deve comunque segnalare come la Corte di Cassazione, noncurante dell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, in alcune pronunce²⁸⁰ abbia ritenuto comunque utilizzabili le dichiarazioni del minore rese al perito in assenza dell'autorità inquirente, giustificando siffatta impostazione con l'esigenza di assicurare la serenità del teste che poteva essere pregiudicata da un'audizione diretta da parte dell'autorità inquirente. È ovvio che tale soluzione sia dovuta all'assenza di prescrizioni vincolanti all'interno del nostro sistema processuale, che tenda ad una protezione totale della fonte di prova dichiarativa debole, anche in spregio ai diritti di difesa dell'accusato/imputato. La presenza dell'esperto è da ritenersi senz'altro fondamentale durante l'ascolto del minore, ma parimenti lo è quella di un tecnico del diritto, il quale dovrebbe essere presente, ad esempio, per valutare anche gli aspetti non verbali che emergono dall'assunzione della prova dichiarativa. Le risultanze probatorie che ne deriverebbero, infatti, potrebbero essere alla base dell'impianto accusatorio messo in piedi contro l'imputato, che contro quelle informazioni "delegate" dovrebbe potersi difendere ad armi pari.²⁸¹

L'esperto, inoltre, se ne ravvisa la necessità, può proporre che il colloquio si svolga in un ambiente più neutro, che incoraggi il minore a rispondere e trasmettere quanto è a sua conoscenza in maniera più spontanea e serena.²⁸²

Il ruolo dell'esperto, che quindi si interpone tra organi inquirenti e il soggetto vulnerabile da udire, potrebbe sembrare parificabile a quella del consulente tecnico, anche se il codice parla di "ausilio" dello stesso. Ad ogni modo, da un punto di vista sistematico, si potrebbe affermare che per esso viga una incompatibilità con l'ufficio di testimone. La giustificazione

²⁷⁹ Art. 228, comma 3, "Attività del perito": «Qualora, ai fini dello svolgimento dell'incarico, il perito richieda notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone, gli elementi in tal modo acquisiti possono essere utilizzati solo ai fini dell'accertamento peritale».

²⁸⁰ Cass. Pen., Sez. III, 14 giugno 2007, Battisti, in CED Cass., 237500; Cass., Sez. III, 15 maggio 2001, Ciollaro, in CED Cass., 219526.

²⁸¹ F. TRIBISONNA, Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore, cit., p. 273 e ss.

²⁸² L. ALGERI, Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova, cit., p. 131.

di detta incompatibilità è da ricercare nel fatto che, in tal modo, non si rischia che la deposizione *de relato* dell'esperto si traduca in un'indiretta e velata introduzione in dibattimento delle dichiarazioni, dallo stesso rimaneggiate, dell'offeso/testimone vulnerabile, in violazione del principio del contraddittorio di cui all'art. 111, comma 4, Cost. Sulla base dell'art. 197, comma 1 lett. d), c.p.p., infatti, si estende l'incompatibilità ad essere assunto come testimone di colui che, nel medesimo procedimento, svolga o abbia svolto la funzione di ausiliario del pubblico ministero: a ben vedere però, l'esperto sarebbe uno specialista, che, è innegabile, esercita la propria attività in ausilio agli inquirenti, ma non si potrebbe restringere la sua qualificazione a quella di un mero ausiliario.²⁸³ Quest'ultimo inquadramento si dovrebbe escludere perché, detto termine, è stato utilizzato dal legislatore in senso tecnico, perciò non si può riferire a soggetti non facenti parte della pubblica amministrazione. L'ausiliario del pubblico ministero o del giudice, infatti, è figura espressamente richiamata dall'art. 373 c.p.p. (oltre che dal già menzionato art. 197 c.p.p.) il quale, in tema di documentazione degli atti, prescrive che il verbale debba essere redatto dalla polizia giudiziaria o dall'ausiliario del pubblico ministero; di conseguenza, colui il quale svolga specifici atti, come quello della verbalizzazione, rientra tra i soggetti per cui è prevista un'incompatibilità a ricoprire l'ufficio di testimone nel medesimo procedimento. Tale incompatibilità opererebbe anche nei confronti dello psicologo/psichiatra infantile se lo si inquadrasse all'interno della figura dell'ausiliario (il quale, lo ricordiamo è estraneo all'amministrazione), ma così facendo si finirebbe per allargare arbitrariamente il novero dei soggetti per cui è normativamente prevista l'incompatibilità stessa, derogando illegittimamente al principio per cui chiunque può rendere testimonianza. Considerazioni analoghe si possono fare anche per l'ausiliario della polizia giudiziaria, previsto dall'art. 348, comma 4, c.p.p.: anch'egli, come l'ausiliario del pubblico ministero, ha specifiche competenze tecniche, ma la sua nomina è di competenza esclusiva della polizia giudiziaria stessa, e non del pubblico ministero come avviene a norma dell'art. 351 c.p.p. Queste osservazioni sono state accolte dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 3845 del 2010²⁸⁴, nella quale i giudici hanno deliberato nel seguente modo: «non sussiste alcuna incompatibilità a testimoniare per l'esperto di neuropsichiatria infantile che abbia precedentemente partecipato all'assunzione delle sommarie informazioni testimoniali, rese al pubblico ministero dal minorenne vittima di reati sessuali».

²⁸³ E. LORENZETTO, Audizioni investigative e tutela della vittima, cit., p. 369-370

²⁸⁴ Cass. Pen., sez. III, 3 dicembre 2010, n. 3845.

Nel motivare tale decisione, i giudici hanno esplicitamente affermato che l'esperto di psicologia/psichiatria infantile non sarebbe ascrivibile alla categoria degli ausiliari.²⁸⁵

Nello stesso senso si è pronunciata la Corte in una sentenza del 2012²⁸⁶, nella quale, allo stesso modo della precedente, ha ritenuto non esistente alcuna incompatibilità a testimoniare per l'esperto in neuropsichiatria infantile che avesse preso parte all'assunzione di informazioni della persona offesa minorenni davanti al pubblico ministero. Tale figura, si è ribadito, non è qualificabile alla stregua di un ausiliario.²⁸⁷ Un altro dato che, a parere della dottrina, farebbe propendere per la qualificazione dell'esperto alla stregua del consulente tecnico di cui all'art. 359 c.p.p., è il fatto che il legislatore del 2012 abbia indicato esplicitamente che l'atto di nomina deve avvenire ad opera del pubblico ministero²⁸⁸, in più, il fatto che questo riguardi un esperto in psicologia e psichiatria infantile ci rimanda immediatamente alle «specifiche competenze» che risultino necessarie per l'espletamento del singolo atto di indagine e a cui lo stesso articolo si riferisce.²⁸⁹

Passando al secondo aspetto che qui ci interessa, ovvero quello circa l'obbligatorietà o meno della presenza dell'esperto in sede di assunzione di informazioni da parte del minore/persona offesa particolarmente vulnerabile, è interessante notare come la locuzione “si avvale”, impiegata dal legislatore, benché fosse di incerto tenore, sia stata dapprima posta dalla dottrina in relazione all'obbligatorietà di tale previsione. La lettura imperativa di tale espressione sembrava essere confortata dalla lettura di altre disposizioni del codice di procedura penale, nelle quali il legislatore, qualora intendesse disporre in termini di mera “possibilità” e non di obbligo, si è espresso in maniera in tal senso idonea.²⁹⁰ La questione non è di secondo momento, da questa dipende la possibilità di collegare all'inosservanza dell'obbligo l'inutilizzabilità generale prevista dall'art. 191 c.p.p. in tema di prove

²⁸⁵ M. MONTELEONE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al Codice di procedura penale*, cit., p. 1484 e ss.

²⁸⁶ Cass. Pen., sez. III, 27 novembre 2012, T., in C.E.D. Cass. Pen., n. 254137.

²⁸⁷ E. LORENZETTO, *Audizioni investigative e tutela della vittima*, cit., p. 369-370.

²⁸⁸ Ciò implica, per un operare concreto, che l'ufficio del pubblico ministero predisponga dei turni di reperibilità degli psicologi/psichiatri infantile, in modo tale che uno di loro risulti sempre prontamente reperibile qualora ci sia bisogno del suo “ausilio”.

²⁸⁹ M. MONTELEONE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al Codice di procedura penale*, cit., p. 1484 e ss.

²⁹⁰ F. TRIBISONNA, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, cit., p. 273.

illegittimamente acquisite. Su questo tema, si presenta un'incomprensibile, nuova discrasia della disciplina: il codice, all'art. 391-*bis*, comma 6, c.p.p.,²⁹¹ prevede in modo esplicito solo l'inutilizzabilità in relazione all'atto investigativo posto in essere dal difensore che non abbia provveduto ad assegnare l'incarico all'esperto per essere adiuvato nell'audizione del minore presunto vulnerabile. Al contrario, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, anche qualora non dovessero assolvere alla nomina dell'esperto, non incorrerebbero in alcun tipo di sanzione processuale, poiché, a differenza di quanto disposto nell'art. 391-*bis*, comma 6, c.p.p., gli artt. 351 comma 1-*ter* e 362 comma 1-*bis*, non prevedono esplicitamente alcuna inutilizzabilità a proposito dell'inosservanza di dette previsioni.²⁹²

Alla considerazione della dottrina circa l'obbligatorietà della presenza dell'esperto, tuttavia, è corrisposta una posizione della giurisprudenza di legittimità di segno opposto: in un primo momento, infatti, i giudici nomofilattici hanno affermato - in contrapposizione al dato letterale - che, ai sensi degli artt. 351, comma 1-*ter*, e 362, comma 1-*bis*, c.p.p., la nomina dell'esperto non è da considerarsi obbligatoria, ma è inquadrabile in una mera «cautela rimessa alla valutazione della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, ai fini del giudizio di attendibilità e genuinità delle dichiarazioni del minore».²⁹³ Gli organi inquirenti, perciò, dovrebbero procedere congiuntamente e discrezionalmente ad apprezzare se l'assegnazione dell'incarico ad un esperto sia «realmente necessaria, rappresentando un *quid pluris* in punto di attendibilità», anche considerando che il silenzio delle norme circa la sanzione processuale, a parere della Corte, farebbe propendere per l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese in sede di sommarie informazioni dal minore, seppur in assenza dell'esperto. La Suprema Corte, inoltre, sottolinea come l'accento non vada posto sull'obbligatorietà della presenza di tale figura, quanto sulle modalità di documentazione quali la videoregistrazione delle dichiarazioni del minorenne, così come specificato dalla Carta di Noto e dalla stessa Convenzione di Lanzarote, e che sono idonee a valutare l'attendibilità, la genuinità delle

²⁹¹ Art. 391-*bis*, comma 6, c.p.p.: «Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare».

²⁹² E. LORENZETTO, Audizioni investigative e tutela della vittima, cit., p. 370-371.

²⁹³ N. PASCUCI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2579.

dichiarazioni della persona informata minorenni o vittima vulnerabile.²⁹⁴ Ciò è quanto si legge nella sentenza n. 16981 del 2013²⁹⁵, a cui seguirà, in conformità, la sentenza n. 41365 del 2014.²⁹⁶ La dottrina, tuttavia, nel contesto dell'acceso dibattito a cui il tema trattato ha dato origine, ha osservato come la necessità della videoregistrazione dell'audizione del minore non sembra in alcun modo dover comportare l'esclusione dell'esperto dalla stessa. In più, si era obiettato che anche a non voler riconoscere l'invalidità in termini di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal minore in sede investigativa, sarebbe comunque ravvisabile l'irregolarità di cui all'art. 124 c.p.p.²⁹⁷, con la conseguenza di successive ed eventuali sanzioni disciplinari per il pubblico ministero o l'operatore di polizia giudiziaria che si sia reso responsabile della violazione degli artt. 351, comma 1-ter e 362, comma 1-bis, c.p.p. Tali disposizioni, infatti, pur non essendo presidiate da nullità o altra sanzione processuale, sono comunque da osservarsi in quanto cogenti, essendo altrimenti irrogabile una sanzione disciplinare secondo le regole degli ordinamenti delle varie categorie professionali cui la norma fa riferimento.

A ben vedere, a tale conclusione arriverà anche la Corte di Cassazione in diverse pronunce successive²⁹⁸. Tuttavia, nella prima di queste pronunce, la sentenza n. 3651 del 2013, i giudici di legittimità sono approdati a conclusioni in parte diverse rispetto alla precedente pronuncia dello stesso anno. Nella sentenza in commento, infatti, i giudici di legittimità dichiarano il carattere vincolante da riconoscere alle disposizioni di cui agli artt. 351, comma 1-ter e 362, comma 1-bis, c.p.p., concentrandosi particolarmente sulle conseguenze da attribuire alla mancata nomina dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile da parte del

²⁹⁴ C. CESARI, Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte, Nota a Cass. Pen., 12, marzo 2013, n.16981, sez. IV, in Cassazione Penale, 2014, 4, p. 1178 e ss.

²⁹⁵ Cass. Pen., sez. IV, 12 marzo 2013, n. 16981, in Cass. Pen., 2014, 1178 ss., con nota di C. CESARI, Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte, cit.; in Dir. Pen. Proc., 2014, 65 e ss., con nota di F. TRIBISONNA, Non è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia infantile nell'esame del minore.

²⁹⁶ Cass. Pen., sez. III, 25 giugno 2014, n. 41365.

²⁹⁷ Art. 124 c.p.p. – Obbligo di osservanza delle norme processuali: «1. *I magistrati, i cancellieri e gli altri ausiliari del giudice, gli ufficiali giudiziari, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti a osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale.* 2. *I dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare*».

²⁹⁸ Vedi: Cass. Pen., Sez. III, 30 giugno 2016, n. 42716; Cass. Pen., Sez. III, 10 dicembre 2015, n. 3867; Cass. Pen., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 3651.

pubblico ministero e della polizia giudiziaria. Appare ben chiara, dunque, l'importanza riconosciuta dai giudici a tale figura, soprattutto ai fini dell'attendibilità delle informazioni rese dal minore in costanza d'indagini investigative, osteggiata dalla sua particolare suggestionabilità. In caso di inosservanza delle norme suddette, viene negata la configurabilità di una nullità generale ex art. 178 c.p.p., tenuto conto del principio di tassatività delle invalidità unitamente al silenzio del legislatore nelle norme in esame. Inoltre, non potendo far rientrare la violazione nell'ambito di operatività dell'art. 191 c.p.p., il quale prescrive l'inutilizzabilità di prove *ex se* vietate, e non di quelle che sarebbero tecnicamente lecite ma assunte in modo difforme da quanto prescritto dal legislatore, l'unica strada percorribile è sembrata quella dell'irregolarità, a cui seguirebbero le probabili sanzioni disciplinari di cui all'art. 124 c.p.p. e le inevitabili conseguenze negative in termini di attendibilità delle informazioni rese dal minore.

Nondimeno, anche questa pronuncia ha provocato la reazione della dottrina, la quale non è stata in grado di ravvisare un robusto appiglio costituzionale al ragionamento della Corte. L'applicazione del principio *ubi lex voluit dixit* richiamato dalla sentenza, continua a lasciare spazio alla discrasia esistente tra la disposizione che regola l'assunzione di informazioni da parte del difensore (art. 391, comma 5-bis e 6, c.p.p.), la cui violazione è sanzionata con l'inutilizzabilità, e quelle assunte dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero (artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, c.p.p.), la quale si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione. Inoltre, la posizione espressa dalla Corte potrebbe incidere negativamente sul diritto fondamentale alla salute del minore, ex art. 32 della Costituzione, il quale sarebbe da intendersi non in modo restrittivo, quale mera assenza di patologie, ma, alla luce della Convenzione di Lanzarote, più estensivamente quale diritto al benessere psico-fisico. Sempre a livello costituzionale, è da ricordare che è prescritta all'art. 31, comma 2, la protezione dell'infanzia e della gioventù, per la quale sono favoriti istituti finalizzati a raggiungere tale scopo e, infine, il contrasto con la Costituzione sarebbe da ravvisare anche in relazione all'art. 117 Cost., poiché gli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione di Lanzarote sarebbero stati trasgrediti negli artt. artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis.

A questo punto, per parte della dottrina, l'unica soluzione possibile sembra quella di evitare l'illegittimità degli articoli ricordati attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata: cioè allargando l'ambito di applicazione dell'art. 191 c.p.p. in tema di inutilizzabilità, poiché si tratterebbe di situazioni idonee a ledere dei diritti

costituzionalmente garantiti. Così procedendo, anche le informazioni assunte unilateralmente dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sarebbero considerate inutilizzabili, e non solo quelle raccolte dal difensore.²⁹⁹

Inoltre, pur riconoscendo la doppia funzionalità della disciplina sulla testimonianza del minore, che vorrebbe proteggere il dichiarante ma anche l'autenticità e l'attendibilità delle sue dichiarazioni, non si può trascurare un'importante filone giurisprudenziale che, da ultimo nella sentenza n. 29064 del 2019³⁰⁰, intravede nell'art. 351 comma 1-ter c.p.p. una norma posta nell'esclusivo interesse del dichiarante debole, ragion per cui è da ritenersi inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione dell'imputato che contesti la violazione della stessa.³⁰¹

Tuttavia, posto che, in linea generale, l'attendibilità del contributo informativo reso dal minore in sede di indagine è strettamente collegata all'osservanza delle disposizioni di cui stiamo trattando, è opportuno domandarsi se, qualora non si sia provveduto a nominare l'esperto, al giudice si impongano criteri di valutazione della prova più rigorosi. Non si può non considerare, invero, che, soprattutto nei procedimenti che hanno ad oggetto delitti commessi ai danni di un minore, a causa della particolare vulnerabilità che connota quest'ultimo, il primo verbale di informazioni si denota per il proprio importantissimo valore probatorio e, sovente, anche per il carattere dell'irripetibilità. Ciò considerato, il giudice rimane libero di decidere il processo secondo il proprio libero convincimento, che dovrà chiarire nella motivazione della sentenza, nella quale dovranno figurare i risultati acquisiti e i criteri adottati nella valutazione delle prove (art. 192 c.p.p.), ma si può opportunamente ritenere che, qualora le informazioni del minore siano state assunte irrualmente, senza l'intervento di un esperto, gravi sullo stesso un obbligo di motivazione più oneroso. Il giudice, perciò, sarà tenuto ad indicare in motivazione l'*iter* logico-giuridico che l'ha guidato nell'attribuire, nonostante l'inosservanza delle prescrizioni sulle modalità d'ascolto del minore, alle dichiarazioni di quest'ultimo un'attendibilità intrinseca.³⁰²

²⁹⁹ N. PASCUCI, La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenni, Nota a Cassazione penale, 10 dicembre 2013, n.3651, sez. III, in Cassazione penale, 2014, 9, 2981 e ss.

³⁰⁰ Cass. pen., Sez. III, 6 marzo 2019, n. 29064.

³⁰¹ N. PASCUCI, La testimonianza del minorenni nel processo penale, cit., p. 2579.

³⁰² M. MONTELEONE, Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al Codice di procedura penale, cit., p. 1484 e ss.

Infine, dall'analisi comparatistica tra le disposizioni afferenti alla fase investigativa che stiamo analizzando e l'art. 498, comma 4, c.p.p. che concerne l'ascolto del testimone minore da parte del giudice in sede di istruzione dibattimentale, le cui modalità si applicano anche in sede incidentale per disposto dell'art. 401, comma 5, c.p.p. colpisce subito la diversità della disciplina. Come vedremo meglio nei prossimi paragrafi, l'art. 498, comma 4, che a lungo ha rappresentato la norma di riferimento per l'estensione delle garanzie da essa provviste anche alla fase delle indagini preliminari, dispone che «l'esame testimoniale del minore è condotto dal presidente [...]. Il presidente può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile». La locuzione "può avvalersi" ha certamente una portata meno cogente dell'espressione "si avvale" riferita al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria contenuta negli artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, c.p.p. Questa osservazione, se solo il carattere vincolante di queste ultime due disposizioni fosse assistito da una qualche sanzione processuale in caso inosservanza, indurrebbe a ritenere che il legislatore, con le novità introdotte nel 2012 in tema di tutele nell'audizione del minore in fase investigativa, avesse addirittura rafforzato le tutele già previste nello spazio dibattimentale e incidentale. Inoltre, si nota subito anche che in fase dibattimentale è ammesso anche l'ausilio di un familiare del minore, che invece non riceve menzione per la fase investigativa. Tuttavia, la Corte di Cassazione, in una sentenza del 1995³⁰³, aveva già pacificamente riconosciuto che, seppur nel silenzio del codice di rito, la presenza del familiare fosse ammissibile anche durante l'assunzione di informazioni durante la fase delle investigazioni. Certo è che, nell'ammettere la presenza del genitore si debba sempre essere prudenti: infatti, nella maggior parte dei casi egli è la prima persona che raccoglie il racconto del bambino o del giovane su quanto ha subito³⁰⁴, ragione per la quale anche il genitore dovrà essere sentito come persona informata su quegli stessi fatti e per la quale, spesso, è preferibile che non assista all'audizione del figlio, in modo da non inficiare, con la sua presenza, la spontaneità e la genuinità delle sue dichiarazioni. Perciò, si può dedurre che, non essendo possibile approdare a delle soluzioni universali, la presenza del

³⁰³ Cass. Pen, Sez. II, 1° giugno 1995, nel quale era stata sollevata un'eccezione di nullità o inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal minore ai carabinieri e in presenza di un genitore. In tale occasione, la Corte aveva riconosciuto che la presenza del genitore del dichiarante minore è prevista solo per la sede dibattimentale, ma riconoscendo altresì che la stessa formalità è osservabile anche nelle altre fasi processuali.

³⁰⁴ Cfr. C. SIMONELLI, I. PETRUCCELLI, A. GALATI, La contaminazione del racconto del minore determinata dalle domande suggestive di una figura significativa, in *Rivista di sessuologia clinica*, 2011, 1.

genitore debba essere consentita vagliando le circostanze del caso concreto: l'età della vittima/testimone, le peculiarità caratteriali, i rapporti familiari, e così via.

Per quanto attiene alla figura dello psichiatra infantile essa fa per la prima volta ingresso nel nostro codice proprio grazie al legislatore del 2012 che ha introdotto negli artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, il riferimento a questo esperto, in aggiunta a quella dello psicologo infantile. Infatti, nell'art. 498, comma 4, al contrario, il riferimento (oltre al familiare) è solo allo psicologo infantile. Tale innovazione è stata accolta con favore, poiché non è inverosimile che il minore che debba apportare il proprio contributo dichiarativo nell'ambito del procedimento penale sia affetto dai disturbi di tipo psichico che rendano preferibile e, anzi, consigliabile l'ausilio di uno psichiatra rispetto a quello di uno psicologo.³⁰⁵

3.4.2 LA DOCUMENTAZIONE DEI COLLOQUI CON IL MINORENNE.

Abbiamo visto, soprattutto con riferimento alle dichiarazioni del minore assunte unilateralmente dagli organi dell'investigazione, come la documentazione, anche attraverso riproduzione audiovisiva degli atti procedurali, assolve ad un significativo ruolo di garanzia. Ebbene, attraverso la videoregistrazione del colloquio con il minore si potrebbero ridurre le audizioni dello stesso in fase dibattimentale, la difesa dell'imputato potrebbe prendere visione delle registrazioni rinunciando ad una nuova convocazione del teste (sempre che ne esistano le condizioni previste dall'art. 190 c.p.p.), ed in questo modo potrebbe valutare tutti quegli indicatori (quali le incertezze, titubanze, gestualità, il tono di voce, etc...) che non potrebbero essere esaminati attraverso la semplice lettura del verbale; lo stesso giudice, se le dichiarazioni del minore raccolte in occasione delle indagini preliminari fossero ammesse quale prova in dibattimento, sarebbe in grado di entrare in un contatto indiretto e a posteriori con la fonte di prova. Così facendo il principio di immediatezza, che sta alla base di ogni processo di stampo accusatorio, non sarebbe irrimediabilmente intaccato. Infine, attraverso questa particolare modalità di verbalizzazione, si può effettuare un controllo sui metodi utilizzati dall'esperto per

³⁰⁵ F. TRIBISONNA, Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore, cit., p. 273.

relazionarsi con il minore, i quali potrebbero invalidare irreparabilmente l'attendibilità, la genuinità e la spontaneità della testimonianza.³⁰⁶ I minori, non a caso, sono soggetti particolarmente propensi, più di altri, ad assecondare l'interrogante attraverso un contegno di condiscendenza rispetto alle implicite aspettative di quest'ultimo ed a confermare le prime dichiarazioni anche nelle fasi successive del procedimento, assimilandole ad un ricordo effettivo (sebbene falso). È naturale conseguenza, perciò, che la correttezza metodologica dell'approccio utilizzato con il minore sin dai primi contatti con esso risulti essere di capitale importanza per ottenere dallo stesso dei contributi probatori attendibili anche nella fase processuale.³⁰⁷

La Convenzione di Lanzarote, all'art. 35, disciplina le modalità e tempi di svolgimento dei colloqui con il minore e, tra le altre cose, prescrive che quando egli sia vittima o testimone di un fatto di reato si possa procedere ad effettuare la videoregistrazione degli stessi e che questa possa assurgere a elemento di prova durante il procedimento penale.³⁰⁸ In quest'ultimo senso, si raccomandavano gli esperti nella Carta di Noto (art. 10), nelle Linee guida nazionali sull'ascolto del minore (art. 3.10) e, inoltre, allo stesso modo disponeva anche la Direttiva 2012/29/UE.³⁰⁹

La ratifica della Convenzione poteva rappresentare la perfetta occasione per estendere formalmente alla fase investigativa le cautele già previste per le fasi successive: l'art. 398, comma 5-bis, c.p.p., infatti, tratta dell'ordinanza adottabile dal giudice circa luogo, tempo e modalità particolari, tra le quali figura anche la documentazione integrale attraverso l'utilizzo di mezzi di riproduzione fonografica e audiovisiva degli esami testimoniali del minore, attraverso le quali procedere ad incidente probatorio.

È da osservare, infatti, come non fosse possibile ricorrere ad un'estensione dell'operatività della norma sopraindicata per sopperire alla lacuna della fase investigativa, in quanto essa

³⁰⁶ A. M. CIAVOLA, Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria, in Cassazione penale, 2015, 2, p. 879 e ss.

³⁰⁷ C. CESARI, Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte, cit., p. 1178 e ss.

³⁰⁸ M. MONTELEONE, Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al Codice di procedura penale, cit., p. 1484 e ss.

³⁰⁹ A. M. CIAVOLA, Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria, cit., p. 879 e ss.

racchiude in sé la deroga alla disciplina ordinaria di formazione della prova,³¹⁰ ma, ad ogni modo, la stessa poteva essere presa come modello per l'estensione dei presidi in essa contenuti anche per le informazioni del minore in fase investigativa.

Il legislatore, tuttavia, pur essendo consapevole di tale criticità, attraverso la legge di ratifica n. 172 del 2012 ha perseverato nel proprio silenzio normativo e nulla ha continuato a disporre circa gli oneri di documentazione e, in generale, molto di più si sarebbe potuto fare circa le modalità di raccolta delle informazioni del minore durante le indagini preliminari. A ben vedere, oltre a prevedere la presenza dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile, sarebbe bastato duplicare, con gli opportuni adeguamenti, il testo dei primi tre periodi dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. all'interno degli artt. 351, 362 e 391-*bis* che la legge in questione aveva appena novellato.³¹¹ È pur vero che la norma in questione presenta qualche profilo di problematicità: è rimesso alla discrezionalità del giudice procedente la scelta della modalità di documentazione da eseguire, il che incide, come abbiamo visto, anche sul grado di affidabilità, ma, più di ogni altra cosa, nel testo non è ricompresa nessuna sanzione che colpisca l'inosservanza. L'impronta garantista di tale norma, fatalmente, rimane lettera morta. In tal senso, però, si assumere come riferimento l'art. 141-*bis* c.p.p., il quale prevede l'obbligo di documentare integralmente con mezzi fonografici o audiovisivi l'interrogatorio della persona che si trovi in stato di detenzione e che non si svolga in udienza. Tale obbligo è previsto a pena di inutilizzabilità. Estendendo tale prototipo normativo all'audizione del minore in sede di sommarie informazioni si sarebbe raggiunto l'obbligo della videoregistrazione a pena di inutilizzabilità, in linea con il dettato della Convenzione di Lanzarote.³¹² Un'ulteriore accortezza a salvaguardia del benessere emotivo del minore che il legislatore avrebbe potuto (o dovuto) garantire è l'utilizzo del vetro specchio

³¹⁰ L. CARACENI, Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria, in *Cassazione penale*, 2015, 1, p. 329 e ss.

³¹¹ A. M. CAPITTA, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, p. 2 e ss.

³¹² C. CESARI, Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte, nota a *Cass. Pen.*, 12 marzo 2013, n.16981, sez. IV, cit., p. 1178 e ss.

unidirezionale, di modo da evitare il condizionamento psicologico che deriverebbe dalla presenza dell'imputato o da terze persone (art. 498 comma 4-ter c.p.p.).³¹³

Se quindi le novelle introdotte dalla legge del 2012 sono state accolte e guardate favorevolmente perché ha riguardato una fase fino a quel momento debole e carente in termini di presidi a favore del dichiarante debole, non è men vero che non ha avuto il pregio di arginare l'opportunità di nuovi interventi legislativi che intervenissero a rafforzare tali tutele.³¹⁴ Tuttavia, dovendosi procedere alla documentazione delle informazioni secondo le regole generali di cui agli artt. 357, 373, 314 c.p.p. ed essendo fortemente sperabile che le audizioni dei minori fossero sempre videoregistrate si potrebbe ricorrere proprio all'ultima delle disposizioni appena citate. L'art. 134 c.p.p., riguardo alle modalità di documentazione degli atti, prescriveva che, qualora le modalità di verbalizzazione ordinaria (integrale o riassuntiva) non siano ritenute sufficienti, «può essere aggiunta la riproduzione audiovisiva se assolutamente indispensabile».³¹⁵ Come suggerisce il verbo, la norma si esprime in termini di discrezionalità e non prevede un obbligo in capo al giudice perché provveda in tal senso, né sono previste sanzioni in caso di inosservanza. Nondimeno, la norma non indica quali siano i criteri e i parametri ai quali il giudice si debba attenere per fondare la propria decisione e per valutare l'esistenza dell'assoluta indispensabilità. Ciò nonostante, sembra potersi ritenere che, per via dell'ubicazione sistematica della norma, si debbano prendere in esame le specificità del caso concreto e le relative esigenze di documentazione, specialmente se sia necessario far emergere nella fase processuale anche la comunicazione non verbale del teste, come spesso accade quando questo sia un soggetto in condizione di vulnerabilità, o qualsiasi altra circostanza (esperimenti giudiziari, indagini peritali, etc...) che sia utile riprodurre e che non possa efficacemente essere rappresentata in forma scritta.³¹⁶ La normativa codicistica, tuttavia, sembra quasi esortare ad un ricorso moderato delle tecnologie audiovisive: infatti, se si analizza il dettato dell'art. 140 c.p.p. si legge che il giudice può disporre che venga redatto soltanto il verbale in forma riassuntiva «quando si

³¹³ A. M. CAPITTA, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, cit., p. 2 e ss.

³¹⁴ F. TRIBISONNA, Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore, cit., p. 277.

³¹⁵ M. MONTELEONE, Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al Codice di procedura penale, cit., p. 1484 e ss.

³¹⁶ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, cit.

verifica una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di ausiliari tecnici». Questa norma è da considerare in contrasto con le previsioni internazionali della Convenzione di Lanzarote, le quali presuppongono che tali strumentazioni siano ordinariamente a disposizione delle autorità investiganti e non devono rappresentare l'*extrema ratio*. La conseguenza di questo lassismo normativo poteva essere una pronuncia di incostituzionalità per contrasto agli obblighi internazionali assunti dal nostro paese ex art. 117 Cost. L'alternativa a questa soluzione potrebbe essere costituita da un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 134, comma 4, per la quale l'assoluta indispensabilità del ricorso alla ripresa audiovisiva qualora si debbano assumere informazioni da un minore nei procedimenti che hanno ad oggetto i reati di cui all'art. 351, comma 1-ter, c.p.p. sarebbe da ritenersi in *re ipsa*; allo stesso modo e negli stessi casi, sarebbe da ritenersi in *re ipsa* insufficiente una verbalizzazione scritta o fonografica. Tale interpretazione potrebbe essere ritenuta valida, anche ai sensi dell'art. 3 Cost., sulla base della considerazione del fatto che per altri soggetti in stato di minorata difesa, si pensi ai detenuti (art. 141-bis c.p.p.), è obbligatoria la documentazione integrale tramite strumenti di riproduzione fonografica o audiovisiva, a pena di inutilizzabilità e allo scopo di meglio tutelare i suoi interessi e l'attendibilità delle sue dichiarazioni. Ciò nonostante, questa soluzione non appare risolutiva, ma, al contrario, non trova una soluzione all'assenza di una sanzione che consegua all'inosservanza di tali oneri di documentazione. Consistendo in scelte rimesse alla discrezionalità del giudice (si parla addirittura di paternalistico arbitrio) che attengono alla fissazione dell'elemento dichiarativo, e non alla sua formazione, non si potrebbe ricorrere all'inutilizzabilità. La verbalizzazione dell'atto di indagine con modalità diverse da quelle audiovisive rimarrebbe perciò valida ed utilizzabile, il che rendeva auspicabile l'intervento del legislatore perché provvedesse in termini cogenti e sanzionatori.³¹⁷

Il legislatore, in verità, è intervenuto e lo ha fatto con il D.lgs. n. 212 del 2015, che ha innovato il comma 4. dell'art. 134 c.p.p. inserendo un nuovo ultimo periodo, il quale consente in ogni caso (ma senza sancire un obbligo) la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa particolarmente vulnerabile, non essendo necessario, in tal caso, che ricorrano esigenze di assoluta indispensabilità. Nonostante la previsione possa essere addirittura stimata più garantista della Convenzione di Lanzarote, che assicurava la videoregistrazione (e la possibilità che questa possa costituire una prova) delle informazioni

³¹⁷ C. CESARI, Sull'audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte, nota a Cass. Pen., 12 marzo 2013, n.16981, sez. IV, cit., p. 1178 e ss.

della sola vittima minorenni, la percezione è solo apparente. Infatti, per quanto la novella di cui all'art. 134 c.p.p. riguarda tutte le persone offese vulnerabili e perciò sembri avere un ambito di applicazione più esteso di quello che si proponeva la Convenzione succitata, non sembra che abbia apportato concrete conseguenze in termini di effettività delle cautele a favore delle stesse: la modalità di documentazione rinforzata era e continua a possedere i tratti di una mera facoltà degli organi inquirenti.³¹⁸

Al precipuo scopo di sopperire a tale mancanza di tutela della fonte dichiarativa minorenni nelle indagini penali, molti uffici giudiziari hanno provveduto ad adottare dei protocolli³¹⁹ che assicurassero la videoregistrazione delle audizioni dei soggetti minori anche nella sede meno garantita delle sommarie informazioni.³²⁰

In conclusione, il quadro normativo, anche a seguito dell'intervento riformatore del 2015, è considerato da una parte della dottrina vizioso da una prospettiva sistematica: se la direttiva del 2012 rinviava al diritto nazionale quanto alla determinazione delle norme procedurali per le videoregistrazioni e la loro utilizzazione (art. 24), forse il legislatore dovrebbe ribadire l'irrinunciabile centralità del principio del contraddittorio e la relativa modalità dialettica di formazione della prova (art. 111 comma 4 Cost.). Essi ritengono che, se è vero che la riproduzione audiovisiva delle informazioni rese dal minore hanno un rilievo non trascurabile in ambito cautelare o nei riti alternativi al dibattimento e che hanno una grande utilità nel vagliare l'attendibilità dell'apporto probatorio, è anche vero che non possono costituire l'occasione per rimpiazzare la testimonianza in sede dibattimentale sulla base di un'esigenza di tutela del dichiarante che non deve essere soddisfatta dalla documentazione.³²¹

³¹⁸ E. LORENZETTO, Audizioni investigative e tutela della vittima, cit., p. 372.

³¹⁹ Tra questi si può segnalare il protocollo d'intesa raggiunto dagli uffici giudiziari del distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria, che ha il dichiarato scopo di fornire ulteriori protezioni alla vittima che per via della giovane età si trovi in una condizione di vulnerabilità e che, prendendo parte ad un procedimento giurisdizionale, rischi la c.d. vittimizzazione secondaria. A tal riguardo: L. CARACENI, Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria, in Cassazione penale, 2015, 1, p. 329 e ss e A. M. CIAVOLA, in Cassazione penale, 2015, 2, 879 e ss.

³²⁰ L. CARACENI, Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria, cit., p. 329 e ss.

³²¹ E. LORENZETTO, Audizioni investigative e tutela della vittima, cit., p. 373.

3.5 INCIDENTE PROBATORIO “SPECIALE”: LA CRISTALLIZZAZIONE NORMATIVA DEI LIMITI SOGGETTIVI E OGGETTIVI DELLA SUA OPERATIVITÀ.

Nel tentativo di realizzare una panoramica degli istituti destinati ad approntare delle tutele a favore del dichiarante debole, non si può non volgere lo sguardo all'incidente probatorio. Questo istituto, che ha rappresentato un'innovazione del sistema processuale accusatorio delineato dal codice del 1989, rappresenta uno strumento eccezionale attraverso il quale è possibile anticipare alla fase preliminare l'assunzione delle prove non rinviabili alla fase dibattimentale. L'essenza stessa di tale istituto è quindi funzionalmente connessa all'architettura bifasica assunta dal procedimento penale italiano, distinto in indagini preliminari e giudizio. Quest'ultimo incarna la sede e la fase elettiva nella quale avviene l'elaborazione delle prove, ma, in presenza di determinate contingenze è possibile procedere eccezionalmente all'assunzione anticipata di quelle che sarebbero altrimenti deperibili.³²² In sede di indagini preliminari o nell'udienza preliminare si può perciò procedere all'acquisizione delle prove urgenti e non rinviabili attraverso l'osservanza delle regole procedurali del giudizio: l'assunzione avviene davanti ad un giudice, in un'udienza in camera di consiglio, e alla necessaria presenza delle parti, ovvero del pubblico ministero e del difensore dell'indagato.

L'istituto *de quo*, disciplinato dall'art. 392 c.p.p.³²³ ha poi subito diversi interventi di modifica che hanno condotto alla delineazione di un incidente probatorio “speciale” o

³²² P. RENON, L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 3, p. 1019.

³²³ Art. 392 c.p.p. (versione attuale) «1. *Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:*

a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;

b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;

c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;

d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210 e all'esame dei testimoni di giustizia (5);

e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

“atipico”, spesso definito anche “incondizionato” o “liberalizzato” perché sganciato dalla condizioni ordinariamente e tipicamente previste dal legislatore, il quale può essere instaurato anche in casi differenti rispetto a quelli previsti dalla stessa disposizione al comma 1 ed è considerato la sede privilegiata d’acquisizione del contributo conoscitivo della persona offesa. Esso, perciò, si affianca e deroga alla figura incidentale generale di cui al comma 1, il quale già rappresenta un’eccezione alla regola per cui le prove si formano in fase dibattimentale nel contraddittorio tra le parti: l’incidente probatorio atipico costituisce quindi un’eccezione dell’eccezione.³²⁴ La *ratio* di questo nuovo istituto “speciale” o “atipico” è da rintracciarsi nella volontà del legislatore di anticipare il momento della formazione della prova alla fase delle indagini preliminari, in modo tale da bilanciare le necessità di tutela del dichiarante debole con le garanzie difensive dell’imputato. Al primo, infatti, si potrà evitare la vittimizzazione secondaria attraverso l’audizione in un contesto più protetto e più rassereneante. L’anticipazione, inoltre, fa sì che l’esame del teste sia connotato da genuinità e attendibilità poiché la narrazione avviene a breve distanza temporale rispetto all’accadimento del fatto di reato: ciò è fondamentale soprattutto quando il dichiarante sia un soggetto minore, poiché - come è ormai pacificamente riconosciuto dagli esperti in psicologia infantile- nelle persone molto giovani la forza del ricordo è più debole e si

f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.
1-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis del codice penale, il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza.

2. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni, ovvero che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'articolo 224-bis».

³²⁴ G. TODARO, Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive, in L. LUPÀRIA, in Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione europea e buone pratiche nazionali, San Giuliano Milanese, Wolters Kluwer, 2015, cit., p. 109,

modifica col passare del tempo e, rispetto a quello delle persone adulte, è più facile che subisca suggestioni.³²⁵

Il primo intervento che ha contribuito alla realizzazione normativa dell'incidente probatorio "atipico" è stato l'art. 13 comma 1 della Legge n. 66 del 1996 (norme contro la violenza sessuale), che introduceva il comma 1-*bis* all'art. 392 c.p.p. Questo, seppur solo in relazione alle ipotesi di reato di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqües* e 609-*octies* c.p.³²⁶, prevedeva una peculiare ipotesi di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza del minore infrasedicenne a prescindere dall'effettiva indifferibilità della stessa e, perciò, indipendentemente dai requisiti di ammissibilità previsti alle lett. a) e b) del comma 1 dello stesso articolo. Altri provvedimenti che hanno condotto ad un'estensione delle ipotesi criminose in presenza delle quali è ammesso l'incidente probatorio in esame sono stati: la Legge n. 269 del 1998, la Legge n. 228 del 2003 e la Legge 38 del 2006. A uno sguardo congiunto, l'ampliamento in parola, ha riguardato i delitti di pedofilia (di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quinqües* c.p.), i reati connessi alla tratta di esseri umani (artt. 600, 601 e 602 c.p.) e il reato di pornografia virtuale (*ex art.* 600-*quater*.1 c.p.). Sennonché, un intervento di riforma determinante è rappresentato dalla Legge n. 38 del 2009 (di conversione del Decreto legge n. 11 del 2009), il quale ha avuto il merito di apportare due importanti novità: da una parte, ha contribuito ad allargare l'ambito dei reati per i quali si è legittimati a ricorrere all'incidente probatorio speciale, inserendo nel catalogo dell'art. 392, comma 1-*bis* anche il delitto di atti persecutori previsto dall'art. 612-*bis* c.p. e il reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p.;³²⁷ si colmava in tal modo la lacuna che fu all'origine della famosa sentenza Pupino del 2005 della Corte di giustizia europea (che sancì l'efficacia vincolante della Decisione quadro n. 2001/220/GAI e che già abbiamo trattato al paragrafo 6 del capitolo II a cui rinviamo) ma che, nonostante questa, non era più colmabile dal solo giudice nazionale.³²⁸ Dall'altra, il grande pregio della novella del 2009 è stato quello di estendere l'oggetto dell'incidente probatorio, che ora riguarda la testimonianza del minore (infradiciottenne), vittima o persona offesa, e quella del maggiorenne che sia persona offesa

³²⁵ A. CIAVOLA, Incidente probatorio atipico e processo di parti, in Cassazione penale, 2020, 9, p. 3282 e ss.

³²⁶ I quali prevedono e puniscono, rispettivamente, le seguenti fattispecie criminose: violenza sessuale, violenza sessuale aggravata, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne e violenza sessuale di gruppo.

³²⁷ G. TODARO, Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive, cit., p. 110.

³²⁸ A. M. CAPITTA, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, cit., p. 2 e ss

dal reato, superando la precedente versione che ne limitava l'ambito al solo minore degli anni sedici. Infine, l'elencazione dei reati di cui al comma 1-*bis* dell'art. 392 è stato ulteriormente allargato dalla Legge n. 172 del 2012 alla fattispecie di adescamento di minorenni, introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dalla stessa legge di ratifica con l'art. 609-*undecies* c.p.³²⁹, in risposta ad un fenomeno in preoccupante crescita che si sostanzia nell'adescare i più giovani attraverso promesse, lusinghe e minacce o tramite l'utilizzo di internet (c.d. *grooming*) al fine di attirarli e coinvolgerli in atti a sfondo sessuale.³³⁰ Inoltre, la stessa legge elimina il riferimento all'art. 609-*ter* in tema di circostanze aggravanti che accedono al delitto di violenza sessuale, ma inserisce il reato di detenzione di materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*, dato che già prevedeva il riferimento al 600-*quater*.1.³³¹

Da ultimo, è intervenuto il D.lgs. n. 212/2015 che ha esteso l'ambito di applicabilità dell'incidente probatorio speciale, prima riservato solo ai testimoni minorenni e alle persone offese nei procedimenti per i reati di stampo sessuale indicati dalla norma, anche alle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità, a prescindere dal reato per cui si procede.³³² Per i minori e le persone offese maggiorenni dei delitti indicati sopra e in ogni caso quando la persona offesa versi in una condizione di particolare vulnerabilità, anche su richiesta della stessa, il pubblico ministero oppure la persona sottoposta alle indagini possono proporre istanza al giudice perché si proceda con incidente probatorio speciale all'assunzione della relativa testimonianza.

Secondo alcuni studiosi, la richiesta di incidente probatorio speciale può avvenire anche al di fuori dei presupposti tipici richiamati al comma 1 dell'art. 392 c.p.p., lett. a), b), e), f) e g), di conseguenza, senza che sia necessario che sussistano le condizioni della non rinviabilità e i pericoli d'inquinamento della prova che farebbero presagire un pregiudizio se si assumessero nella fase dibattimentale. In tal modo, si determinerebbe una presunzione *ex*

³²⁹ G. TODARO, Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive, cit., p. 110.

³³⁰ F. TRIBISONNA, Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore, cit., p. 273.

³³¹ A. M. CAPITTA, Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario, cit., p. 2 e ss.

³³² N. PASCUCI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2580.

lege di non rinviabilità della prova che circoscriverebbe al massimo il sindacato del giudice circa l'ammissibilità dell'incidente probatorio.³³³

Si deve però dar conto anche di un'opposta corrente dottrina, la quale sostiene che, sebbene l'art. 392, comma 1-*bis*, non faccia alcun riferimento alla non rinviabilità della prova, ad ogni modo sarebbe necessario dimostrare la sussistenza di questo requisito. L'ancora normativa di tale impostazione si rinverrebbe nel dettato dell'art. 393, comma 1, lett. c), c.p.p., il quale dispone che nell'istanza di incidente probatorio devono essere indicate le circostanze che, a norma dell'art. 392 c.p.p., rendono la prova non rinviabile all'istruttoria dibattimentale. Tale disposizione, di conseguenza, non tracciando alcuna differenza tra incidente probatorio ordinario e quello speciale, farebbe presumere che i presupposti per la loro ammissibilità siano non dissimili, almeno in termini di non differibilità. Secondo questa diversa impostazione, dunque, non esisterebbe alcun automatismo in ordine all'accoglimento della richiesta di incidente probatorio di cui al comma 1-*bis*. D'altro canto, è stato osservato che se il legislatore avesse inteso creare un regime differenziato per i due tipi incidentali avrebbe modificato anche gli artt. 393 e 396 c.p.p.³³⁴ Nondimeno, la soluzione dottrina prevalente risulta essere quella antitetica a quella appena illustrata: la Legge n. 66 del 1996 sembrerebbe affrancare la testimonianza del minore dai presupposti tipici indicati dalle lettere *a)* e *b)* del primo comma dell'art. 392 c.p.p. Altresì, si è ritenuto che la Legge n. 267 del 1997³³⁵ avesse escluso anche le condizioni di non rinviabilità di cui alle lett. *c)* e *d)* dello stesso primo comma. La conseguenza logica di tale impostazione è quella per cui non esisterebbe, in capo al soggetto legittimato a proporre richiesta di incidente probatorio, alcun onere di indicare i presupposti di non rinviabilità che giustifichino l'assunzione anticipata della prova. Al contrario, nella richiesta sarebbe sufficiente indicare che il soggetto per cui si domanda l'audizione anticipata è minorenne e che si procede per uno dei crimini specificati dalla disposizione in esame. Si potrebbe ipotizzare, quindi, che la prospettiva del legislatore sia stata quella di intravedere nella minore età lo spettro dell'inquinamento o della dispersione della prova, con la conseguenza che ciò

³³³A. FAMIGLIETTI, La testimonianza del minore di sedici anni nell'incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, 1, 292.

³³⁴S. VENTURINI, L'esame del minore in incidente probatorio, tra dati normativi (nazionali e sovranazionali) e prassi giudiziale, in *Cassazione penale*, 2011, 5, 1937 e ss.

³³⁵ Legge 7 agosto 1997, n. 267, "Modifica delle disposizioni del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove" (Pubblicata in G. U. 11 agosto 1997, n. 186).

giustificherebbe, *ex lege*, la non rinviabilità dell'assunzione anticipata della testimonianza.³³⁶

La non rinviabilità, più in generale, sembrerebbe deducibile dalla condizione di vulnerabilità: dei minori (testimoni o vittime) e dell'offeso maggiorenne in relazione alla natura dei reati espressamente indicati dalla norma e dalla particolare vulnerabilità in cui potrebbe versare la vittima di ciascun reato.³³⁷

La richiesta e l'ammissione di incidente probatorio presuppone che la valutazione sulla condizione di vulnerabilità debba essere ripetuta per verificarne la perdurante esistenza rispetto alla prima valutazione eventualmente avutasi in un momento antecedente delle indagini. Tra l'altro, il testo dell'art. 392 c.p.p. ripropone la distinzione tra vittime vulnerabili presunte e vittime vulnerabili atipiche, ed è solo rispetto a quest'ultima categoria, cioè fuori dalle ipotesi tipiche, che dovranno essere esplicitate le ragioni che hanno condotto a ritenere esistente la vulnerabilità. Il deposito della richiesta di incidente probatorio speciale da parte del pubblico ministero o della persona sottoposta ad indagine e le conseguenti deduzioni della controparte circa l'ammissibilità dello stesso rappresentano la prima occasione di contraddittorio circa l'esistenza o meno di una condizione di vulnerabilità del dichiarante. La persona offesa non è inclusa in tale contraddittorio: infatti, pur essendo direttamente interessata al riconoscimento della propria vulnerabilità, non ha alcun potere o mezzo per sollecitarlo o per evitare che sia escluso. È bene ricordare che la vittima, nel nostro ordinamento, non è qualificata come parte processuale - a meno che non cumuli in sé la parte di persona danneggiata dal reato e si costituisca parte civile nel processo penale al fine di ottenere il risarcimento del danno -, perciò non rientra tra i soggetti legittimati a richiedere che per la propria audizione testimoniale si proceda ad incidente probatorio atipico³³⁸, ma, ai sensi dell'art. 394 c.p.p., può solo rivolgersi al pubblico ministero perché lo promuova.³³⁹ Nel caso in cui la persona offesa sia un minore il potere di sollecitare il pubblico ministero affinché richieda di procedersi ad incidente probatorio è esercitato da coloro i quali esercitano

³³⁶ 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, cit., p. 257-260.

³³⁷ G. TODARO, Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive, cit., p. 110-111.

³³⁸ A tale riguardo rimandiamo alla sent. Cedu *Sottani c. Italia* del 22 aprile 2005, brevemente affrontata nel capitolo II, par. 3.1.

³³⁹ S. RECCHIONE, La vittima cambia il volto del processo penale: le tre "parti eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, cit., p. 85.

su di esso la responsabilità genitoriale o da un tutore, e ciò è ricavabile dal combinato disposto degli artt. 90, comma 2, 120 e 121 c.p. Tale puntualizzazione, sebbene possa apparire a prima vista ovvia e banale, non lo è se si considerano le fattezze che può assumere il caso concreto. Si pensi all'ipotesi in cui, a seguito del decesso di un genitore, l'altro, che esercita la responsabilità genitoriale sulla vittima minore, sia la stessa persona che ha commesso degli abusi a danno di quest'ultima: in una circostanza come quella appena descritta va da sé che il minore rimarrebbe privo di qualsivoglia tutela, salvo che sia stato nominato un curatore speciale o che il difensore del minore persona offesa ne abbia già assunto la difesa a norma dell'artt. 101, comma 1, e 96, comma 2, c.p.p. Lo stesso accadrebbe nel caso in cui uno dei genitori sia l'abusante del figlio e l'altro genitore non voglia agire nei confronti del coniuge.³⁴⁰

Il pubblico ministero, di fatto, funge da "mediatore" per la persona offesa, ma egli non ha alcun obbligo di dar seguito alla sollecitazione da questa proveniente. Egli, come è desumibile dall'art. 112 Cost., gode di piena libertà nel decidere "se", "come" e "quando" compiere gli atti investigativi che ritiene più opportuni. È da segnalare, tuttavia, che nonostante la normativa processuale non offra particolari garanzie a favore della persona offesa in tema di raccolta degli elementi di prova, in sede di incidente probatorio ad essa saranno estese quelle relative alla partecipazione alle udienze (art. 401, commi 1, 3, 5 e 8, c.p.p.) e all'estrazione di copia degli atti depositati ed acquisiti nel procedimento (art. 398, comma 3 e 3-bis).

Se il pubblico ministero non dovesse accogliere la richiesta di promuovere l'incidente probatorio da parte dell'offeso, su di egli pesa l'obbligo di pronunciare un decreto motivato, cioè indicante le ragioni del rifiuto, che sarà poi notificato alla stessa. Attraverso tale provvedimento, la persona offesa potrà quindi esercitare un controllo sui motivi che hanno indotto il pubblico ministero a rifiutare la sua richiesta, non perché essa possa in qualche modo opporsi alla scelta in questione, ma solo perché potrebbe proporre una nuova istanza che si basi su presupposti nuovi e diversi rispetto a quelli che furono posti alla base della richiesta precedente. Le critiche mosse a questa scelta legislativa da parte della dottrina hanno evidenziato come sarebbe stato più opportuno riservare al soggetto leso dal reato un

³⁴⁰ 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, cit., p. 298-299.

autonomo potere di iniziativa, soprattutto sulla scorta dei provvedimenti europei e internazionali volti a rafforzare i diritti e le prerogative di quest'ultimo.³⁴¹

Per quanto invece attiene al provvedimento di ammissione o di rigetto sulla richiesta di incidente probatorio posta dall'autorità inquirente o dal difensore del soggetto sottoposto alle indagini preliminari si deve sottolineare come, per suo tramite, il giudice per le indagini preliminari riconoscerà o negherà la vulnerabilità del soggetto di cui si vuole acquisire la testimonianza anticipata. Nell'ordinanza in questione, tuttavia, egli dovrà illustrare le ragioni sottese alla propria decisione: da esso, infatti, dipenderà una riduzione delle garanzie difensive dell'accusato e un'attenuazione del contraddittorio e del principio di immediatezza nella formazione della prova.³⁴²

Ebbene, è interessante notare una sostanziale differenza di posizioni tra accusa e difesa per quanto attiene alla possibilità di accedere alla nuova figura di incidente probatorio, per comprendere la quale è bene procedere per gradi: è ormai noto che, nel caso in cui la persona offesa dal reato versi in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero e il difensore dell'accusato siano legittimati a richiedere che la relativa testimonianza sia assunta anticipatamente in sede di incidente probatorio atipico. Lo stesso avviene per il minore, persona offesa o testimone, e persona offesa dei reati espressamente elencati dall'art. 392, comma 1-bis, c.p.p; ma mentre per queste ultime due ipotesi i parametri soggettivi e oggettivi fissati dalla legge sono sufficienti perché accusa o difesa possano fare richiesta perché si proceda all'assunzione della testimonianza in sede incidentale, nel caso di cui all'ultimo periodo del comma 1-bis del suddetto articolo, il cui presupposto è quello atipico della particolare vulnerabilità introdotta *ex novo* dal D.lgs. n. 212/2015, la questione si pone in termini differenti. A ben vedere, in quest'ultima ipotesi, la situazione in cui si trovano accusa e difesa sono solo apparentemente equiparabili.³⁴³ Per capire i termini della divergenza di posizione in parola è doveroso richiamare le norme che regolano l'assunzione delle informazioni nella fase delle indagini preliminari. È vero, infatti, che il D.lgs. n. 212/2015

³⁴¹ 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, cit., p. 301. Inoltre, si rinvia alla lettura del caso X, CGUE., sez. II, 21.12.2011, causa C-507/10, al Capitolo II par. 7 del presente elaborato.

³⁴² S. RECCHIONE, La vittima cambia il volto del processo penale: le tre "parti eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, cit., p. 85.

³⁴³ A. PRESUTTI, Le audizioni protette, in M. BARGIS e H. BELLUTA, Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri, Torino, G. Giappichelli, 2017, p. 386.

non è intervenuto a novellare, parallelamente agli artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, anche l'art. 391-bis, comma 5-bis. Quest'ultimo è rimasto inalterato nel prevedere la presenza dell'esperto solo relativamente all'acquisizione di informazioni da parte del minore per i procedimenti che riguardino i reati a connotazione sessuale di cui all'art. 351, comma 1-ter³⁴⁴, e non anche quando le informazioni debbano assumersi dalla persona offesa in stato di particolare vulnerabilità.³⁴⁵

Per tale ragione, è solo il pubblico ministero (e la polizia giudiziaria) che può effettuare una valutazione sulla condizione di particolare vulnerabilità del soggetto offeso, in base all'esito della quale assicura la presenza dello psicologo o psichiatra al colloquio. Il difensore, al contrario, essendogli preclusa una valutazione individualizzata in tal senso, troverà un intralcio nell'accesso all'incidente probatorio speciale. Tale incongruenza, tuttavia, è figlia della consapevolezza del legislatore circa il disinteresse della difesa affinché tale istituto si applichi. Il difensore, infatti, nell'interesse del suo assistito, trarrà maggior vantaggio attraverso la piena attuazione del contraddittorio: in tal modo ci si sottrae alle distorsioni interpretative della giurisprudenza che tendono a rifuggire dalla testimonianza attraverso l'utilizzo *ex art. 512* delle dichiarazioni assunte durante la fase d'indagine e della testimonianza *de relato* di cui all'art. 195, comma 3, c.p.p. della persona che abbia appreso i fatti tramite il soggetto vulnerabile. Non è nemmeno immaginabile che il difensore si rivolga al pubblico ministero: quest'ultimo, infatti, non ha alcun obbligo di facilitare la controparte processuale attribuendo alla persona offesa la patente della particolare vulnerabilità, né potrebbe avere interesse a richiedere l'incidente probatorio speciale poiché, seppur avvantaggiato dal sottrarre l'assunzione della prova al contraddittorio dibattimentale, dovrebbe depositare tutti gli atti investigativi effettuati fino a quel momento. Questo vale a giustificare le remore della pubblica accusa a ricorrere all'istituto dell'incidente probatorio speciale. In sostanza, chi sta nel mezzo di questo limbo dato dalle lecite pretese della difesa e dalle strategie inquisitorie della pubblica accusa è la persona offesa con le esigenze di protezione che le son proprie a causa della sua vulnerabilità. Ma se anche l'incidente probatorio fosse disposto l'indebolimento della posizione del difensore non verrebbe meno: egli sarebbe comunque svantaggiato dall'impossibilità di poter avere contatti con l'offeso particolarmente vulnerabile, ma apprende le dichiarazioni da questo rilasciate a polizia

³⁴⁴ Anche se il codice deontologico forense estende tale garanzia all'audizione di tutti i minorenni.

³⁴⁵ N. PASCUCI, Le dichiarazioni del minorenne informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE, cit., p. 3071.

giudiziaria e pubblico ministero solo dopo aver acquisito l'intero fascicolo delle indagini. Ciò comporta la sopravvivenza della necessità di audire la vittima particolarmente vulnerabile in sede dibattimentale, e certamente il giudice non potrebbe porsi sotto l'egida dell'art. 190-bis, comma 1-bis.³⁴⁶ Non bisogna dimenticare che il materiale probatorio contenuto nel fascicolo delle indagini preliminari è raccolto unilateralmente e funzionalmente dagli inquirenti al fine di sostenere l'accusa. In più, nell'udienza incidentale il difensore dell'accusato sarà certamente sfavorito dall'aver avuto meno modo e meno tempo per preparare una strategia difensiva da opporre a quella accusatoria.³⁴⁷

Un limite oggettivo della disciplina che stiamo analizzando, e che non si può tacere, riguarda l'ambito di operatività dell'istituto dell'incidente probatorio speciale. Più segnatamente, l'appunto ha ad oggetto il singolo mezzo di prova per il quale esso è attivabile: la testimonianza. È inscrutabile la ragione che ha mosso il legislatore ad escludere altri mezzi di prova a contenuto dichiarativo: la ricognizione di persone, il confronto, gli esperimenti giudiziali, la perizia e l'esame della persona sottoposta ad indagini in un procedimento connesso, a cui debbano prendere parte soggetti minori d'età. È del tutto evidente, infatti, che anche i mezzi di prova appena menzionati siano equiparabili alla testimonianza per la loro idoneità a ledere la personalità del minore turbandone la serenità.³⁴⁸

Lo stesso può dirsi in relazione all'esigenza di preservare la genuinità del contributo probatorio del minore attraverso un'assunzione anticipata dei mezzi di prova, proprio in ragione degli effetti negativi che lo scorrere del tempo causa alla memoria, soprattutto nei soggetti più giovani.

In realtà, per quanto attiene alla ricognizione, data la natura non differibile di questo mezzo di prova, l'ostacolo potrebbe aggirarsi nel seguente modo: potrebbe ottenersene il compimento in sede di incidente probatorio ordinario, invocando la lett. g) del primo comma dell'art. 392 c.p.p., per cui ciò è possibile qualora sussistano particolari ragioni d'urgenza che non consentono di rinviare l'atto alla fase dibattimentale.³⁴⁹

³⁴⁶ A. PRESUTTI, *Le audizioni protette*, cit., p. 388-389.

³⁴⁷ P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, cit., p. 1039.

³⁴⁸ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, in C. CESARI, *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 165-166.

³⁴⁹ 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*, cit., p. 291.

Per quanto riguarda il confronto, invece, si ritiene che l'esclusione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 392 debba riguardare le persone informate sui fatti e/o le vittime, poiché il confronto con l'imputato sarebbe a prescindere inammissibile in ragione delle esigenze di tutela del minore, le quali postulano l'assenza di contatti tra il minore, vittima o testimone, e l'imputato. Per ottenere un confronto in incidente probatorio non si può neppure ricorrere alla lett. *e*) dell'art. 392, comma 1, in quanto questa rinvia comunque ai presupposti previsti per l'assunzione della testimonianza di cui alle lett. *a*) e *b*).

È da rammentare che al silenzio del legislatore circa l'assunzione degli altri mezzi di prova in relazione all'incidente probatorio liberalizzato non può porsi rimedio attraverso il ricorso all'analogia. Invero, dato che l'assunzione dei mezzi di prova in sede preliminare *contrae* - seppure in maniera indiretta - il diritto al contraddittorio, è da ritenere che la materia sia coperta da una riserva di legge proprio al fine di presidiare tale diritto. Cionondimeno, la mancanza di ogni riferimento ai mezzi di prova diversi dalla testimonianza nel comma 1-*bis* dell'art. 392 pone seri dubbi circa la costituzionalità della norma, sotto il profilo della ragionevolezza *ex* art. 3 comma 2 della Costituzione. L'assunzione anticipata di queste, a ben vedere, è ammissibile soltanto quando sussistano i presupposti d'urgenza indicati al comma 1, lett. *e*), *f*), e *g*) e comma 2 dell'art. 392.³⁵⁰

A conclusione di questo paragrafo sulla disposizione di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. non possiamo sottacere una recentissima pronuncia della Corte costituzionale, la n. 14 del 2021, che lo ha interessato. La sentenza in esame trae origine dalla questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Macerata che, investito dalla richiesta di procedere a incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza di un minore vittima del reato di cui all'art. 609-*quater* c.p. e di altro soggetto minore che, pur non essendo persona offesa dal reato, era a conoscenza di circostanze utili all'accertamento del fatto, ha ritenuto che l'art. 392 comma 1-*bis* del codice di rito fosse da ritenersi incompatibile con gli artt. 3 e 111 della Costituzione. In particolare, i dubbi sulla costituzionalità della suddetta norma ha riguardato la parte in cui prevede che, nei procedimenti per i reati dalla stessa tassativamente indicati, l'assunzione della testimonianza in sede incidentale riguardi anche il minore che non sia anche persona offesa

³⁵⁰ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 168-169.

dal reato e che quindi sia mero testimone del fatto di reato.³⁵¹ Il giudice remittente ha ritenuto che l'acquisizione anticipata della testimonianza del minore mero testimone lo sottrarrebbe ingiustificatamente all'ordinaria sede di formazione della prova, cioè il dibattimento. Non sarebbe sufficiente a giustificare tale sottrazione dibattimentale la "mera minore età" del teste, né la gravità dei reati per i quali si procede, né tanto meno un'aprioristica esigenza di tutela del minore, anche quando egli non sia persona offesa dal reato.

La questione è stata ritenuta infondata dai giudici costituzionali, poiché richiamando la *ratio* che aveva spinto il legislatore ad adottare tale disciplina, che è quella di proteggere la personalità del minore consentendogli di uscire quanto prima dagli ingranaggi processuali, con l'auspicio che al più presto possa lasciarsi alle spalle l'esperienza traumatica vissuta, hanno ritenuto che la presunzione di vulnerabilità del minore vittima e del minore mero testimone sia giustificata e ragionevole. Inoltre, anche il minore mero testimone potrebbe subire i disagi e il timore legati alla rievocazione dei fatti ai quali ha assistito in un'aula di tribunale durante una pubblica udienza, nella quale sarebbe sottoposto all'esame e al controesame da parte del pubblico ministero e dalla difesa, subendo la soggezione di dover testimoniare alla presenza dell'imputato.³⁵² Tali ragioni sarebbero di per sé sufficienti a sostenere la legittimità dell'equiparazione operata dalla norma, ma la Consulta ha osservato anche che l'assunzione anticipata della prova testimoniale è compensata dall'adozione di particolari modalità per la stessa che hanno il fine, non solo di tutelare il dichiarante, ma anche il diritto alla difesa dell'indagato attraverso la garanzia di un contraddittorio pieno (il riferimento è alla documentazione integrale delle dichiarazioni del minore di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p.).³⁵³ Tra l'altro, l'acquisizione della prova entro un lasso di tempo ristretto dalla consumazione del reato costituisce una maggior garanzia circa la genuinità della deposizione, circostanza da cui la persona sottoposta ad indagini ricava una garanzia e si aggira il pericolo che si verifichi un inquinamento del ricordo. Per la Corte, inoltre, l'assunzione anticipata del contributo testimoniale prevista dalla norma censurata non

³⁵¹ F. TRIBISONNA, Infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'incidente probatorio per l'audizione del minore che non sia vittima del reato, nota a Corte Cost., 14 gennaio 2021 (dep. 5 febbraio 2021), n. 14, in *Il Penalista* (9 marzo 2021).

³⁵² G. MARINO, Reati contro la sfera sessuale e minori: l'incidente probatorio non è incostituzionale, nota a Corte Cost., 14 gennaio 2021 (dep. 5 febbraio 2021), n. 14, in *Diritto & Giustizia*, 2021 (8 febbraio).

³⁵³ F. TRIBISONNA, Infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'incidente probatorio per l'audizione del minore che non sia vittima del reato, nota a Corte Cost., 14 gennaio 2021 (dep. 5 febbraio 2021), n. 14, cit.

eccede la sfera di discrezionalità di cui gode il legislatore nella delineazione degli istituti processuali anche in materia penale.³⁵⁴

3.5.1 L'ORDINANZA GIUDIZIALE DI RIGETTO DELLA RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO "SPECIALE".

L'ordinanza con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta di procedere all'assunzione della testimonianza del soggetto vulnerabile in sede di incidente probatorio speciale (e in verità anche quella di incidente probatorio ordinario) è stata ritenuta inoppugnabile da parte dell'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, di cui può essere caso emblematico la pronuncia del 2013 n. 21930.³⁵⁵

Tuttavia, non sono mancati degli sforzi, da parte della stessa giurisprudenza, affinché si potesse porre rimedio all'assenza di mezzi di impugnazione attraverso l'impiego della categoria dell'abnormità.³⁵⁶ Il tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione in una recente sentenza, la n. 34091 del 2019³⁵⁷. Il caso che ha dato origine alla pronuncia in esame aveva ad oggetto un fatto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) perpetrato ai danni di una giovane donna (che all'epoca dei fatti era minorenne, ma che al momento dell'istanza sarebbe a breve diventata maggiorenne) e per l'audizione della quale il pubblico ministero del Tribunale di Tivoli che indagava sul fatto avanzava istanza di incidente probatorio speciale. Il giudice per le indagini preliminari, tramite ordinanza, rigetta la suddetta richiesta con la motivazione che, nel caso di specie, non si ravvisa alcuna ragione d'urgenza per la quale l'assunzione della relativa testimonianza non potesse avvenire in fase dibattimentale. Il Procuratore della Repubblica, a quel punto, propose ricorso in Cassazione contro l'ordinanza di rigetto del giudice per le indagini preliminari, eccependo, in via principale, l'abnormità (e chiedendone l'annullamento). Inoltre, in via subordinata, chiedeva che si sollevasse questione di illegittimità costituzionale degli artt. 392 comma 1-bis e 398 c.p.p. nella parte in cui non

³⁵⁴ G. MARINO, Reati contro la sfera sessuale e minori: l'incidente probatorio non è incostituzionale, nota a Corte Cost., 14 gennaio 2021 (dep. 5 febbraio 2021), n. 14, cit.

³⁵⁵ Cass. Pen., Sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, in CED, n. 2554483.

³⁵⁶ N. PASCUCCHI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2581.

³⁵⁷ Cass. Pen., Sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091.

prevedono la ricorribilità per Cassazione (almeno per violazione di legge) dell'ordinanza del giudice che rigetti la richiesta di incidente probatorio per contrarietà all'art. 117, comma 1, Cost., il quale determina un obbligo nazionale all'adeguamento ai vincoli assunti in sede internazionale, e, nel caso di specie, alle Convenzioni a tutela delle vittime che hanno l'obiettivo di evitare la relativa vittimizzazione secondaria.³⁵⁸ Il ricorrente evidenziava come, in forza di tali obblighi internazionali³⁵⁹, e in relazione al caso di violenza sessuale ex art. 609-bis in questione, l'art. 392 comma 1-bis dispone che si proceda ad assumere la testimonianza della persona offesa minorenni (avendo come riferimento temporale quello della commissione del delitto) o maggiorenne in sede di incidente probatorio, a prescindere dalla riscontrabilità delle ipotesi di cui al comma 1 della stessa disposizione, poiché la vulnerabilità in tali casi si presume. Per tale ragione, il pubblico ministero reputava che il giudice per le indagini preliminari fosse obbligato ad accogliere la propria istanza di incidente probatorio. Inoltre, si lamentava la motivazione del provvedimento (la non rilevazione dei presupposti d'urgenza di cui al comma 1 dell'art. 392 c.p.p.) fosse solo apparente e che l'ordinanza era da considerarsi viziata da abnormità, in quanto ne sarebbe derivata una stasi del procedimento dovuta al fatto che, procedendosi senza l'incidente probatorio, si sarebbe verificato senz'altro il fenomeno della vittimizzazione secondaria di cui il pubblico ministero e lo stato sarebbero stati chiamati a risponderne per aver ignorato gli obblighi internazionali che avrebbero dovuto osservare al fine di evitarla.³⁶⁰

La Suprema Corte, per quanto attiene alla prima richiesta provvede ad annullare senza rinvio l'ordinanza impugnata. In tal modo, i giudici di legittimità, non sciolgono solo la questione relativa alla richiesta principale del ricorrente, ma anche la questione preliminare della ricorribilità per Cassazione dell'ordinanza di rigetto. Le questioni che questa sentenza risolve sono due: la prima è, come abbiamo appena visto, se la decisione del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di incidente probatorio speciale sia assoggettabile al vaglio di legittimità da parte della Corte di Cassazione; la seconda questione, è quella di

³⁵⁸ A. SORGATO, Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio, (giurisprudenza commentata del 28 ottobre 2019) in *Il Penalista*

³⁵⁹ Il riferimento è agli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con la L. 176/1991), agli artt. 13, 14 e 31 della Convenzione di Lanzarote (L. 172/2012), agli artt. 12, 18, 20 e 22 della Direttiva 2012/29/UE e agli artt. 18, 26, 49 e 52 della Convenzione di Istanbul (L. 77/2013).

³⁶⁰ A. CIAVOLA, La testimonianza del minorenne vittima di violenza sessuale in sede di incidente probatorio, in *Cassazione penale*, 2020, 9, p. 3275.

capire se sia riconoscibile in capo al giudice un potere discrezionale in relazione alla richiesta di procedere all'assunzione incidentale della testimonianza.³⁶¹ Quanto alla prima questione, i giudici di legittimità non ha reputato opportuno seguire l'oramai consolidato orientamento che poggia sul principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568, comma 1, c.p.p. e per il quale sarebbe stato inammissibile il ricorso *de qua*. Tale orientamento, seppur condiviso dal collegio,³⁶² si è valutato non confacente al caso di specie, per cui ha ritenuto di doversene discostare. I motivi di tale scostamento sono da rintracciare nella *ratio* sottesa a tutti gli interventi a favore della vittima, i quali hanno il precipuo scopo di eludere il pericolo di vittimizzazione secondaria. In aggiunta, il provvedimento di diniego del giudice per le indagini preliminari di Tivoli è stato tacciato d'essere strutturalmente abnorme. Infatti, quest'ultimo riferendosi nella motivazione ad una norma errata, ovvero all'art. 392 comma 1 (rispetto al quale non rinveniva motivi d'urgenza che giustificassero l'assunzione anticipata della testimonianza) anziché all'art. 392 comma 1-bis, che stava alla base della richiesta del pubblico ministero (i cui presupposti d'applicazione, quali la vulnerabilità, non vengono neanche menzionati dal giudice delle indagini preliminari), è abnorme in senso strutturale in quanto egli ha disapplicato una regola generale di assunzione della prova che discende da obblighi internazionali che il nostro stato deve osservare, e ciò senza alcuna argomentazione.³⁶³ Ciò rappresenta uno sviamento del potere giurisdizionale e quindi, sulla base di consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, è stato ritenuto strutturalmente abnorme.

Quanto alla seconda questione che la sentenza ha risolto: il giudice per le indagini preliminari, quando si trovi a decidere su una richiesta di incidente probatorio di cui al comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p. in relazione a determinati delitti, come quello di violenza sessuale del caso in esame, deve compiere un apprezzamento circa l'esistenza dei presupposti di cui al comma 1 dell'art. 392? Cioè, deve verificare che in relazione al soggetto per cui si chiede l'assunzione anticipata della testimonianza esistano fondati motivi per

³⁶¹ A. SORGATO, Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio, (giurisprudenza commentata del 28 ottobre 2019) cit.

³⁶² Basti pensare che in un caso analogo i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto l'inoppugnabilità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale anche laddove si sia in presenza di una delle ipotesi indicate dall'art. 392 comma 1-bis. (Sez. III, ord. n. 21930 del 13/03/2013, Bertolini, Rv. 255483).

³⁶³ A. CIAVOLA, La testimonianza del minorenne vittima di violenza sessuale in sede di incidente probatorio, cit., p. 3275.

ritenere che essa non potrà deporre in dibattimento a causa di infermità o altro grave impedimento, oppure che possa potenzialmente subire violenza, minaccia o che le venga offerto denaro o altra utilità al fine di non farla deporre o di farle deporre il falso? Nel caso in cui tali elementi di cui all'art. 392 comma 1 c.p.p. non trovassero riscontro, il giudice mantiene il potere discrezionale di rigettare l'istanza, oppure la sua decisione è vincolata dal comma 1-bis dello stesso articolo che consente al pubblico ministero (attraverso quest'ultimo anche alla persona offesa) e alla persona sottoposta alle indagini di promuovere richiesta anche quando non siano ravvisabili i presupposti di cui al comma 1?

Sulla decisione del giudice l'art. 392 c.p.p. tace, esso infatti indica le ipotesi in presenza delle quali le parti possono presentare richiesta di incidente probatorio protetto; l'art. 398 c.p.p., sebbene sia rubricato "provvedimenti sulla richiesta di incidente probatorio" dice soltanto che il giudice per le indagini preliminari (ma lo stesso vale per il giudice dell'udienza preliminare) può pronunciare tre tipi di ordinanza con il quale si dà seguito alla richiesta, ovvero: quella di accoglimento, di rigetto e inammissibilità. La norma, tuttavia, non sembra effettuare nessuna differenziazione tra tipologia di richiesta, titolo di reato per cui si procede o età della persona offesa. Partendo dall'assunto che il comma 1 dell'art. 392 c.p.p. e il successivo comma 1-bis, attinenti alla richiesta di incidente probatorio, si differenziano nel fatto che, qualora si proceda per reati di maltrattamenti, riduzione in schiavitù, pedopornografia, detenzione di materiale pornografico (anche virtuale), tratta, violenza sessuale e atti persecutori, la richiesta di incidente probatorio speciale non deve tenere in considerazione le ipotesi di urgenza indicate al comma 1 alle lettere a) e b) dell'art. 392 c.p.p.; al contrario, in relazione a qualunque reato, quando la vittima versi in condizione di particolare vulnerabilità, la richiesta di incidente probatorio può essere avanzata "in ogni caso", il giudice può rigettare la richiesta anche nei casi di cui al comma 1-bis appena richiamato?

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, ha rilevato nell'ordinanza di rigetto del giudice per le indagini preliminari di Tivoli il vizio dell'abnormità, accogliendo così i motivi del ricorso proposto dal pubblico ministero. Il richiamo alle "ragioni d'urgenza", in assenza delle quali il giudice per le indagini preliminari non riteneva opportuno procedere all'acquisizione della testimonianza della giovane donna in incidente probatorio, è stato giudicato fallace: le ragioni d'urgenza e non rinviabilità, infatti, si riferirebbero soltanto al comma 1 dell'art. 392 c.p.p., e non anche al comma 1-bis, all'interno del quale rientra il caso specifico. Per tale ragione, si è reputato che non esista un potere discrezionale in capo al

giudice nel decidere se accogliere o rigettare la richiesta di incidente probatorio in relazione alle ipotesi di cui al comma 1-*bis*, ma, al contrario, egli sarebbe tenuto ad accoglierla.³⁶⁴ Non deve trarre in inganno il tenore letterale della disposizione in analisi, poiché è vero che essa non indica espressamente un obbligo del giudice di disporre l'incidente probatorio. La norma, infatti, si esprime in termini di facoltà dei soggetti processuali dalla stessa indicati di avanzare tale richiesta, alla quale corrisponde un potere del giudice *ex art.* 398, comma 1, c.p.p. di potersi decidere per l'accoglimento, il rigetto o l'inammissibilità della stessa. La formula letteraria utilizzata dal legislatore all'*art.* 392 si può comprendere se si tiene a mente che essa introduce una particolare forma di richiesta di ammissione delle prove e se si considera che in disposizioni similari che indicano i diritti potestativi delle parti e, a volte, i correlativi poteri valutativi del giudice (il riferimento è agli *artt.* 190, 190-*bis*, 438 comma 5-*bis*, 493 e 603 c.p.p.), ci si accorge che il lessico utilizzato è sostanzialmente analogo. In norme dove, come l'*art.* 392 comma 1-*bis* e l'*art.* 398 comma 1 c.p.p., nulla viene proferito circa le valutazioni effettuabili dal giudice, allora trovano spazio il principio generale dell'ordinamento processuale per cui, a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte, il giudice è obbligato ad ammettere le prove, potendo egli escluderle solo nel caso in cui siano vietate dalla legge o siano manifestamente superflue o irrilevanti (*art.* 190, comma 1, c.p.p.).³⁶⁵

L'unica valutazione che il giudice è legittimato a compiere è quella che verifica l'esistenza dei requisiti richiesti dal comma 1-*bis*, in particolare è necessario che: la richiesta di incidente probatorio deve provenire da una delle parti processuali legittimate a presentarla, ovvero il pubblico ministero (anche su sollecito della persona offesa) e la persona sottoposta alle indagini; che il procedimento abbia ad oggetto uno dei reati inclusi nell'elenco di comma 1-*bis* dell'*art.* 392 c.p.p., oppure che la persona offesa da reati diversi da questi si trovi in una condizione di particolare vulnerabilità; infine, è da valutare se la testimonianza di cui si richiede l'assunzione anticipata in sede incidentale riguardi un minorenni (persona offesa o testimone) o una persona offesa maggiorenne. L'impostazione assunta dagli Ermellini in questa pronuncia è imposta dall'esigenza, perseguita anche dai provvedimenti internazionali ed europei, di impedire che si verifichi la c.d. vittimizzazione secondaria, cioè quel

³⁶⁴ A. SORGATO, Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio, (giurisprudenza commentata del 28 ottobre 2019), cit.

³⁶⁵ A. CIAVOLA, La testimonianza del minorenni vittima di violenza sessuale in sede di incidente probatorio, cit., p. 3275.

fenomeno per il quale la vittima si trova a «rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto» (Corte. Cost., 21 febbraio 2018, n. 92).

Nella motivazione della sentenza dei giudici di legittimità si legge che, oramai, si è avviato un processo finalizzato alla tutela e alla protezione delle vittime del reato di violenza sessuale, in particolare se subito da soggetti minori d'età, e di tutti i reati elencati dalla norma, ma in generale l'obiettivo è quello di garantire maggiormente le vittime vulnerabili.³⁶⁶ Nello stesso senso della sentenza appena citata si era espressa anche la Corte costituzionale³⁶⁷ nella già citata pronuncia n. 92 del 2018,³⁶⁸ nella quale si legge che l'incidente probatorio speciale è «svincolato dall'ordinario presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento».³⁶⁹ In senso diametralmente opposto rispetto a queste ultime si era pronunciata la Cassazione nella sentenza n. 49963 del 2018,³⁷⁰ per la quale l'esperimento dell'incidente probatorio speciale è consentito per l'audizione dei minorenni vulnerabili quando sussistano i presupposti previsti dal combinato disposto dell'art. 392, comma 1, lett. a) e b) c.p.p. e del comma 1-bis dello stesso articolo. Si riteneva, dunque, che i requisiti per l'incidente probatorio ordinario dovessero sussistere comunque.³⁷¹

La Corte di cassazione, nella sentenza n. 47572 del 2019³⁷², ha altresì ritenuto abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che rigetti la richiesta di incidente probatorio speciale per l'audizione della persona offesa poiché ritiene che debba essere preceduta dall'assunzione di sommarie informazioni a norma dell'art. 362, comma 1-ter, c.p.p.³⁷³. La Corte ha ritenuto l'abnormità di tale ordinanza di rigetto perché, come si legge

³⁶⁶ Non a caso la L. 69/2019 ha approvato il c.d. Codice rosso, il quale ha l'obiettivo di garantire una maggiore tutela alle vittime di violenza domestica e di genere.

³⁶⁷ Redazione scientifica, Incidente probatorio con modalità protette. La Cassazione rilegge la disciplina per evitare il rischio di "vittimizzazione secondaria" (News del 09 settembre 2019) in *Il Penalista*.

³⁶⁸ Sentenza Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 92. (Pubblicata in G.U. 02 maggio 2018 n. 18) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

³⁶⁹ N. PASCUCI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2581.

³⁷⁰ Cass. pen., Sez. I, 17 ottobre 2018, n. 49963.

³⁷¹ Sull'utilizzabilità dell'incidente probatorio per l'assunzione di minorenni in stato di vulnerabilità (Cassazione penale sez. I, 17/10/2018, n.49963), in *Cassazione Penale* 2020, 1, p. 284.

³⁷² Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, in CED, n. 277756, in *Cassazione penale*, 2020, 12, p. 4633; in *Guida al diritto*, 2020, 4, p. 97.

³⁷³ Art. 362, comma 1-ter: « Quando si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del

in motivazione, pretendere che si siano acquisite le sommarie informazioni per poter ammettere l'incidente probatorio significherebbe vanificare la *ratio* sottesa alla norma sopra richiamata, ovvero quella di evitare la vittimizzazione secondaria della persona offesa vulnerabile, che emerge dal dato per cui la stessa dispone che è consentito al pubblico ministero derogare all'obbligo di sentire la vittima entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato quando sussistano "imprescindibili esigenze di tutela dei minori o di riservatezza delle indagini".³⁷⁴

È da segnalare, tuttavia, una recente pronuncia della V sezione penale della Cassazione, la n. 2552 del 2020³⁷⁵, esprime un indirizzo antitetico rispetto a quello manifestato con le sentenze n. 47572/2019 e la n. 34091/2019. La sentenza in esame,³⁷⁶ ha enunciato il principio per cui non è abnorme il provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari rigetta la richiesta di incidente probatorio ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p. per l'assunzione della testimonianza della persona offesa minorenni a causa della rilevata superfluità o irrilevanza della prova, poiché trattasi di un provvedimento che non comporta la stasi del procedimento, né si pone fuori dal sistema processuale. In prima battuta, i giudici di legittimità hanno osservato come, nella disciplina processuale, non sia rintracciabile alcun obbligo per il giudice di ammettere l'incidente probatorio al fine di assumere la testimonianza di un soggetto vulnerabile, a norma del comma 1-bis dell'art. 392 c.p.p., senza valutare la fondatezza della richiesta sulla base degli ordinari criteri di ammissibilità della prova indicati dall'art. 190, comma 1-bis, c.p.p. (sono escluse le prove vietate dalla legge e quelle che siano manifestamente superflue o irrilevanti). Secondo i giudici di legittimità né l'art. 392, né l'art. 398 c.p.p. porrebbero dei limiti all'apprezzamento del giudice per le richieste di incidente probatorio speciale o atipico. La normativa nazionale e quella sovranazionale - in particolare

codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa».

³⁷⁴ N. PASCUCCI, La testimonianza del minorenni nel processo penale, cit., p. 2581.

Cfr. F. MARCHETTI, Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'incidente probatorio, nota a Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2019, n.47572, in Cassazione penale, 2020, 12, p. 4642 e ss.

³⁷⁵ Cass. Pen., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, in CED, n. 280337-01.

³⁷⁶ In continuità con le sentenze: Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, in CED n. 279604-01 e Sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, in CED. n. 255483-01.

il riferimento è all'art. 35 della Convenzione di Lanzarote - dispongono particolari forme di assunzione della prova, quando sia necessario sentire soggetti in condizione di vulnerabilità, al fine di evitare loro la vittimizzazione secondaria e preservarne la salute psicofisica, ma non prevede in alcun modo un obbligo di procedere al loro esame, escludendo qualsiasi considerazione in ordine alla rilevanza della prova stessa.

D'altra parte, è stato osservato che anche volendo ammettere che il giudice sia vincolato a concedere l'incidente probatorio, il provvedimento di rigetto non potrebbe comunque ritenersi viziato per abnormità. Questo vizio, secondo la ricca e consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite, si ha allorquando il provvedimento «per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulta avulso dall'intero ordinamento processuale», oppure quando, «pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si esplica al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite». Nella pronuncia in commento, tuttavia, si considera come il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio ex art. 392 c.p.p. comma 1-bis sarebbe espressione tipica della previsione processuale individuata nell'art. 398 c.p.p.; il suo contenuto non si esplica al di fuori dei limiti previsti dalla legge processuale e, infine, non causa nessuna stasi del procedimento. Per tali ragioni, perciò, il provvedimento di rigetto del giudice non è impugnabile e, in più, non può ritenersi abnorme neanche quando sia sostenuto da valutazioni attinenti all'irrilevanza e alla superfluità della prova che si richiedeva di assumere in incidente probatorio speciale. La non impugnabilità del provvedimento di rigetto, osservano i giudici di legittimità, è sostenuta dall'irreperibilità di indicazioni normative che facciano deporre in senso contrario (anche sul piano sovranazionale); tale conclusione risulta conveniente nell'ottica di impedire differenze di trattamento sul piano dei rimedi esperibili per tipologie di reati, di agevolare la velocità delle indagini preliminari e in quella di conservare la natura eccezionale dell'istituto incidentale.³⁷⁷

³⁷⁷ A. CORBO, Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità, in Cassazione penale, 2021, 3, p.792 e ss.

3.5.2 LA *DISCOVERY* INTEGRALE DEGLI ATTI DI INDAGINE.

La Legge n. 66/1996, oltre ad aver introdotto nel nostro ordinamento l'incidente probatorio atipico, rinfrancando l'istituto dell'incidente probatorio che, a causa del dettato codicistico che lo regolava, appariva ingessato e poco funzionale, ha introdotto anche il comma 2-*bis* all'art. 393 c.p.p.³⁷⁸ In linea generale, al fine di garantire un'effettiva parità delle armi e la pienezza del contraddittorio, quando si debba assumere la testimonianza di un soggetto a norma dell'art. 392, è prescritto che - almeno due giorni prima dell'udienza - debbano depositarsi i verbali contenenti le dichiarazioni in precedenza rese dalla stessa, in maniera tale che la persona sottoposta alle indagini possa prenderne visione ed estrarne copia (art. 398, comma 3, c.p.p.). Con il nuovo comma inserito dalla legge del 1996, il pubblico ministero, quando faccia richiesta di incidente probatorio speciale *ex art.* 392 comma 1-*bis* c.p.p. per l'assunzione della testimonianza di un minore o del maggiorenne persona offesa dal reato, ha l'obbligo di depositare (congiuntamente alla richiesta) tutti gli atti di indagine svolti fino a quel momento al fine di metterli a disposizione della controparte processuale, ovvero dell'indagato e dei difensori delle parti che, sempre ai sensi dell'art. 398 comma 3 *bis*, hanno diritto ad estrarne copia.³⁷⁹ La *ratio* del deposito integrale degli atti d'indagine è quella di apportare un correttivo alla deroga che l'incidente probatorio rappresenta rispetto al principio della formazione della prova in dibattimento nel contraddittorio tra le parti; attraverso la *discovery*, quindi, si cerca di ribilanciare il bagaglio conoscitivo delle parti al fine di ripristinare un equo scontro dialettico tra esse in relazione all'audizione anticipata del testimone minorenni. È solo quando tutte le parti processuali partecipano dialetticamente alla formazione della prova che questa raggiunge le proprie finalità maieutiche.³⁸⁰ Il fine normativo, quindi, è quello di far riacquistare terreno ad un contraddittorio pieno; anche perché, data la vigenza dell'art. 190-*bis* c.p.p., solo nelle rare ipotesi indicate da tale norma la difesa sarà ammessa alla possibilità di controesame in sede dibattimentale lo stesso teste sentito in incidente probatorio. Analizzando la questione da una prospettiva meramente pragmatica, dunque, ecco svelato l'interesse della difesa e dell'indagato a prendere

³⁷⁸ 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, cit., p. 307.

³⁷⁹ P. RENON, L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro, cit., p. 1039.

³⁸⁰ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio, cit., p. 174.

cognizione di ogni elemento utile affinché l'assunzione della testimonianza possa raggiungere proficuamente il fine probatorio che le è proprio.³⁸¹

Dobbiamo però porre l'attenzione su un dato: l'onere di *discovery* integrale disciplinato al comma 2-*bis* dell'art. 393 assume per il soggetto sottoposto ad indagine un concreto valore solo quando si ricorra ad incidente probatorio speciale nella fase delle indagini preliminari. Se, al contrario, la fase incidentale si instaurasse nell'udienza preliminare, il deposito degli atti investigativi sarebbe già avvenuto con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415-bis c.p.p.*³⁸² Con quest'ultimo avviso, infatti, a norma del comma 2 della disposizione appena richiamata, si dà notizia all'indagato e al suo difensore anche del fatto che la documentazione relativa alle indagini effettuate fino a quel momento è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che essi possono prenderne visione ed estrarne copia.

Tuttavia, nonostante i nobili intenti del legislatore, la norma che stiamo analizzando pone dei problemi interpretativi tutt'altro che insignificanti. Innanzitutto, viene spontaneo domandarsi se l'onere di depositare integralmente gli atti d'indagine gravi sul pubblico ministero anche qualora la richiesta di incidente probatorio speciale provenga dall'indagato. In quest'ultima ipotesi, dalla lettera della norma, la dottrina maggioritaria sembrerebbe dedurre che trovi applicazione la disciplina ordinaria, la quale impone solo il deposito dei verbali e degli atti che abbiano ad oggetto le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone minorenne.³⁸³ Se si accogliesse la soluzione opposta, quella che cioè imporrebbe all'organo della pubblica accusa il deposito integrale, si otterrebbero due effetti che frustrerebbero completamente la funzione dell'istituto incidentale speciale: il pubblico ministero, infatti, pur di non svelare il materiale investigativo raccolto sino a quel momento, con il timore di vedere immobilizzati anche eventuali futuri atti d'indagine, potrebbe evitare l'incidente probatorio anche qualora le esigenze di protezione del minore lo richiedano; d'altro canto, l'istituto potrebbe anche essere strumentalizzato da parte dell'indagato e del suo difensore, che potrebbe richiederlo al solo fine di imbrigliare e arginare le strategie accusatorie del pubblico ministero. Ed è proprio il pregiudizio che si arreca alla riservatezza

³⁸¹ 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, cit., p. 311.

³⁸² Ibidem.

³⁸³ S. ARASI, L'incidente probatorio atipico, in Diritto penale e processo, 2012, 5, p. 262.

delle indagini che spinge a limitare il ricorso all'incidente probatorio speciale entro i canoni della necessità.³⁸⁴

Di diverso avviso, tuttavia, sembra essere altra parte della dottrina, che rimane minoritaria: si osserva come una interpretazione letterale del dato normativo condurrebbe ad una «penalizzazione della difesa nell'istaurazione del contraddittorio»³⁸⁵.

Altri ancora hanno optato per una soluzione che potremmo definire “intermedia”, nel senso che l'integrale deposito debba aversi sia che la richiesta di incidente probatorio atipico provenga dall'autorità inquirente, sia che provenga da parte dell'indagato. Tale soluzione, tuttavia, sarebbe «meramente strumentale alla valutazione giudiziale in merito all'accoglimento o al rigetto della richiesta di incidente incondizionato». Tale lettura si sosteneva essere sorretta dal principio di uguaglianza e dall'applicazione analogica dell'art. 398, comma 3, c.p.p., per cui il soggetto indagato ha diritto di conoscere il materiale depositato dal pubblico ministero solo in un momento successivo all'ordinanza di ammissione dell'incidente probatorio da parte del giudice.³⁸⁶ Il problema, a bene vedere, è intimamente connesso ad un'ulteriore incertezza interpretativa che attiene al momento in cui si ritiene che l'accusa debba effettuare il deposito integrale. Dalla lettura della norma sembrerebbe, infatti, che quest'operazione debba essere compiuta simultaneamente alla presentazione dell'istanza, con una conseguente *discovery* non solo *pro judice*, ma anche a beneficio della persona sottoposta ad indagine. Tale soluzione, però, sarebbe opportuna solo se il giudice potesse provvedere solo all'ammettere l'incidente probatorio speciale, ma sappiamo che così non è, poiché egli dovrà sempre verificare che esistano i presupposti soggettivi e oggettivi che giustifichino l'accoglimento. Il giudice, invero, potrebbe rigettare la richiesta di incidente probatorio per irrilevanza della prova ai fini della decisione dibattimentale (art. 393, comma 1, lett. a) c.p.p.), dichiararne l'ammissibilità quando manchino i requisiti di legalità, e quindi si proceda per reati differenti da quelli elencati all'art. 392 comma 1-bis e quando manchi la vulnerabilità. È dubbio se il giudice possa pronunciare l'infondatezza dell'istanza per difetto della condizione di non rinviabilità della prova alla fase dibattimentale di cui all'art. 393, comma 1, lett. c), seppur fondata su ragioni non tipizzate. La conseguenza è che, per evitare che in caso di rigetto della richiesta di

³⁸⁴ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 175.

³⁸⁵ 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, cit., p. 307.

³⁸⁶ S. ARASI, L'incidente probatorio atipico, cit., p. 262.

incidente probatorio l'indagato possa aver conoscenza di tutti i risultati investigativi raccolti fino a quel momento dal pubblico ministero, si deve ritenere che l'accesso al materiale d'indagine depositato non sia accessibile alla difesa e all'indagato sia consentito solo laddove il giudice ammetta l'audizione anticipata del minore. Come segnalato sopra, l'operazione interpretativa estende analogicamente il dettato dell'art. 398, comma 3, c.p.p., e dal combinato disposto di quest'ultima con l'art. 393, comma 2-bis, c.p.p. è possibile ottenere il bilanciamento di due necessità che all'apparenza sembrerebbero antitetiche: da una parte quella di garantire il diritto di difesa del soggetto indagato, e dall'altra quella di preservare la segretezza delle indagini preliminari.³⁸⁷ L'organo inquirente, di fatto, qualora voglia richiedere che si proceda ad incidente probatorio speciale, si troverà nella difficile posizione di fare una scelta condizionata da diversi fattori. Il primo è dato dal fatto che la richiesta andrebbe posta in un momento in cui le indagini non siano giunte ad uno stato avanzato, per non correre il rischio che la *discovery* integrale possa irrimediabilmente pregiudicare l'efficace prosecuzione delle stesse. Il secondo fattore, specularmente al primo, è che la richiesta non dovrebbe essere presentata neanche prematuramente, in un momento cioè in cui i dati raccolti con le indagini sono insufficienti. Nel momento dell'escussione del minore in incidente probatorio è necessario avere una nozione sufficientemente chiara dei fatti, al fine di evitare che il sopravvenire di ulteriori e importanti elementi conduca ad una integrazione dell'incidente probatorio o alla necessità di disporre una nuova escussione del teste minorenne in sede dibattimentale a norma dell'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. Al fine di eludere i pericoli suddetti e di non svelare atti d'indagine particolarmente importanti, il pubblico ministero può scaltramente ricorrere un espediente pratico: infatti, potrebbe presentare richiesta di incidente probatorio atipico durante la fase embrionale della propria attività d'indagine, ma nella quale egli già abbia in mente una strategia e le mosse investigative da compiere. Con la richiesta, come sappiamo, il pubblico ministero ha l'onere di depositare gli atti d'indagine svolti fino a quel momento; ma partendo dalla notoria considerazione per cui tra la richiesta e l'udienza incidentale può trascorrere anche un lasso di tempo non trascurabile - che si accresce qualora si richieda contestualmente la nomina di un perito -, tale arco temporale conferisce all'organo dell'accusa la possibilità di completare gli atti di indagine che si era proposto di svolgere, i quali risulteranno utili per una più

³⁸⁷ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 176-177.

completa e utile audizione del minore ma che avranno il pregio ulteriore di rimanere secretati.

Le criticità della norma speciale di cui all'art. 393, comma 2-*bis*, c.p.p. come abbiamo visto, sono numerose. Tra queste va segnalata quella per cui: il giudice che decide sull'ammissione a incidente probatorio, che ai sensi dell'art. 498, comma 4, c.p.p. è lo stesso che ascolterà il minore in udienza incidentale, avrà piena conoscenza del fascicolo del pubblico ministero. Lampante è quindi la divergenza rispetto alla disciplina che regola la fase dibattimentale, ma soprattutto la difformità di trattamento tra minore testimone in incidente probatorio e minore testimone in sede dibattimentale. Infine, l'obbligo di *discovery* completa ha di fatto dato adito a dubbi circa la costituzionalità della relativa disciplina: si è rilevato, infatti, come da essa possa originare un trattamento ingiustificatamente differenziato tra l'ipotesi di assunzione della testimonianza comune di una persona maggiorenne o per reati differenti da quelli tassativamente indicati dall'art. 392, comma 1-*bis*, e la testimonianza di persona minore o di una vittima in condizione di particolare vulnerabilità.³⁸⁸

A conclusione di tale paragrafo si è voluta rimandare una questione di primaria importanza: qual è la sanzione prevista dall'ordinamento nel caso in cui il pubblico ministero non adempia all'obbligo di *discovery* imposto dall'art. 393 comma 2-*bis* o lo adempia solo in parte? Le conseguenze di tale omissione, totale o parziale, qualora si risolva nell'impossibilità da parte dell'indagato di avere cognizione degli atti investigativi raccolti, e quindi ad una sostanziale violazione del suo diritto di difesa e del contraddittorio, si sostanziano in una nullità di carattere generale (art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p.) a regime intermedio (art. 180 c.p.p.), soggetta al regime di deducibilità e sanatoria di cui agli artt. 182 e 183 c.p.p.³⁸⁹

³⁸⁸ 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, cit., p. 312-315.

³⁸⁹ vedi Cass. Pen., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 6624, in C.E.D. Cass. Pen., n. 258855 in 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, cit., p. 312-315; M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 176-177.

3.5.3 L'AUDIZIONE PROTETTA DEL MINORE: CONFINI OGGETTIVI E SOGGETTIVI DELL'ISTITUTO.

Il momento dell'assunzione della prova testimoniale nell'udienza incidentale è regolato da disposizioni normative che derogano all'ordinaria disciplina dell'acquisizione della prova testimoniale, al fine di sottrarre il minore alle asperità e alla durezza della *cross examination*. Il legislatore ha quindi predisposto una serie di strumenti speciali che consentano di presidiare la serenità psicologica del testimone minore d'età e la genuinità del contributo dichiarativo del minore, anche in ossequio delle indicazioni internazionali ed europee, che delineano l'istituto dell'audizione "protetta".³⁹⁰

La norma che, rispetto all'incidente probatorio, codifica l'istituto in parola è l'art. 398, comma 5-bis, c.p.p.,³⁹¹ la quale si riflette sui tempi, il luogo e le modalità di svolgimento della deposizione del minore (testimone o persona offesa) nel caso dei reati tassativamente indicati dalla norma, oppure quando egli sia una vittima di reati diversi ma si trovi comunque in una condizione di particolare vulnerabilità. Ipotesi, quest'ultima, regolata dall'art. 398, comma 5-quater, c.p.p.³⁹² A complicare il quadro normativo, grazie al richiamo operato dall'art. 401, comma 5, c.p.p., interviene l'intersezione normativa con l'art. 498 comma 4, 4-

³⁹⁰ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 178.

³⁹¹ Art. 398, comma 5-bis, c.p.p. (nel testo attuale): «*Nel caso di indagini che riguardano ipotesi di reato previste dagli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies, 609-undecies e 612-bis del codice penale, il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti*».

³⁹² Art. 398, comma 4-quater, c.p.p.: «*Fermo quanto previsto dal comma 5-ter, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 498, comma 4-quater*».

bis e *4-ter* c.p.p. in tema di istruttoria dibattimentale³⁹³. In tal modo, attraverso una norma di chiusura, si rendono applicabili all'incidente probatorio le modalità protettive previste per l'assunzione della testimonianza del minore in sede dibattimentale.³⁹⁴

Ad ogni modo, in questo confuso coacervo normativo è doveroso iniziare dall'analisi dell'art. 398, comma *5-bis*, c.p.p.

Da un punto di vista oggettivo, l'elenco dei reati previsti dalla suddetta norma per l'accesso alle modalità d'audizione protetta ha conosciuto nel tempo un progressivo ampliamento. Il problema di fondo, tuttavia, era che il catalogo dei delitti indicati dal comma *5-bis* dell'art. 398 era ed è solo parzialmente coincidente con quello previsto dall'art. 392, comma *1-bis*, c.p.p. La questione, tuttavia, è stata risolta dalla Corte costituzionale, la quale è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 398, comma *5-bis*, c.p.p. e in tali occasioni è giunta alla soluzione per cui il ricorso all'audizione protetta del testimone si deve considerare estesa a tutti quei procedimenti per i reati indicati dalla norma in materia di incidente probatorio speciale. In particolare, ci si riferisce alla sentenza n. 114 del 2001³⁹⁵ (già esaminata nel capitolo II e di cui, per chiarezza, riportiamo i termini essenziali), che ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 398, comma *5-bis*, per contrasto all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevedeva, fra i reati in presenza dei quali avrebbe trovato applicazione la relativa disciplina, il delitto di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli ex art. 572 c.p. La Corte aveva osservato che: se la persona interessata all'assunzione della prova in incidente probatorio era un minore degli anni sedici la sua personalità e la sua integrità psicologica sono appropriatamente tutelati dall'art. 472 c.p.p., che consente al giudice di procedere a porte chiuse, e dall'art. 498, comma 4, c.p.p., che preclude alle parti di condurre direttamente l'esame del minore e riserva tale compito al presidente, il quale porrà le domande e le contestazioni proposte dalle parti e potrà servirsi dell'ausilio di un familiare o di un esperto. Ma soprattutto, la Legge n. 269 del 1998 ha aggiunto il comma *4-bis* all'art. 498 c.p.p., a norma del quale, su richiesta di parte o se il presidente lo ritenga opportuno, si applicano le modalità di cui all'art. 398, comma *5-bis*, a prescindere dal reato per cui si procede. Quindi sono rese applicabili a qualsiasi

³⁹³ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 178.

³⁹⁴ S. QUATTROCOLO, Vittima e processo penale: commistione di ruoli e di funzioni, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 2, p. 568.

³⁹⁵ Sentenza Corte cost. 7-9 maggio 2001 n. 114. (Pubblicata in G.U. 16 maggio 2001, n.19) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>> cit.

fattispecie delittuosa le particolari modalità di assunzione della prova testimoniale previste dalla norma impugnata. D'altronde, precisavano i giudici, grazie all'art. 401, comma 5, del codice di rito, relativo alle modalità di svolgimento dell'udienza per l'incidente probatorio, le prove sono assunte con le forme previste per il dibattimento. Di conseguenza, sulla base di questo ragionamento, i giudici della Corte costituzionale hanno concluso che: « se il nuovo comma 4-bis dell'art. 498 si applica nel dibattimento, indipendentemente dal titolo di reato per il quale si procede, e se esso è applicabile, in forza dell'art. 401, comma 5, anche all'incidente probatorio, ne risulta che, in forza del doppio richiamo accennato, anche nel caso di incidente probatorio nell'ambito di un procedimento per reato diverso da quelli sessuali (e così per il reato sottoposto al giudice *a quo*), le modalità particolari di assunzione della testimonianza del minore infrasedicenne previste dall'art. 398, comma 5-bis possono trovare applicazione».³⁹⁶ Una precisazione è a questo punto dovuta: il riferimento al reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi di cui all'art. 572 c.p.³⁹⁷ è stato inserito nella norma in esame dall'art. 2, secondo comma, del Decreto legge n. 93 del 2013, convertito con la Legge n. 119 del 15 ottobre 2013.

Un'altra sentenza che ha avuto ad oggetto l'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. è stata la n. 262 del 1998³⁹⁸; in tale occasione, tuttavia, la norma è stata colpita dalla scure dell'incostituzionalità. La questione di illegittimità era stata sollevata nel corso di un procedimento penale per il reato di corruzione di minorenne, nell'ambito del quale il giudice per le indagini preliminari della Pretura circondariale di Vibo Valentia fu chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di incidente probatorio presentata dal pubblico ministero per l'escussione testimoniale della vittima del reato minore di sedici anni. Il giudice, rilevato che l'art. 609-*quinquies* non rientrava nel catalogo di delitti espressamente indicati dall'art. 398, comma 5-bis, c.p.p., aveva sollevato questione di legittimità costituzionale di tale norma nella parte in cui non consentiva di adoperare le modalità protette ivi indicate per l'audizione del minore di anni sedici in incidente probatorio anche per l'ipotesi delittuosa di corruzione di minorenne *ex*

³⁹⁶ Cfr. Giurisprudenza costituzionale, 2001, 3; Cassazione penale, 2001, 2325; Diritto penale e processo 2001, 713.

³⁹⁷ Si noti come l'articolo in questione sia stato sostituito dall'art. 4, l. 1° ottobre 2012, n. 172. La riforma ha interessato anche la rubrica del reato, passando da "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli" a "Maltrattamenti contro familiari e conviventi".

³⁹⁸ Sentenza Corte cost. 9 luglio 1998 n. 262. (Pubblicata in G.U. 15 luglio 1998, n.28) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

art. 609-*quinquies* c.p. Il remittente indicava la causa della supposta incostituzionalità della norma nel contrasto con gli artt. 3, 32 e 72 della Costituzione e osservava che, nella richiesta di incidente probatorio speciale, il pubblico ministero aveva ravvisato la necessità di provvedere all'audizione della giovane vittima presso un locale provvisto di specchio unidirezionale, in modo che il padre della giovane vittima, accusato del reato, potesse assistere alla stessa senza entrare in contatto con la figlia. Dal dato testuale della norma, tuttavia, tali modalità di protezione nell'escussione del testimone, parevano limitate ai delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies*, ma non in quella di cui all'art. 609-*quinquies*. I giudici costituzionali, ritenendo fondata la questione di legittimità con riferimento all'art. 3 Cost. hanno dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevedeva alcun riferimento al reato di corruzione di minorenni, ex art. 609-*quinquies* c.p., nel catalogo di delitti in presenza dei quali, qualora tra le persone interessate all'assunzione della prova vi fosse un minore degli anni sedici, il giudice potesse stabilire – quando lo ritenesse più opportuno- luogo, tempo e particolari modalità attraverso le quali avrebbe dovuto compiersi l'incidente probatorio.³⁹⁹ A conclusioni concretamente analoghe giunse anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel celebre caso Pupino, la quale ha giudicato incompatibile con il diritto comunitario la restrizione dell'incidente probatorio e delle corrispondenti misure protettive ai soli casi in cui l'ascolto del minore avvenisse per i reati di natura sessuale indicati dalla norma.⁴⁰⁰

Sotto il profilo soggettivo, invece, l'audizione protetta prevista dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. era originariamente prevista solo per i minori infrasedicenni.⁴⁰¹ L'art. 9 del Decreto legge n. 11 del 2009, convertito con la Legge n. 38 del 23 aprile 2009⁴⁰², oltre ad aver inserito il riferimento al reato di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis*, ha sostituito alle parole «vi

³⁹⁹ B. ROMANO, Dubbi vecchi e nuovi di legittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenni, nota a Cort. Cost., 9 luglio 1998, n. 262, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 4, p. 1358 e ss; cfr. A. PROCACCINO, La sentenza n. 262 del 1998 della Corte costituzionale: tra esigenze garantistiche e perfettibilità normative, nota a Cort. Cost., 9 luglio 1998, n. 262, in *Cassazione penale*, 2000, 4, p. 822 e ss.

⁴⁰⁰ Per una più diffusa esposizione della sentenza si rinvia nuovamente al par. 6 del capitolo II.

⁴⁰¹ 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*, cit., p. 315 e ss.

⁴⁰² Legge 23 aprile 2009, n.38, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori.” (Pubblicata in G.U. 24 aprile 2009, n.95).

siano minori di anni sedici», le parole «vi siano minorenni», allargando così l'ambito di operatività dell'istituto alla generalità dei minori.⁴⁰³ L'estensione, inoltre, ad opera dell'intervento n. 63 del 2005, ha riguardato l'audizione dei soggetti maggiorenni infermi di mente.⁴⁰⁴ Tuttavia, i successivi interventi normativi che hanno riguardato la norma dedicata all'audizione protetta hanno spogliato tale pronuncia di qualsiasi rilievo pratico.⁴⁰⁵ Infatti, il legislatore dapprima è intervenuto con l'art. 3 del Decreto legislativo n. 24 del 2014, il quale ha introdotto nel testo dell'art. 398 c.p.p. un nuovo comma 5-ter,⁴⁰⁶ il quale stabilisce che, su richiesta di parte può adottare le protezioni previste dal comma 5-bis, anche qualora l'assunzione della prova testimoniale riguardi una persona maggiorenne in condizioni di particolare vulnerabilità, da desumersi anche dal tipo di reato per cui si procede. Infine, la disposizione oggetto di disamina è stata modificata anche dall'art. 1 del Decreto legislativo n. 212 del 2015, che ha aggiunto un ulteriore comma, il 5-quater.⁴⁰⁷ Questo precisa che, fermo restando quanto disposto dal comma precedente e grazie al richiamo all'art. 498 comma 4-quater c.p.p., il ricorso all'audizione protetta si estende anche alla persona offesa particolarmente vulnerabile.⁴⁰⁸

⁴⁰³ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, cit.

⁴⁰⁴ Per una più ampia esposizione di questa sentenza si rinvia al prossimo capitolo, dedicato alla testimonianza dei soggetti adulti.

⁴⁰⁵ N. PASCUCCHI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2581.

⁴⁰⁶ Art. 398, comma 5-ter, c.p.p.: «*Il giudice, su richiesta di parte, applica le disposizioni di cui al comma 5-bis quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede*».

⁴⁰⁷ Art. 398, comma 5-quater, c.p.p.: «*Fermo quanto previsto dal comma 5-ter, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 498, comma 4-quater*».

⁴⁰⁸ 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, cit., p. 315 e ss.

3.5.4 LE FORME DELL'AUDIZIONE PROTETTA.

Passando ad analizzare le forme concrete attraverso le quali avviene l'audizione protetta del minore in incidente probatorio, l'art. 398 comma 5-bis c.p.p. dispone che sia il giudice a valutare discrezionalmente la necessità o l'opportunità di applicare le misure di protezione e a quali di queste ricorrere, derogando all'ordinaria disciplina in ordine al luogo, al tempo e alle modalità d'escussione testimoniale.

Egli, nel momento in cui emette l'ordinanza con cui accoglie la richiesta di incidente probatorio speciale e lo dispone, stabilisce anche il luogo, il tempo e le modalità del suo compimento. È da precisare che se la discrezionalità del giudice un tempo si riduceva al caso in cui "le esigenze del minore" rendessero necessaria od opportuna l'audizione protetta in sede incidentale, attualmente, grazie alla legge del 2009, il riferimento al minore è stato sostituito dalle parole dal più generale riferimento "alle persone" («quando le esigenze di tutela delle persone lo rendano necessario od opportuno»). Il giudizio circa la necessità e l'opportunità compiuto giudizialmente per l'applicazione delle cautele di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p., quindi, non è più ridotto solo alla personalità del soggetto minore, ma si estende anche ai soggetti che con questo abbiano dei legami e all'indagato, che potrebbe subire un pregiudizio dalle dichiarazioni del minore.⁴⁰⁹

Per quanto attiene al luogo, la disposizione prevede che l'udienza, e di conseguenza l'assunzione della prova testimoniale, possa svolgersi anche al di fuori dai locali del tribunale (magari in un'aula scolastica) oppure, se esistono sul territorio, presso strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione⁴¹⁰ del minore stesso.⁴¹¹

In particolare, tra le strutture "protette" ivi indicate assumono particolare rilievo le strutture specializzate di assistenza quando, al fine di preservare la serenità di spirito del minore, non sia conveniente procedere allo svolgimento dell'udienza presso l'abitazione del minore; si pensi al caso in cui degli abusi sopportati dal minore si siano consumati proprio tra le mura domestiche. Il giudice, in casi come quello appena esemplificato, ha la facoltà, su richiesta

⁴⁰⁹ 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, cit., p. 315 e ss..

⁴¹⁰ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 179.

⁴¹¹ In realtà, il Decreto legge n. 11/2009 ha eliminato il riferimento all'abitazione del minore, sostituendolo con la dizione «*l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova*», ampliando così l'ambito applicativo di tale norma speciale.

di parte o d'ufficio, di disporre che l'audizione avvenga presso una struttura specializzata nell'accoglimento e nella cura di minori abusati, come ad esempio i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e i servizi istituiti dagli enti locali. Ciò che risulta essere indispensabile è che il minore, qualunque sia il luogo deputato dal giudice al suo ascolto, non entri in contatto con l'indagato e che il locale sia dotato di strumentazione tecnica idonea a permettere a quest'ultimo di essere presente sebbene non visibile.⁴¹² In relazione a tale punto della disciplina non si può non richiamare la sentenza n. 92 del 2018⁴¹³, nella quale la Corte costituzionale si è nuovamente trovata ad occuparsi della legittimità della speciale disciplina prevista per l'audizione del testimone vulnerabile. Il caso che ha acceso la scintilla della questione di legittimità riguardava un procedimento per maltrattamenti familiari ex art. 572 c.p. nel quale la persona offesa era un minorenne: tali dati, oggettivo il primo e soggettivo il secondo, avrebbero giustificato l'assunzione della relativa testimonianza con le speciali modalità protettive di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. Sennonché, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Lecce ha ritenuto che la disciplina delineata dalla suddetta norma non fosse idonea a «garantire l'interesse superiore del bambino» e ad assicurare «la protezione e le cure necessarie al suo benessere», impegni che l'Italia avrebbe assunto attraverso la ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989. Per tali ragioni, il giudice remittente ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione al combinato disposto degli artt. 398 comma 5-bis e 133 c.p.p. per contrasto agli artt. 3 e 4 della Convenzione e, conseguentemente, all'art. 117 Cost. Infatti, nell'evenienza in cui il minore provi «un forte disagio» nel tornare nel *locus commissi delicti*, poiché questo gli rimanderebbe alla mente la persona dell'accusato e le penose circostanze del fatto subito o a cui ha assistito, e non si presenti all'udienza incidentale, la normativa processuale non consentirebbe al giudice di delegare l'incidente probatorio al giudice per le indagini preliminari nel cui circondario il teste risiede, ma gli impone, tutt'al più, di disporre l'accompagnamento coattivo, sebbene da questo possano derivare ulteriori conseguenze

⁴¹² 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, cit., p. 315 e ss.

⁴¹³ Sentenza Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 92. (Pubblicata in G.U. 02 maggio 2018 n. 18) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

negative per il minore.⁴¹⁴ L'eccezione sollevata dal giudice *a quo* non è stata accolta dal giudice delle leggi; infatti, la questione è stata dichiarata infondata poiché, si è osservato, il giudice gode di un'ampia rosa di strumenti, anche graduabili, che gli sono offerti dal sistema processuale per la protezione della personalità del testimone minorenni.⁴¹⁵ Tra questi strumenti rientra la possibilità - se del caso - per il giudice di scegliere un luogo diverso dalle aule del tribunale per assumere la deposizione del teste vulnerabile, e questa previsione sarebbe idonea a salvaguardare il minore⁴¹⁶ senza che vi sia alcuna violazione della Costituzione o di altro provvedimento sovranazionale.⁴¹⁷ Infine, a detta dei giudici della Consulta, non ha alcuna rilevanza per il "benessere del fanciullo" che l'acquisizione della prova testimoniale avvenga davanti al giudice che ha disposto l'incidente probatorio o davanti ad un giudice diverso.⁴¹⁸

Per quanto riguarda i tempi di assunzione della testimonianza il giudice potrà liberamente decidere quale sia il momento più adatto all'audizione, avendo riguardo ai bisogni del minore (come, ad esempio, quella di garantire la frequenza scolastica), ma anche allo stato psicologico del soggetto minorenne che, quando si trovi ad essere vittima del reato, segue un programma di recupero psicologico che non può non essere preso in considerazione dal giudice.⁴¹⁹ Il giudice può perciò derogare allo schema temporale delineato dall'art. 398, secondo comma, lett. c) c.p.p., per il quale tra l'ordinanza di accoglimento della richiesta di incidente probatorio e la relativa udienza non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni, anticipando quest'ultima anche quando non ricorra il presupposto d'urgenza per abbreviare il suddetto termine, oppure rinviarne l'espletamento per consentire allo psicologo e ai servizi minorili di operare.⁴²⁰ Dal dato testuale della norma, tuttavia, può muoversi un rilievo particolarmente indicativo: quando questa si riferisce alla «persona interessata

⁴¹⁴ C. GABRIELLI, Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di quale ambiguità argomentativa, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2, p. 815 e ss.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ L. ALGERI, L'esame del minore al vaglio della Consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Diritto penale e processo*, 2018, 1, 1565-1572.

⁴¹⁷ E. APRILE, Osservazioni a C. Cost, data udienza (21 febbraio 2018), data deposito 27 aprile 2018, n. 92, in *Cassazione Penale*, 2018, 7-8, p. 2450.

⁴¹⁸ N. PASCUCCHI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2582.

⁴¹⁹ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 117-118.

⁴²⁰ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 179.

all'assunzione della prova», quest'ultimo termine, utilizzato in maniera così generica, farebbe supporre che le speciali forme protettive di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. si possano disporre non solo quando il minore sia chiamato a rendere testimonianza, ma anche qualora questo debba prendere parte ad altri atti probatori, quali l'esame, il confronto, la perizia, l'esperimento giudiziale o la ricognizione. Avendo, perciò, l'art. 398, comma 5-bis, un perimetro più ampio di quello dell'art. 392, comma 1-bis, che fa riferimento solo alla testimonianza, si può concludere che queste due norme non sono propriamente coincidenti.⁴²¹ È stato osservato che la concreta conseguenza di questa misteriosa incongruenza sta nel paradosso per cui potrebbero « aversi incidenti probatori disposti ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p. a cui non sono applicate le forme speciali dell'“audizione protetta” e incidenti probatori svolti con le modalità prescritte ma in cui non si procede all'assunzione della testimonianza di un [infrasedicenne]». ⁴²² In ogni caso, dall'applicazione delle particolari forme di tutela di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. vanno comunque escluse le prove a cui prende parte il minore per reati “comuni”; in queste ipotesi lo svolgimento dell'incidente probatorio segue le regole ordinarie. Anche in questo caso, tuttavia, grazie al rinvio che l'art. 401 comma 5 fa all'art. 498 comma 4 c.p.p. sulle forme stabilite per il dibattimento, l'udienza e l'assunzione della testimonianza del minore seguiranno forme particolari.⁴²³

Passando ad analizzare le modalità di audizione del minore, anch'esse - così come il luogo e i tempo - sono determinate discrezionalmente dal giudice in base alle necessità e all'opportunità di tutelare la persona interessata all'assunzione della prova. Sulla base di una valutazione del caso concreto il giudice, nell'ordinanza che dispone l'incidente probatorio, opererà una scelta sul *modus operandi* più idoneo per il relativo svolgimento. I soli “limiti” alla discrezionalità giurisdizionale sono il rispetto del principio del contraddittorio e l'esigenza di tutelare il soggetto vulnerabile. La giurisprudenza stessa ha riconosciuto la prerogativa del giudice nel determinare liberamente le modalità di assunzione della testimonianza del minore avuto riguardo al caso concreto. La Corte di Cassazione, per stare ad un esempio, nella sentenza n. 43723 del 2013⁴²⁴ ha sostenuto che nell'incidente probatorio

⁴²¹ 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, cit., p. 315 e ss.

⁴²² L. SCOMPARIN, La tutela del testimone nel processo penale, Padova, 2000, 303.

⁴²³ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 179.

⁴²⁴ Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2013, n. 43723, in C.E.D. Cass. n. 258324.

nel quale si debba procedere all'audizione del minore infrasedicenne in relazione ai reati di violenza sessuale e prostituzione, il giudice possa legittimamente disporre che questa avvenga in forma scritta, ovvero tramite domande orali a cui corrisponderebbero le risposte scritte del minore, quando ciò risulti necessario a tutelare la sua sfera psicologica e la genuinità della deposizione. I giudici di legittimità, d'altro canto, hanno osservato come tale modalità d'assunzione non si porrebbe in contrasto con il principio del contraddittorio, poiché non è precluso alle parti di porre delle domande o di sollevare contestazioni, né tanto meno osterebbe alla piena realizzazione del principio dell'oralità, in quanto la prova verrebbe comunque a costituirsi nel corso del processo nel pieno rispetto del contraddittorio tra le parti.⁴²⁵

Ciò nonostante, nessuna delle disposizioni che attengono all'incidente probatorio dispone alcunché sulle concrete modalità applicabili, perciò, sulla base del rinvio operato dall'art. 401 comma 5 c.p.p., deve ritenersi che esse vadano individuate nelle disposizioni relative all'assunzione della prova in fase dibattimentale, ed è esattamente al paragrafo sul dibattimento che si rinvia per l'analisi delle modalità di assunzione della testimonianza.⁴²⁶ In questo contesto ci limiteremo a poche considerazioni: la prima è quella per cui, pur operando il richiamo di cui all'art. 401, comma 5, c.p.p. il giudice dell'incidente probatorio ha un margine operativo più ampio rispetto a quello del dibattimento, esso infatti ha una maggiore discrezionalità nel disporre misure protettive per l'audizione del minore.⁴²⁷ Parte della dottrina, tuttavia, ha sostenuto che il rinvio alle disposizioni dibattimentali, in particolare a quelle contenute negli artt. 498, commi 4 e 4-ter, c.p.p., sarebbe stato superfluo. Infatti, senza commettere un sacrilegio interpretativo, si potrebbe ritenere che il testo dell'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. - nel contenere un generico riferimento alle modalità e alle forme che il giudice può disporre per la deposizione del teste minore - proprio grazie all'indeterminatezza del suo contenuto potesse ricomprendere le modalità di assunzione di cui all'art. 498, commi 4 e 4-ter, c.p.p. Inoltre, bisogna intendersi sulle difficoltà che

⁴²⁵ 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, cit., p. 328.

⁴²⁶ Ibidem

⁴²⁷ In molti uffici giudiziari è invalsa l'icastica prassi di procedere ad un contraddittorio preliminare tra le parti al fine di stabilire quali siano le modalità concretamente più idonee all'assunzione della singola testimonianza. V. 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, cit., p. 329.

accompagnano l'estensione del comma 4 della disposizione appena menzionata all'incidente probatorio: tra le due discipline c'è un'evidente discrasia, che abbiamo già segnalato, per cui quella relativa alla fase dibattimentale si applica solo alla testimonianza, mentre quella di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. si estende anche agli altri tipi di prova.

Infine, a complicare ulteriormente l'orizzonte delle tutele attuabili in sede di assunzione anticipata della prova, è intervenuto il discusso comma 4-bis dell'art. 498 c.p.p., il quale ha esteso alla fase dibattimentale le modalità di audizione protetta previste per l'incidente probatorio ex art. 398 comma 5-bis, c.p.p. Profondamente discutibile è la tecnica legislativa *extra ordinem* con cui si è ottenuto questo risultato: l'estensione opera, infatti, dalla disposizione speciale a quella generale. La genericità della norma di cui al 4-bis, art. 498 c.p.p. determinerebbe un rinvio non schermato da limiti di tipo soggettivo o oggettivo, ragione per la quale l'istituto dell'audizione protetta sarebbe obbligatorio ove una parte ne faccia richiesta e in relazione a qualsiasi tipologia di reato (diversamente da quanto previsto dalla disciplina dell'incidente probatorio) e a prescindere dall'età del testimone.⁴²⁸

Affinché si possa addivenire ad una compiuta analisi del dettato normativo di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. si deve necessariamente concentrare l'attenzione sulla parte finale dello stesso, nella quale il legislatore si occupa di disciplinare, in deroga all'ordinaria disciplina, le modalità di documentazione dell'esame incidentale del minore.

Più precisamente, è prescritto che la documentazione dell'esame debba avvenire, obbligatoriamente ed integralmente, attraverso l'utilizzo di mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva⁴²⁹, e si aggiunge che, laddove non siano disponibili tali strumenti di riproduzione o manchi il personale tecnico, si provveda nelle forme della perizia o della consulenza tecnica⁴³⁰. La palese finalità della norma è quella di limitare quanto più possibile la corrosione del principio dell'immediatezza e dell'oralità, che è connaturata all'anticipazione dell'assunzione delle prove e, soprattutto, nei casi in cui la reiterazione dell'esame testimoniale in dibattimento rappresenta un'ipotesi residuale ed eventuale; inoltre si vuole preservare la genuinità della prova e, conseguentemente, l'attendibilità della

⁴²⁸ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 188.

⁴²⁹ Quando si provvede alla riproduzione citofonica o audiovisiva troverà applicazione anche l'art. 139 c.p.p., il quale disciplina: il personale tecnico addetto alla stessa, i dati da inserire nel relativo verbale, la trascrizione dei contenuti e la conseguente unione agli atti del procedimento.

⁴³⁰ Il riferimento alla consulenza tecnica sarebbe in tal caso improprio poiché, trattandosi di un atto tipico del pubblico ministero, in sede incidentale la relativa attività è di pertinenza del giudice.

testimonianza.⁴³¹ È infatti indubbio che tali modalità di documentazione “rafforzate” siano più idonee a raggiungere gli obiettivi anzidetti più di quanto non sarebbe in grado di fare un semplice verbale. La disposizione, inoltre, aggiunge che tale documentazione “aggravata” non è di per sé sufficiente, poiché è stabilito che dell’ «interrogatorio», cioè dell’esame testimoniale⁴³², debba anche redigersi verbale in forma riassuntiva e che la trascrizione della riproduzione è disposta solamente quando sia richiesta dalle parti. Le indicazioni normative contenute nell’art. 398, comma 5-bis, c.p.p. sono analoghe a quelle previste dall’art. 141-bis c.p.p. in tema di assunzione dell’interrogatorio di persona in stato di detenzione, ma con una sostanziale differenza che vedremo più avanti.⁴³³

L’obbligo di riproduzione fonografica o audiovisiva, quindi, non si pone come alternativo o come sostitutivo all’obbligo di verbalizzazione dell’esame; la riproduzione dell’esame del minore tramite gli anzidetti strumenti è senz’altro la modalità privilegiata di documentazione, tant’è che la norma che la prevede, sovverte la scala delle ordinarie modalità di documentazione prevista dall’art. 134 c.p.p.⁴³⁴

Per il legislatore, dunque, sarebbero queste le modalità più appropriate per procedere all’assunzione e alla documentazione dell’esame del minore, ma, tuttavia, è da segnalare come la dottrina abbia indicato delle tecniche più consone a tali scopi: ci si riferisce alle «videoriprese a circuito chiuso effettuate sistemando le telecamere e gli schermi necessari alla visione contestuale delle immagini in diretta in locali attigui e tra loro separati», oppure, quando la strumentazione lo consenta, si può procedere ad interpretare estensivamente l’art.

⁴³¹ S. ARASI, L’incidente probatorio atipico, cit., p. 628.

⁴³² Il riferimento della norma all’interrogatorio è da considerarsi giuridicamente errato e fallace, in quanto tale atto non rientra nella categoria di quelli per i quali è esperibile l’incidente probatorio. La lettura di detto termine, pertanto, dev’essere accompagnata dalla consapevolezza del fatto che, nel suo utilizzo, il legislatore è incappato in una grossolana disattenzione. Con detto termine, infatti, ci si riferisce all’audizione del minore imputato, perciò il riferimento, evidentemente, non può che essere all’esame testimoniale.

⁴³³ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minore nell’incidente probatorio, cit., p. 191-192.

⁴³⁴ Art. 134 c.p.p.: «1. Alla documentazione degli atti si procede mediante verbale.

2. Il verbale è redatto, in forma integrale o riassuntiva, con la stenotipia o altro strumento meccanico ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, con la scrittura manuale.

3. Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva è effettuata anche la riproduzione fonografica.

4. Quando le modalità di documentazione indicate nei commi 2 e 3 sono ritenute insufficienti, può essere aggiunta la riproduzione audiovisiva se assolutamente indispensabile. La riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità è in ogni caso consentita, anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità».

147-bis, comma 5, disp. att. c.p.p. al fine di ottenere la videoconferenza a distanza. Tale ultima disposizione, infatti, consente che si possa procedere all'esame a distanza ove «vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona», e purché questo non comporti una lesione delle garanzie difensive dell'indagato.⁴³⁵

Nonostante le nobili intenzioni del legislatore, la norma oggetto d'indagine è affetta da diverse criticità intrinseche che incidono irrimediabilmente sulla sua concreta funzionalità. La prima obiezione riguarda l'alternatività prospettata dalla norma circa la scelta tra riproduzione audiovisiva e quella fonografica (e confermata dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 36632 del 2019)⁴³⁶. Le due modalità di documentazione, invero, non sono equiparabili come potrebbe sembrare dalla loro parificazione normativa: attraverso la videoregistrazione dell'esame, infatti, il giudice potrebbe valutare la deposizione testimoniale del minore anche tenendo conto della gestualità, del linguaggio non verbale e dalle espressioni del minore durante la stessa. Questa, inoltre, consente al giudice di compiere una valutazione anche sulla correttezza dell'assunzione probatoria. Diversa è la situazione quando si ricorra all'audioregistrazione dell'esame, che non permette di compiere nessuno dei suddetti accertamenti, ragione per cui non è ritenuto uno strumento adeguato di documentazione. Di tale limite della riproduzione fonografica è consapevole il legislatore internazionale che, nella Convenzione di Lanzarote (art. 35) e nella Direttiva 2012/29/UE (art. 24, comma 1 lett. a)), ha previsto l'utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni rese dal minore solo allorquando queste fossero videoregistrate.

Un ulteriore rilievo critico, dato dall'incerta formulazione della norma, concerne le difficoltà d'individuazione dei soggetti per le cui dichiarazioni si deve procedere alla documentazione prescritta. Ma, in effetti, attraverso un esame testuale dell'approssimativo dettato legislativo si può concludere che tali forme di documentazione debbano attivarsi allorquando l'esame protetto riguardi un minore e il soggetto infermo di mente.

Infine, a svilire la portata garantista dell'obbligo di documentazione "rafforzata" è, nonostante l'utilizzo dell'imperativo e contrariamente alla previsione di cui all'art. 141 c.p.p. già menzionato, la mancanza di una sanzione processuale di inutilizzabilità o di nullità che colpisca l'atto probatorio nel caso in cui non venga osservato l'obbligo di documentazione

⁴³⁵F. 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, cit., p. 323 e ss.

⁴³⁶Cass. pen., Sez. III, 11 luglio 2019, n. 36632, in CED, n. 277664.

con le modalità prescritte dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.⁴³⁷ La testimonianza sarebbe perciò perfettamente valida anche quando non sia stata documentata né con il ricorso a strumenti di fonoregistrazione, né attraverso la videoregistrazione. Questa constatazione, avvalorata anche dalla giurisprudenza (ci riferiamo, in particolare, alla sentenza della Suprema corte n. 2972/2019,⁴³⁸ nella quale si è ritenuto che l'unica conseguenza alla violazione dell'obbligo di documentazione fonografica/audiovisiva sarebbe quella di inficiare e compromettere l'intrinseca attendibilità della prova assunta), priva di cogenza e di prescrittività la disposizione, la quale diventa il manifesto di una nobiltà d'intenti a cui non riesce a corrispondere una tecnica legislativa che permetta di conseguirli.⁴³⁹ La norma a causa dell'imperizia del legislatore è lettera morta. In tal modo, può accadere che delle dichiarazioni del minore acquisite in incidente probatorio il giudice abbia cognizione solo per il tramite di un "muto" verbale, che poco dice su tanti aspetti della testimonianza, ma comunque non potrà che valutarla sulla base dello stesso. La mancanza di una sanzione processuale all'inosservanza non potrà che riflettersi negativamente anche sul minore, per il quale cresce la probabilità che venga convocato per essere riascoltato in sede dibattimentale. D'altronde, in un simile scenario è arduo credere che sulla base dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, la riaudizione del dichiarante possa risultare per l'autorità giudiziaria assolutamente non necessaria, è vero piuttosto il contrario. L'effetto della mancanza di una videoregistrazione che possa attestare e riferire le modalità di escussione anticipata del minore, si potrebbe riprodurre anche in sede di giudizio d'appello. Nella già richiamata sentenza della terza sezione penale della Cassazione n. 43723 del 2013, di cui riportiamo uno stralcio, si legge che «la valutazione del giudice d'appello sulla testimonianza del minore, persona offesa di un reato sessuale, per essere affidabile e fondare legittimamente la riforma della pronuncia assolutoria emessa dal giudice di primo grado, deve essere conseguenza non della lettura delle trascrizioni dell'incidente probatorio, ma dell'analisi, seppure indiretta, dell'evento-

⁴³⁷F. 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, cit., p. 323 e ss; M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 192-193.

⁴³⁸Cass. Pen., Sez. III, 5 novembre 2015, n. 2972.

⁴³⁹N. PASCUCCHI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2582.

testimonianza del minore, attraverso la visione delle videoregistrazioni della testimonianza».⁴⁴⁰

Possiamo aggiungere che, il ricorso alla videoregistrazione ha il pregio di evitare il conflitto con il principio di oralità: infatti, è noto che spesso la prova più rilevante del processo non è assunta davanti al giudice procedente, ma davanti al giudice per le indagini preliminari, il quale, in deroga al principio d'immediatezza, raccoglie in sede incidentale le prove che verranno utilizzate a fini decisori dal giudice del dibattimento. La documentazione audiovisiva consente di "rinnovare" davanti al giudice del dibattimento, ed eventualmente anche in appello, la percezione diretta della deposizione del testimone.

Tuttavia, le Sezioni Unite della Cassazione, nel caso *Dasgupta* - sentenza n. 27620 del 2016⁴⁴¹- contrariamente a quanto affermato sino ad ora, nel contesto di un'impugnazione in appello di una sentenza di assoluzione in primo grado proposta dal pubblico ministero, si era sostenuto che la prova testimoniale poteva essere rinnovata anche quando fosse stata assunta in incidente probatorio o allorquando essa riguardasse la vittima vulnerabile. Rispetto a quest'ultima ipotesi le Sezioni unite hanno reputato che sia da rimettere alla discrezionalità del giudice la valutazione circa l'assoluta necessità di riascoltare il soggetto vulnerabile, sia pure con l'osservanza delle prescrizioni protettive previste, allo scopo di verificare la fondatezza dell'impugnazione della sentenza assolutoria di primo grado.

L'obbligo di rinnovazione dibattimentale di una prova assunta in sede incidentale e videoregistrata frustrerebbe la *ratio* sottesa alla previsione dell'incidente probatorio speciale, il quale ha l'esatta funzione di evitare tale eventualità. L'incidente probatorio, nel solco del nuovo statuto della prova dichiarativa, diverrebbe la nuova sede "ordinaria" deputata all'assunzione di quest'ultima. Le Sezioni Unite, ritenendo necessaria la riedizione della prova, impongono un obbligo che non collima con la riconosciuta permanente valenza probatoria della videoregistrazione testimoniale durante tutta la successione processuale riconosciuta nella sentenza precedentemente analizzata.⁴⁴²

⁴⁴⁰ 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, cit., p. 326-327.

⁴⁴¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, in C.E.D. Cass. n. 267486.

⁴⁴² S. RECCHIONE, La vittima cambia il volto del processo penale: le tre "parti eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, cit., p. 89.

CAPITOLO IV

L'ESAME DEL MINORE NEL DIBATTIMENTO E I LIMITI AL PRINCIPIO DELLA PUBBLICITÀ.

SOMMARIO: 4.1 IL MINORE NEL DIBATTIMENTO E I LIMITI AL PRINCIPIO DELLA PUBBLICITÀ. – 4.1.1 L'ESAME "ATTUTITO" DEL MINORE. – 4.1.2 (SEGUE) LE FIGURE AUSILIARIE: IL FAMILIARE DEL MINORE E L'ESPERTO IN PSICOLOGIA INFANTILE. – 4.1.3 L'ESAME "PROTETTO" DEL MINORE. – 4.1.4 L'ESAME "SCHERMATO" DEL MINORE. – 4.2 LA VALUTAZIONE DELL'ATTENDIBILITÀ DELLA TESTIMONIANZA DEL MINORE. – 4.3 UN CENSURABILE ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: LA DEROGA AL CONTRADDITTORIO E IL RECUPERO DELLE DICHIARAZIONI DEL TESTIMONE RESE UNILATERALMENTE.

4.1 IL MINORE NEL DIBATTIMENTO E I LIMITI AL PRINCIPIO DELLA PUBBLICITÀ.

Nei paragrafi precedenti abbiamo avuto modo di vedere come il minore, almeno in relazione ai reati tassativamente indicati nell'art. 392 comma 1-bis c.p.p., sia stato posto al riparo dalla pubblicità e dalle asprezze della *cross examination* tipiche della fase dibattimentale.

Da alcuni punti di vista, tuttavia, la norma è da reputare superflua, in quanto la fase dibattimentale è altamente garantita.⁴⁴³ Questa fase, infatti, ha particolare riguardo a quelle che sono le esigenze di protezione dei minori.

Innanzitutto, ogni volta che un minore si trovi ad essere coinvolto in un procedimento penale, onde evitare qualsivoglia tipo di pregiudizio al soggetto nel pieno della sua fase evolutiva, a norma dell'art. 114, comma 6, c.p.p.⁴⁴⁴ è fatto divieto di pubblicare, per mezzo stampa o ogni altro mezzo di diffusione, le generalità e le immagini del minore coinvolto nel procedimento penale in qualità di testimone, persona offesa o danneggiato dal reato (con riferimento sia al rito ordinario che a quello minorile). Inoltre, al fine di rendere effettiva la tutela, a seguito della novella n. 112 del 2004, è fatto divieto anche di rendere pubblico

⁴⁴³ M. G. COPPETTA, Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio, cit., p. 194.

⁴⁴⁴ Art. 114, comma 6, c.p.p.: «È vietata la pubblicazione delle generalità e dell'immagine dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato fino a quando non sono divenuti maggiorenni. È altresì vietata la pubblicazione di elementi che anche indirettamente possano comunque portare alla identificazione dei suddetti minorenni. Il tribunale per i minorenni, nell'interesse esclusivo del minorenne, o il minorenne che ha compiuto i sedici anni, può consentire la pubblicazione».

qualsiasi elemento che permetta l'identificazione del minore. Ciò significa che non è proibito diffondere informazioni o atti processuali dai quali non sia possibile identificare il minore coinvolto nel procedimento. Il divieto di cui stiamo discorrendo, fattualmente, costituisce una limitazione al diritto di cronaca giudiziaria, cioè al diritto all'informazione collettiva che trova il proprio riferimento costituzionale nell'art. 21. Secondo il parere condiviso da dottrina e giurisprudenza, infatti, questi due diritti rientrerebbero nel più ampio diritto di manifestazione del pensiero, perciò al diritto di cronaca giornalistica viene riconosciuta la stessa natura giuridica e lo stesso rango costituzionale e, di conseguenza, la stessa protezione della libera manifestazione del pensiero. Tuttavia, la norma in questione precisa che il divieto di pubblicazione delle generalità e delle immagini dei minori opera fino al momento in cui diventano maggiorenni, su autorizzazione del tribunale per i minorenni, nell'esclusivo interesse del minore, oppure con il suo consenso se abbia già compiuto sedici anni.⁴⁴⁵

Il legislatore, quindi, nell'introdurre la disciplina oggetto di disamina ha compiuto un bilanciamento tra diversi interessi e diritti costituzionalmente tutelati, in particolare tra quello alla riservatezza del minore (art. 2 Cost.) e quello all'informazione collettiva e alla cronaca giudiziaria (art. 21 Cost.). Ma, in ragione della fragile personalità del minore, dallo stigma sociale e dall'esposizione mediatica a cui la diffusione delle sue generalità e della sua immagine lo esporrebbe e da cui potrebbero derivare conseguenze nocive, si è ritenuto prevalente l'interesse a tutelare il minore garantendo la sua riservatezza.

Ma qual è l'apparato sanzionatorio applicabile qualora si disattendesse il divieto? Il legislatore è intervenuto specificamente solo attraverso l'introduzione dell'art. 115 c.p.p.⁴⁴⁶,

⁴⁴⁵ È escluso invece il consenso alla diffusione di chi abbia la responsabilità (allora potestà) genitoriale sul minore, in quanto è stato ritenuto che il consenso del minore ultrasedicenne sia infungibile perché trattasi di un diritto personalissimo. Al contrario, all'art. 113, comma 4, del progetto preliminare al codice di procedura penale tale facoltà era prevista, ma si è poi deciso di non trasporla nel testo definitivo per le ragioni appena viste. V. 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, cit., p. 352.

⁴⁴⁶ Art. 115 c.p.p.: «1. Salve le sanzioni previste dalla legge penale, la violazione del divieto di pubblicazione previsto dagli articoli 114 e 329, comma 3, lettera b), costituisce illecito disciplinare quando il fatto è commesso da impiegati dello Stato o di altri enti pubblici ovvero da persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato.

2. Di ogni violazione del divieto di pubblicazione commessa dalle persone indicate nel comma 1 il pubblico ministero informa l'organo titolare del potere disciplinare».

per via del quale, con riferimento al solo procedimento ordinario e a garanzia delle norme proibitive di cui si è trattato, è stata introdotta la responsabilità disciplinare che colpisce le violazioni commesse da impiegati dello stato, di altri enti pubblici o da persone esercenti professioni per le quali sia richiesta l'abilitazione dello stato. I nei di tale sanzione sono diversi: da una parte, trattandosi di una responsabilità disciplinare degrada l'inosservanza del divieto ad un mero illecito disciplinare, rinviando così l'accertamento dello stesso e la conseguente, eventuale, sanzione all'organo titolare di poteri disciplinari, il quale sarà informato dell'inosservanza da parte del pubblico ministero (art. 115, comma 2, c.p.p.). Inoltre, pur essendo l'ambito d'applicazione soggettiva abbastanza esteso, si è osservato come l'art. 115 c.p.p., non essendo applicabile alla generalità ma solo a determinate categorie di soggetti, non sia applicabile a coloro i quali ricevono il maggior vantaggio dall'illecita pubblicazione, ovvero editori dei giornali e le emittenti radio-televisive. Tuttavia, nonostante la previsione appena esaminata, non è inibita l'applicazione di norme penali. Le norme incriminatrici che vengono in evidenza sono: l'art. 684 c.p. che punisce "La pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale". Taluni, tuttavia, hanno ribadito come la dilatazione delle nozioni di "atto" e di "documento" al punto di comprendere quelle di "generalità", "immagine" e di altre "notizie" sia una forzatura ermeneutica. Comunque la si pensi, tale fattispecie di reato è assistita da una sanzione piuttosto blanda e dalla bassissima cifra deterrente, che tra le altre cose è anche obblabile. Un'altra norma penale che potrebbe trovare applicazione è l'art. 326, il quale colpisce la "Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio", ma questa potrebbe essere efficacemente impiegata solo qualora la violazione sia stata commessa da un pubblico ufficiale o da persona incaricata di un pubblico servizio. Infine, potrebbe applicarsi l'art. 734-bis c.p., che punisce più efficacemente (senza possibilità di oblazione) chiunque divulghi le generalità o l'immagine della persona offesa da atti di violenza sessuale (ovvero dai delitti cui agli artt. artt. 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies c.p.) senza il suo consenso. È evidente come non esistendo ancora un soddisfacente apparato sanzionatorio per la violazione del divieto di pubblicazione, ci si debba rimettere alla discrezione e al riserbo di coloro i quali si trovino, a vario titolo, ad entrare nella dinamica procedimentale.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ L. CAMALDO, Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale, in Cassazione penale, 2006, 12, p. 4207 e ss.

Un' altra disposizione dedicata alla protezione del minore in dibattimento è quella di cui all'art. 472, comma 4, c.p.p.,⁴⁴⁸ il quale consente al giudice di disporre che si proceda a porte chiuse quando a deporre debba essere un minore d'età. Congiuntamente a tale norma opera anche il divieto di riprese o di trasmissioni di cui all'art. 147, comma 4, disp. att. c.p.p. Il comma 3-bis⁴⁴⁹ dello stesso articolo, più rigorosamente del precedente, per tutelare la riservatezza del minore dispone addirittura che si debba sempre procedere a porte chiuse quando la vittima dei reati indicati dalla stessa sia un minore. Tale norma, tuttavia, non è assistita da alcuna sanzione in caso di inosservanza.⁴⁵⁰ Nei procedimenti per i delitti indicati da tale norma, per di più, a tutela della riservatezza della vittima, anche maggiorenne, interviene l'ultimo periodo del comma 3-bis dell'art. 472 c.p.p., il quale proibisce le domande sulla vita privata o sulla sessualità della stessa quando non siano necessarie all'accertamento del fatto di reato. Ebbene, il rigore della norma sulla procedibilità a porte chiuse è stato giudicato negativamente da alcuni esponenti della dottrina, i quali hanno obiettato che, non essendo ammessa alcuna deroga, non lascia alcuno spiraglio alla volontà del minore affinché si proceda il giudizio in pubblica udienza. In tal modo si creerebbe un'irragionevole disparità di trattamento rispetto all'imputato minorenni ma ultrasedicenne, il quale, a norma dell'art. 33 c.p.p.m., a cui è riservata la possibilità di scegliere. Infine, è stato osservato come l'art. 472, comma 3-bis, al contrario dei precedenti commi, non faccia alcun rinvio all'art. 147 disp. att. c.p.p. sul divieto di riprese audiovisive.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ Art. 472, comma 4, c.p.p.: «Il giudice può disporre che avvenga a porte chiuse l'esame dei minorenni».

⁴⁴⁹ Art. 472, comma 3-bis, c.p.p.: «Il dibattimento relativo ai delitti previsti dagli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter e 609-octies del codice penale si svolge a porte aperte; tuttavia, la persona offesa può chiedere che si proceda a porte chiuse anche solo per una parte di esso. Si procede sempre a porte chiuse quando la parte offesa è minorenni. In tali procedimenti non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto».

⁴⁵⁰ H. BELLUTA, Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano, cit., p. 265.

⁴⁵¹ 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, cit., 357-358.

4.1.1 L'ESAME "ATTUTITO" DEL MINORE.

La norma che più di tutte assume rilievo quando si discorre dell'esame testimoniale del minore in dibattimento è l'art. 498 c.p.p. Al comma 4⁴⁵² è previsto che l'esame testimoniale del minore testimone - vittima o mero testimone –, a prescindere dal tipo di reato per cui si procede, è condotto dal giudicante (giudice monocratico o presidente del collegio), pur rimanendo riservata alle parti la formulazione delle domande e delle eventuali contestazioni. Inoltre, il giudice può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile.

Concentriamo per ora l'attenzione sulla prima parte della disposizione, la quale, in deroga alla *cross examination*, sottrae alle parti la possibilità di porre domande dirette al teste, al fine di evitare i toni, l'aggressività e le incalzanti modalità che denotano tale modalità d'assunzione della prova dichiarativa, e preservando così le esigenze di tutela della fragile personalità del soggetto minore. Tra le parti e la fonte dichiarativa il legislatore interpone la figura *super partes* del giudice, il quale funge da mediatore tra essi in modo tale che l'audizione non si trasformi per il minore in un episodio traumatizzante. Mentre il clima sarà più disteso, i toni più pacati, i tempi più rispettosi delle esigenze del dichiarante, e la personalità del giovane testimone sarà preservata.⁴⁵³ Tuttavia, il giudice, se ritiene che le ordinarie modalità di escussione, cioè quelle per cui sono le parti a porre direttamente le domande al teste come da schema nella *cross examination* (art. 498, commi 1-3, c.p.p.), non siano idonee a nuocere la serenità del teste, sentite le parti, può emettere - anche nel corso dell'esame - un'ordinanza con cui dispone che questo continui secondo il metodo tradizionale. Tale decisione, però, può essere revocata se il presidente ravveda l'esigenza di tornare ad un contraddittorio attutito.

⁴⁵² Art. 498, comma 4, c.p.p.: «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».

⁴⁵³ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, in C. CESARI, Il minorenne fonte di prova nel processo penale, Milano, Giuffrè, 2015, p. 270.

La dottrina ha sottolineato come, ad un attento esame del testo della norma, la possibilità di tornare alle regole ordinarie nell'assunzione della prova sia subordinata all'inizio dell'esame con le modalità descritte dall'art. 498, comma 4, c.p.p. Dunque, come suggerisce l'utilizzo del verbo "proseguire" utilizzato dal legislatore, la possibilità che la testimonianza del minore sia acquisita tramite esame incrociato delle parti è solo sussidiaria.⁴⁵⁴

Inoltre, sempre dal dato testuale di questa parte di disposizione, emerge quella che è la principale *ratio* sottesa alla disciplina in esame: è proprio l'espresso richiamo alla «serenità del teste» ad indicare che l'obiettivo del legislatore fosse proprio quello di preservare la personalità del minore. La serenità del dichiarante è comunque una finalità che consente di ritenere la norma legittima costituzionalmente, essa è infatti tutelata anche dall'art. 31 Cost., e sembra prevalere, nel bilanciamento dei due interessi giuridicamente rilevanti, sull'osservanza del metodo dialettico nella formazione della prova. Questo, a ben vedere, è parzialmente recuperato attraverso la partecipazione indiretta delle parti all'esame, le quali formulano le domande e le contestazioni che, per il tramite del giudice, saranno poste al testimone. La norma non introduce un'ipotesi di assunzione della prova *ex officio*: essa è infatti chiara nel prescrivere che il giudice ha un mero ruolo di mediatore, poiché egli può solo condurre l'esame testimoniale sulla base delle sole istruzioni ricevute dalle parti; tuttavia, a norma dell'art. 506 c.p.p., in un secondo momento egli ha il potere di chiedere chiarimenti o integrazioni alle parti. D'altro canto, egli, a differenza delle parti, non ha conoscenza del fascicolo delle indagini, la cognizione del quale è il naturale presupposto per poter avanzare delle contestazioni.⁴⁵⁵

Parte della dottrina, pur accogliendo con favore l'intento cautelativo della disciplina che stiamo analizzando, ha aspramente criticato tale modalità d'assunzione probatoria perché ritiene che la *cross examination*, che campeggia quale cardine del sistema accusatorio, non possa essere considerata, indistintamente e genericamente, una modalità di assunzione della prova testimoniale nociva per il minore. Sicuramente si tratta di quella da privilegiare quando a dover essere escusso è un soggetto particolarmente giovane, ma lo stesso non potrebbe dirsi se, ad esempio, si dovesse trattare di un minore prossimo al compimento della maggiore età. Si è osservato, dunque, come sarebbe stato più opportuno che il legislatore, in

⁴⁵⁴ 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, cit., p. 315 e ss.

⁴⁵⁵ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni, cit., p. 271-274.

ossequio anche al dettato della legge delega⁴⁵⁶, avesse prescritto che l'assunzione del minore dovesse avvenire su domande poste direttamente dalla pubblica accusa e dal difensore dell'imputato e, solo in un secondo momento, se il giudice lo avesse reputato opportuno, avuto riguardo delle condizioni del testimone, avrebbe potuto disporre di proseguire attraverso un contraddittorio attenuato. L'attuale dettato normativo, al contrario, sulla base di un criterio aprioristico e astratto, sembra sacrificare immotivatamente la modalità ordinaria di assunzione della prova testimoniale, che è la più idonea (grazie al susseguirsi delle domande delle parti) a far emergere quanto è a conoscenza del dichiarante e soprattutto a misurarne l'attendibilità e la credibilità.⁴⁵⁷ L'adozione delle diverse modalità d'audizione, perciò, a detta di taluni autori, dovrebbe basarsi su un attento esame delle peculiarità della situazione concreta, in modo da tutelare il minore ma, allo stesso tempo, non immolare il contraddittorio quale miglior criterio per l'accertamento del fatto.⁴⁵⁸

Visto il ruolo di primo piano assegnato al giudice, è doveroso domandarsi e capire se nei suoi confronti siano applicabili le regole e i divieti previsti dall'art. 499 c.p.p.⁴⁵⁹ per le parti in relazione alla formulazione delle domande. È opinione unanime della dottrina e della giurisprudenza che il divieto di porre domande nocive, sancito dal comma 2 dell'art. 499 c.p.p., sembrerebbe formulato in assoluto, perciò varrebbe anche per il giudice che conduce l'esame del minore. Più controverso è invece comprendere se ad esso si estenda anche il

⁴⁵⁶ La quale, in ordine alla conduzione dell'esame da parte del giudice, si esprimeva in termini di possibilità e non di dovere. Essa, cioè, non prevedeva l'esclusiva preminenza della figura del giudice a svantaggio delle parti.

⁴⁵⁷ 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, cit., p. 315 e ss.

⁴⁵⁸ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p.272.

⁴⁵⁹ Art. 499 c.p.p. "Regole per l'esame testimoniale": «1. *L'esame testimoniale si svolge mediante domande su fatti specifici.*

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

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.*

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».*

divieto di porre domande suggestive, previsto dal comma 3 della disposizione sopracitata. Il divieto in questione si sostanzia nel proibire alla parte che ha chiesto la citazione del teste e a quella che ha un interesse comune a questa di procedere all'esame del teste ponendo delle domande che suggeriscano le risposte. L'estensione del divieto anche alla parte "che ha un interesse comune" alla parte che ha richiesto la convocazione del teste è finalizzata ad evitare che attraverso la delega di domande suggestive dalla seconda alla prima si aggiri il divieto in spregio ad ogni correttezza processuale. Parti con un interesse comune potrebbero essere: pubblica accusa e parte civile, imputato e responsabile civile ed anche tra coimputati. Tale regola, tuttavia, sembra porsi solo in relazione alla parte che svolga l'esame diretto, poiché è solo in tale ipotesi che potrebbe sussistere il pericolo che la parte e il teste si accordino preventivamente sulle risposte. Questo pericolo, di conseguenza, non opera in relazione alla parte che conduce il controesame; anzi, non solo il controesaminatore può porre domande suggestive, ma è anche consigliabile che lo faccia, perché servendosi di questo tipo di quesito è più facile spiazzare il teste, farlo cadere in contraddizione e quindi di saggiarne l'attendibilità. Il divieto tornerà ad operare, chiaramente, nel momento dell'eventuale riesame, il quale è condotto dalla stessa parte che ha già escusso il teste in esame diretto.⁴⁶⁰ Se quindi, come sembra potersi facilmente dedurre dalla norma, il divieto in questione presuppone necessariamente che l'assunzione della prova avvenga con metodo dialettico dell'esame incrociato, va da sé che lo stesso non possa ragionevolmente estendersi al giudice nell'escussione del testimone minorenni di cui all'art. 498, comma 4, c.p.p. In quest'ultimo caso, infatti, non vi è alcun esame diretto del minore da parte delle parti ed il principio dialettico è attenuato per via della conduzione dello stesso da parte del giudice in qualità di figura intermedia. V'è però chi, al contrario, ha replicato che l'esame condotto dal giudicante sarebbe qualificabile alla stregua di un esame diretto a cui non segue alcun controesame, e per tale motivo il divieto di porre domande suggestive sarebbe estendibile anche ad esso. Altri ancora credono che il divieto di porre domande suggestive rientri nel più generale divieto di porre domande che siano in grado di nuocere alla sincerità della risposta, e a prescindere dalla parte che debba condurre l'esame.

La giurisprudenza dominante fino a dieci anni fa, dal canto suo, ha ritenuto che il divieto di cui al comma 3 dell'art. 499 c.p.p. non operasse per il giudice, il quale perciò potrebbe porre

⁴⁶⁰ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., p. 117-120.

ogni tipo di domanda, ad eccezione di quelle nocive.⁴⁶¹ Ma, a ben vedere, tale orientamento nel volgere degli ultimi anni si è ribaltato: la giurisprudenza oggi ritiene che il divieto di porre domande che suggeriscano le risposte sia estendibile pure al giudice⁴⁶² che assume la testimonianza del minore.⁴⁶³ Da ultimo, possiamo segnalare una recentissima pronuncia della terza sezione della Corte di Cassazione, la n. 8500 del 2021⁴⁶⁴, nella quale viene ribadito tale ultimo orientamento. In continuità con le ultime pronunce, si riafferma che il divieto di porre domande suggestive si applica a tutti i soggetti che partecipino al procedimento. Come previsto dal comma 6 dell'art. 498 c.p.p., spetta al giudice «anche d'ufficio, intervenire 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».⁴⁶⁵ Sulla base di tale norma egli può respingere le domande poste dalle parti ogniqualvolta queste assumono un tono aggressivo, violento, minaccioso oppure aggressive, ansiogene, disturbanti o imbarazzanti.⁴⁶⁶ Egli, inoltre, potrà anche riformulare la domanda proposta per riportarla entro i canoni dell'«inoffensività». Oltre questo, tuttavia, il giudice non può fare: dalla norma sembra che non possa aggiungere o eliminare temi di prova ai quesiti proposti dalle parti. Nel nostro ordinamento processuale vige infatti il principio dispositivo; a tal proposito, si può però ritenere che qualora il giudice rielabori la domanda o la contestazione

⁴⁶¹ In questo senso: Cass., sez. III, 28 settembre 2010, n. 35044; Cass., sez. III, 28 ottobre 2009, n. 9157; Cass., sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068.

⁴⁶² Per tale orientamento giurisprudenziale si vedano: Cass., sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712; Cass., sez. III, 28 settembre 2010, n. 35044 in cui si legge «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»; Cass. pen., sez. III, 18 gennaio-24 febbraio 2012, n. 7373 che ha sostenuto che «dal divieto di domande nocive si evince che il limite alle domande che tendono a suggerire le risposte si applica a tutti i soggetti che partecipano al processo e vale *a fortiori* per il giudice che esamina direttamente il minore»; Cass., sez. IV, 19 maggio 2020, n. 15331.

⁴⁶³ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della «vittima vulnerabile»: aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 158-159.

⁴⁶⁴ Cass., Sez. III, 11 gennaio 2021, n. 8500.

⁴⁶⁵ L. PIRAS, L'esame del minore in incidente probatorio: valgono le regole generali dell'esame testimoniale, nota a Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 2021, n.8500, in Diritto & Giustizia, 2021, 45, p. 8 e ss.

⁴⁶⁶ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 121.

della parte in termini che a questa appaiano lesivi del suo diritto alla prova, questa avrebbe il diritto di ottenerne la correzione e/o rinunciare alla stessa.⁴⁶⁷

Ad ogni modo, sembra che le conclusioni a cui è approdata la giurisprudenza possano accogliersi con favore, anche in ragione del fatto che esse sono assolutamente in linea con gli approdi della psicologia della testimonianza. Le domande suggestive, infatti, devono essere scongiurate perché inidonee a condurre all'accertamento della verità: soprattutto se utilizzate con i soggetti minori, sono in grado di suggestionare i ricordi creandone di falsi, inquinando quindi irrimediabilmente il contributo probatorio a causa della mancata genuinità dello stesso.⁴⁶⁸

Riguardo alle conseguenze che derivano dall'inosservanza del divieto la norma non prevede alcuna sanzione. La giurisprudenza ha sostenuto che l'inutilizzabilità non sia una sanzione applicabile perché questa colpisce le prove assunte in violazione della legge, e non l'irregolarità dell'assunzione di quelle consentite come la testimonianza. Neanche la nullità è un'ipotesi sanzionatoria percorribile, per esse infatti vige il principio della tassatività.⁴⁶⁹ L'unica sanzione che indirettamente potrebbe operare è quella di valutare come inattendibili i risultati probatori ottenuti. È da precisare, tuttavia, che l'inattendibilità dell'esito probatorio presuppone che la violazione abbia compromesso la genuinità di tutta la prova testimoniale e non solo la risposta alla singola domanda.⁴⁷⁰

4.1.2 (SEGUE) LE FIGURE AUSILIARIE: IL FAMILIARE DEL MINORE E L'ESPERTO IN PSICOLOGIA INFANTILE.

Come abbiamo visto, il comma 4 dell'art. 498 c.p.p., nel delineare il cosiddetto esame "attutito", aggiunge un ulteriore tassello: è assegnato al giudice il potere discrezionale di avvalersi dell'ausilio del familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile.

⁴⁶⁷ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni, cit., p.272.

⁴⁶⁸ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 121.

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ L. PIRAS, L'esame del minore in incidente probatorio: valgono le regole generali dell'esame testimoniale, nota a Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 2021, n.8500, cit., p. 8 e ss.

È la prima volta che il legislatore sceglie di affiancare al giudice delle figure non appartenenti alla dinamica processuale nell'esame del testimone; tuttavia, la disposizione lascia un po' interdetti per la sua genericità. Essa, per l'appunto, non chiarisce il ruolo che assumono tali figure nel contesto dell'esame testimoniale, non indica quale sia l'ausilio che questi possano apportare, né rende noto sulla base di quali criteri il giudice dovrebbe discrezionalmente decidere se avvalersi di tali figure.⁴⁷¹ Analizzando la lettera della norma, la presenza e l'ausilio delle due figure sembrerebbe essere configurato come alternativo, e sarebbe il giudice a scegliere di quale delle due avvalersi sulla base del ruolo che sono chiamate ad assumere nel contesto dell'escussione testimoniale. Sicché, si può ragionevolmente ritenere che il familiare abbia un ruolo per il quale sta vicino al minore, al fine di rassicurarli, tranquillizzarli e per non lasciarli solo in un contesto che potrebbe generare in lui uno stato d'agitazione. Inoltre il parente potrebbe agevolare l'esame del minore da parte del giudice, spiegandogli, specie se molto piccolo, le domande che gli vengono poste e facilitando l'intelligibilità delle risposte. Il vantaggio della presenza del familiare si racchiude nel fatto che egli conosce e comprende il linguaggio del bambino o quello di saper utilizzare un lessico che sia per lui più accessibile perché più "casalingo". Egli, perciò, ha il ruolo di prestare un'assistenza affettiva al giovane testimone, e in dottrina qualcuno ha addirittura equiparato la figura del familiare con quella del cosiddetto "testimone ad atti processuali" o chi ha parlato di questo tipo di ausilio come di un'assistenza "atecnica" a favore del minore. Tuttavia, non sempre la figura del familiare, per la sua vicinanza affettiva, si rivela la soluzione migliore: pensiamo al caso in cui il bambino debba deporre su reati che ha subito o a cui ha assistito tra le mura domestiche. È chiaro che in tale ipotesi la presenza del genitore possa rivelarsi come una fonte di disagio, pregiudicando la tranquillità e la spontaneità del minore. Il giudice, ad ogni modo, resosi conto di una situazione come quella appena descritta può intervenire per evitare la prosecuzione della deposizione. Il vocabolo "familiare", però, pone un problema interpretativo a causa dell'estrema genericità e indeterminatezza del suo significato. Non è chiaro quanto questo rapporto di parentela debba essere stretto, né risulta comprensibile come non si sia attribuita la precedenza alle figure genitoriali, che costituiscono, nella gran parte dei casi, le figure di riferimento del bambino. D'altro parte, la previsione sembra escludere che possano intervenire in aiuto al giudice altre figure, che, pur non essendo parte del nucleo familiare

⁴⁷¹ 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, cit., p. 344.

del giovane, hanno con il minore un rapporto di fiducia e d'affetto (si pensi a insegnanti, educatori, etc...); né sembra assumere alcuna rilevanza l'opinione del minore circa la figura da convocare in suo sostegno. A ben vedere, la norma non prende in considerazione le ipotesi - tutt'altro che peregrine - in cui i rapporti familiari possano essere non distesi o addirittura conflittuali, escludendo aprioristicamente l'ausilio di soggetti il cui aiuto potrebbe risultare più rassicurante per il minore.⁴⁷² A tale mancanza si può tentare di sopperire attraverso l'interpretazione analogica di alcune norme del nostro ordinamento. L'assistenza affettiva e psicologica, invero, non è un *unicum* della disciplina che stiamo analizzando, ma essa era già stata prevista da altre due disposizioni processuali: la prima è contenuta nel D.P.R. n. 448 del 1998, che introduce "Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni", precisamente all'art. 12 dello stesso, il quale assicura all'imputato minorenne che, in ogni stato e grado del procedimento, possano essere presenti i genitori o ogni altra persona idonea indicata dallo stesso e ammessa dal giudice procedente. È evidente come la norma appena indicata contenga il riferimento ad un novero di soggetti più ampio rispetto a quello previsto dall'art. 498, comma 4, c.p.p.; ma ancor più evidente è come sia stato opportunamente lasciato uno spazio anche alla volontà dell'imputato minorenne. L'altra norma di cui ci si può servire per ricorrere all'analogia è contenuta nell'art. 609-*decies*, comma 3, c.p., la quale assicura ai minorenni vittime di *stalking*, di prostituzione minorile, di pornografia minorile, di violenza sessuale, maltrattamenti e atti persecutori la presenza, in ogni stato e grado del processo, dei genitori o di altre persone idonee indicate dal minore stesso, nonché di gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative che si occupino di offrire assistenza e supporto alle vittime dei reati sopra indicati con il consenso del minore. Sempre e in ogni caso è garantita l'assistenza dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia che hanno particolare esperienza in ambito giudiziario e di quelli istituiti dagli enti locali.⁴⁷³

La *ratio* che accomuna i tre regimi, a ben vedere, è la medesima: preservare la serenità del minore.⁴⁷⁴ Di conseguenza, non si comprende per quale ragione solo in relazione il minore

⁴⁷² C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 271- 285.

⁴⁷³ S. GUSTAVO, F. TRIBISONNA, La vittima minorenne nel processo penale: diritti, protezione, assistenza, in G. B. CAMERINI et al., Manuale psicoforense dell'età evolutiva, Milano, Giuffrè, 2018, p. 603.

⁴⁷⁴ È da precisare, tuttavia, che la *ratio* principale della norma di cui al comma 4 dell'art. 498 c.p.p. è, sì, la serenità del minore, ma in seconda battuta è anche quella di preservare la genuinità della prova. La preminenza

imputato e alla vittima minorenni di reati reputati più gravi possa intervenire un esperto o altra figura di riferimento quando i familiari di questi manchino, siano inadeguati o in conflitto di interessi con il minore.

In generale, comunque potrebbe sostenersi che il ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe addurre alla creazione di uno *standard* di tutela minimo per tutti i minori, siano essi persone offese da determinati reati, imputati o testimoni di reati comuni. Il modello da prendere come riferimento potrebbe essere proprio quello delineato per gli imputati minorenni, che per analogia si potrebbe estendere alle lacune dell'art. 498, comma 4, c.p.p. In particolare, fatta salva la facoltà prevista da quest'ultima norma, che consente al giudice di rivolgersi ad un esperto o ad un familiare del minore, si potrebbe integrare la previsione con la priorità riservata alle figure genitoriali e con la possibilità, ove questi manchino o non siano idonei, di poter ricorrere ad altra persona idonea. Accogliendo tale interpretazione, tuttavia, si vanifica la tutela ulteriormente rafforzata prevista per i minori vittime dei reati indicati dalla norma speciale di cui all'art. 609-*decies* c.p.; ma, ad ogni modo, essa continuerebbe ad essere applicata nel contesto extraprocessuale, poiché il suo dettato non si limita a disciplinare la fase del dibattimento, essendo previsto che essa trovi applicazione "in ogni stato e grado del procedimento". Sicché, essa assicura un'adeguata assistenza affettiva e psicologica obbligatoria anche al di fuori del giudizio, e, in ogni caso, non esclude che per l'assunzione della testimonianza della giovane vittima possa intervenire l'esperto di cui all'art. 498 comma 4 c.p.p., sebbene il suo intervento non possa essere l'esclusivo sostegno fornito al minore come nelle altre ipotesi.⁴⁷⁵ Per quanto attiene alla figura dell'esperto in psicologia infantile, la norma è - anche in questo caso - piuttosto chiara nel prevedere la facoltà del giudice di disporre la partecipazione all'esame del minore ogniqualvolta ne ravveda la necessità a causa dell'imaturità psicofisica del giovane dichiarante, e al solo fine di garantirne la serenità.⁴⁷⁶

Sono state sollevate però diverse critiche rispetto alla generica formula utilizzata dal legislatore, infatti la locuzione "esperto in psicologia infantile" dice poco o nulla su quella

della prima sulla seconda è dimostrata dalla "possibilità", e non dal dovere, per il giudice di procedere all'escussione con l'ausilio dell'esperto.

⁴⁷⁵ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p.272.

⁴⁷⁶ 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, cit., p. 346.

che dovrebbe essere la qualifica professionale di tale figura. Non si precisa se questa debba essere uno psicologo o uno psichiatra, non vi è infatti alcun riferimento ai titoli professionali o specializzanti.⁴⁷⁷

Senonché, l'esperto ha in questa fase un ruolo molto delicato, poiché dovrà porre le domande del giudice, ed eventualmente quelle delle parti, al minore. La giurisprudenza ha chiarito che egli opera il proprio vaglio soprattutto con riguardo alla formulazione dei quesiti, che necessitano di essere indirizzati al minore attraverso l'uso di un linguaggio che sia da quest'ultimo facilmente comprensibile.

Per quanto attiene all'inopportunità di qualificazione di tale esperto alla stregua di un ausiliario del giudice si può richiamare, in buona sostanza, a quanto già detto al capitolo III, in relazione all'esperto in psicologia o psichiatria infantile nella fase investigativa.

Un altro profilo problematico che attiene a questa figura è quello per cui, nonostante la giurisprudenza avesse circoscritto il ruolo dell'esperto a quello di un professionista che debba «evitare la suggestionabilità del minore e suggerire all'operatore le tecniche più opportune per un migliore esame testimoniale»⁴⁷⁸, nella realtà egli assume un ruolo ben più ampio, che travalica il dettato dell'art. 498, comma 4, c.p.p. È infatti piuttosto diffusa la prassi che affida all'esperto, senza che sia intervenuta una valutazione personalizzata delle necessità del minore, la conduzione totale e diretta dell'esame testimoniale, dopo essersi accordato con le parti circa le circostanze su cui deve incentrarsi l'audizione.⁴⁷⁹ Sebbene la giurisprudenza abbia in più occasioni ritenuto ammissibile tale delega, vi è chi non fa mistero della propria preoccupazione circa l'usurpazione delle prerogative dell'autorità giudiziaria. La completa conduzione dell'esame testimoniale da parte dell'esperto, infatti, è da ritenersi una modalità eccezionale che non priva il giudice di controllare le domande che vengono poste. Il suo ruolo, quindi, rispetto a quello delle altre parti del processo, dovrebbe mantenersi entro i canoni della sussidiarietà, giacché egli deve mettere al loro servizio le proprie competenze tecnico-professionali. Operando nel nostro sistema processuale il principio del contraddittorio e quello dispositivo, la gestione della prova è prerogativa delle parti ed eventualmente del giudice, ma mai dell'esperto.

⁴⁷⁷ S. GUSTAVO, F. TRIBISONNA, *La vittima minorenne nel processo penale: diritti, protezione, assistenza*, cit., p. 609.

⁴⁷⁸ Cass. Pen., Sez. II, 30 agosto 1995, Imbesi.

⁴⁷⁹ 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*, cit., p. 348.

Una precisazione doverosa è quella per cui si ritiene che l'esperto a cui si riferisce il comma 4 dell'art. 498 c.p.p. non debba coincidere con le figure di sostegno e assistenza indicate dall'art. 609-*decies*, comma 2, c.p. e con il perito.

Se l'esperto fosse chiamato a lavorare con il minore anche nell'ambito dell'art. 609-*decies* c.p. in sede endoprocessuale o extraprocessuale, avrebbe per via della presa in carico, della consulenza o della perizia, una conoscenza troppo intima del minore che potrebbe indurlo a orientare il risultato della prova. Inoltre, se si pensa che le parti non possono entrare in contatto con il testimone di parte avversa dopo che siano state depositate le liste testimoniali di cui all'art. 468 c.p.p., e che il giudice non può avere contatti con lo stesso se non in udienza dibattimentale, non si vede perché all'esperto debba essere concesso di avere dei rapporti diretti con il testimone al di fuori dell'udienza in cui deve essere assunta la testimonianza o al di fuori della perizia (art. 196 c.p.p.); in ognuna di queste due occasioni, tuttavia, egli opererebbe sotto il diretto controllo delle parti e dell'autorità giudiziaria. Se, al contrario, dovesse avere dei contatti extraprocessuali con il minore si potrebbe mettere in discussione la legittimità stessa della prova: si pensi all'ipotesi in cui l'esperto abbia ricevuto preventivamente le domande da rivolgere al minore in udienza, magari allo scopo di consentirgli più tempo per individuare quale sia il modo più opportuno di porle e preparare meglio il minore alle stesse. Il pericolo di suggestionare e manipolare il minore è reale, e non ci si può trincerare dietro l'etica professionale e le regole deontologiche, poiché, anche inconsapevolmente, avendo l'esperto una conoscenza pregressa del minore in questione e delle circostanze della sua vita, potrebbe indurlo a dichiarare quanto ci si aspetta di sentire. Laddove una situazione del genere si verificasse si potrebbe ricorrere ad una eccezione di inutilizzabilità della prova testimoniale *ex art.* 188 c.p.p., ovvero per essersi utilizzati metodi o tecniche «idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti». In realtà, è assolutamente plausibile che l'esperto riceva anticipatamente le domande da porre al minore, ma ciò non giustificerebbe comunque un incontro anticipato con esso al di fuori della sfera di controllo dei soggetti del processo. Pure la preparazione del minore alla partecipazione al processo sarebbe opportuna, ma questa dovrebbe essere compiuta da un professionista diverso da quello che dovrà condurre l'esame testimoniale. Sostanzialmente il ruolo di cura del minore e quello dell'ausilio in sede processuale dovrebbero rimanere distinti.

Un orientamento in fase di diffusione, inoltre, è quello per il quale si ritiene che la perizia, da svolgersi in un tempo anteriore alla deposizione, sia uno strumento fondamentale al fine

di verificare l'idoneità a testimoniare del minore e la sua attendibilità. Ciò determinerebbe un'indagine psicologica del minore senza alcun confine. Se lo stesso perito fosse chiamato ad assistere il giudice nell'esame testimoniale del minore in udienza dibattimentale è quasi naturale pensare che gli potrebbe essere affidata completamente la conduzione dell'esame, poiché egli avrebbe già chiare le modalità più idonee per trattare con il minore e una chiara idea sulla sua attendibilità. L'appiglio normativo di tale orientamento sarebbe l'art. 196 c.p.p., che disciplina l'accertamento della capacità testimoniale, ammettendo però che, in deroga al disposto dell'art. 220 comma 2 c.p.p., possano anche svolgersi accertamenti sulla personalità e il carattere del testimone, poiché si reputa che tale ultima disposizione sia applicabile al solo imputato. Una soluzione interpretativa alternativa a quella appena vista sarebbe quella per cui l'indagine psicologica che si estenda anche al carattere e alla personalità del minore, e che quindi vada oltre l'accertamento della capacità a testimoniare, ovvero all'idoneità fisica o mentale a recepire, elaborare, ricordare e riferire informazioni, sarebbe consentita grazie al combinato disposto dell'art. 196 c.p.p. e l'art. 9 del D.P.R. n. 448/1998, il quale deroga al divieto posto dall'art. 220 c.p.p. per l'imputato minorenne e che, di conseguenza, si potrebbe estendere analogicamente al minore testimone. Ebbene, se sulla scia di tale orientamento, il perito che ha condotto questi accertamenti preliminari sul minore dovesse poi essere lo stesso soggetto che assiste il giudice nell'escussione dello stesso minore, si avrebbe una commistione di ruoli che ci si può domandare se sia conveniente o addirittura legittima. Per dare una risposta a tale quesito non si può che partire dall'analisi della norma di cui all'art. 196 c.p.p., cercando di comprendere quali siano i limiti dell'accertamento indirizzato a verificare l'idoneità a prestare testimonianza. Tale accertamento può certamente avvenire tramite perizia; la disposizione, infatti, si limita genericamente a prevedere che questo possa avvenire «con i mezzi consentiti dalla legge», ma esso sembra doversi circoscrivere alla verifica dell'astratta capacità fisica o mentale del testimone a rendere testimonianza e non ad altri aspetti del carattere, della personalità e della vita del minore. Lo scopo, dunque, è quello di verificare la capacità del soggetto di comprendere e recepire gli stimoli, di custodire i ricordi e rievocarli riferendoli in maniera chiara e compiuta in sede processuale. Per adempiere questa verifica non parrebbe necessario indagare sugli aspetti del carattere e della personalità del minore, sul contesto sociale e familiare di provenienza, e così via; ciò che occorre, soprattutto nel caso del minore, è verificare se la sua maturità e il suo sviluppo gli consentano di assumere l'ufficio di testimone al fine di ottenerne un contributo probatorio veritiero, e non altro. L'idoneità, è da

precisare, viene accertata in via generale, e non si riferisce specificamente alla capacità di ricordare e riproporre il ricordo dei fatti per cui dovrà deporre in dibattimento e che sono oggetto di accertamento processuale. In relazione a questi fatti egli riferirà per la prima volta in giudizio. I confini normativi dell'art. 196 c.p.p. devono quindi essere rispettati, ed è al giudice che compete l'apprezzamento della testimonianza sulla base dell'attendibilità che egli attribuisce al teste.

D'altra parte, anche l'altra costruzione interpretativa si può smontare a partire dalle fondamenta: l'art. 9 del D.P.R. n. 448/1998, derogando all'art. 220 c.p.p., è qualificabile come norma eccezionale e, in quanto tale, non è estendibile per analogia. Le conclusioni a cui si è approdati si traducono nella convinzione che sarebbe da evitare che lo stesso soggetto sommasse su di sé diversi ruoli in relazione allo stesso minore. Se così fosse, il soggetto potrebbe contare nel proprio patrimonio conoscitivo molte informazioni sul minore, le quali lo condurrebbero a farsi una propria opinione, giungere a proprie conclusioni e, soprattutto, a cercare di ottenere dei risultati probatori orientati nel senso delle proprie convinzioni. Il risultato della prova testimoniale sarebbe così alterato irrimediabilmente. La funzione peritale e quella ausiliaria devono perciò rimanere soggettivamente distinte: la prima comporta un apprezzamento tecnico-scientifico, mentre la seconda ha un carattere meramente assistenziale e materiale che non implica nessuna valutazione, ma richiede imparzialità. Il perito e l'esperto devono perciò essere persone differenti. Il perito e l'esperto, inoltre, non dovrebbero neanche assistere il minore nell'ambito extraprocessuale. In tali ruoli si assumono delle posizioni che sarebbero inconciliabili se assunti dalla medesima persona: i primi richiedono imparzialità e distacco emotivo, il secondo invece presuppone cure e assistenza che lo rendono necessariamente parziale.⁴⁸⁰

Infine, dobbiamo segnalare come l'art. 498, comma 4, c.p.p., al contrario di quanto previsto in ambito di assunzione di informazioni nella fase delle indagini preliminari, non contenga alcun riferimento all'ausilio da parte di un esperto in psichiatria infantile. Tale preterizione, laddove la norma dovesse essere interpretata letteralmente, si tradurrebbe in un difetto di tutela qualora il minore chiamato a testimoniare dovesse essere affetto da una patologia psichiatrica, poiché l'ausilio di uno psicologo non sarebbe adeguato. In realtà, anche al fine di colmare la lacuna, si può ritenere che per via analogica le disposizioni che prevedono la presenza dello psichiatra infantile si possano applicare anche alla fase dibattimentale. Da

⁴⁸⁰ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 293-301.

tale estensione, d'altra parte, deriverebbe una maggior tutela per il dichiarante minorenni ma nessuna lesione delle garanzie di difesa dell'imputato.

Il mancato raccordo delle disposizioni contenute nel codice di rito a tutela del minore, come abbiamo visto, è stato risolto ancora una volta per via interpretativa, ma ciò non toglie che un intervento di risistemazione della materia da parte del legislatore sia quanto mai opportuno.⁴⁸¹

4.1.3 L'ESAME "PROTETTO" DEL MINORE.

Le norme che disciplinano le modalità "protette" di assunzione della prova testimoniale del minorenni nella fase dibattimentale sono quelle comprese nei commi 4-*bis* e 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p., aggiunti al corpo della disposizione con la L. 3 agosto 1998, n. 269, e che si affiancano o sostituiscono la disciplina prevista dal comma 4 dello stesso articolo, il quale, come abbiamo visto nel precedente paragrafo, disciplina in termini generali le modalità di audizione del testimone minore d'età.

La disciplina sullo svolgimento della prova testimoniale si caratterizza per la scelta compiuta dal legislatore di lasciare al giudice un ampio margine di discrezionalità nella selezione delle modalità attraverso le quali procedere all'escussione, ma, allo stesso tempo, a causa della tecnica legislativa imperfetta e difettosa utilizzata, la materia risulta essere una sorta di ginepraio normativo nel quale è difficile districarsi.

Iniziando ad analizzare il comma 4-*bis* dell'art. 498 non si può tacere, pur avendo un intendimento assolutamente meritevole, è disciplinato in modo piuttosto appuntabile. Tale norma prevede che «si applicano, se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le modalità di cui all'articolo 398, comma 5-*bis*». Ebbene, il rinvio è alla norma che disciplina la cosiddetta "audizione protetta" in sede di incidente probatorio, per la quale il giudice dispone particolari modalità di svolgimento dell'esame testimoniale allorquando le esigenze della persona lo rendano opportuno e necessario. Ecco individuata la prima criticità di questa disposizione: attraverso questo rinvio dell'art. 498, comma 2-*bis*, alle modalità protette di assunzione della prova di cui all'art. 398, comma 5-*bis*, si ottiene uno

⁴⁸¹ 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, cit., p. 349.

strambo risultato: la regola generale, che è quella che disciplina la testimonianza in dibattimento, si applica anche alla fase incidentale grazie al rinvio contenuto nell'art. 401 c.p.p., ma ora è anche la norma speciale, cioè l'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. sull'incidente probatorio, che si applica alla fase dibattimentale, invertendo così quello che era l'ordine tradizionale. È da precisare, a scanso di equivoci, che il richiamo che l'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. fa all'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. è da intendersi riferito solo alle modalità in cui si esplica l'ascolto del testimone, e non anche ai presupposti indicati dalla norma. Infatti, l'incidente probatorio con modalità protette, come abbiamo già visto, ha un campo applicativo circoscritto ai procedimenti per i reati di cui agli artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del codice penale. Nel caso dell'adozione di modalità protette in fase dibattimentale tale limite oggettivo non opera, infatti i presupposti sono da rintracciarsi direttamente nei commi 4 e 4-*bis* dello stesso art. 498 c.p.p.: tramite tali modalità si può procedere ogni volta che si debba assumere la testimonianza di un minorenne, a prescindere dal reato per cui si procede. Ciò determinerebbe una maggiore tutela del minore in dibattimento, per la cui audizione testimoniale si potrebbe procedere all'audizione protetta in ogni caso.

Se l'ambito di estensione di tali modalità si fosse voluto circoscrivere a una categoria prestabilita di casi, il legislatore lo avrebbe stabilito esplicitamente, così come ha fatto nel comma successivo. Sostanzialmente, la *ratio* di tale norma è quella di estendere anche al giudice del dibattimento il più completo e avanzato strumentario di cui i giudici delle indagini preliminari e il giudice dell'udienza preliminare possono disporre a tutela del dichiarante debole.

Tra l'altro, se all'osservazione circa i diversi presupposti previsti per l'audizione protetta nelle due fasi procedurali si aggiunge che in dibattimento le modalità protette possono essere adottate su richiesta di parte o su disposto del giudice, è facile intuire come si allarghi la differenza tra la procedura dibattimentale e quella incidentale, nella quale l'adozione delle modalità protette per l'escussione del testimone avviene solo ed esclusivamente previa valutazione giudiziale sulla loro necessità od opportunità. La richiesta di parte, che dovrebbe imporre⁴⁸² al giudice la disposizione delle particolari modalità d'assunzione della testimonianza, risulterebbe particolarmente utile quando il testimone minorenne sia

⁴⁸² Alcuni ritengono che quello di disporre le modalità protette di audizione costituisca un atto dovuto, sorretto dalla sanzione dell'inutilizzabilità.

costituito parte civile nel processo; in questo caso, per ottenere l'audizione protetta basterebbe che il suo difensore si mobilitasse con l'istanza. Nei casi diversi da questo però si crea un *deficit* di tutela tra i soggetti legittimati a proporre istanza e quelli che avrebbero comunque interesse all'attivazione di tali protezioni che svuoterebbe la portata cautelativa della norma. Davanti all'inazione del pubblico ministero o del difensore dell'imputato, infatti, tali soggetti potrebbero solo affidarsi all'apprezzamento del giudice sulla necessità e l'indispensabilità dell'adozione delle forme protette per assumere la testimonianza.

Un'altra incongruenza, anche questa volta risolta in via interpretativa, è quella per la quale in fase dibattimentale si può procedere attraverso le particolari modalità protettive previste dall'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. solo in relazione alla testimonianza, e non per altri tipi di prova in cui siano coinvolti soggetti minori. Infatti, dobbiamo ricordare che, contrariamente a quanto appena visto in relazione alla norma riferibile al dibattimento, l'art. 398 comma 5-bis, non si riferisce esclusivamente alla testimonianza ma, stando al dato letterale, a qualsiasi mezzo di prova. Quest'ultima previsione, per l'appunto, prevede che si ricorra a tali forme tutte le volte in cui «tra le persone interessate alla prova vi siano minorenni», senza confinarle alla sola testimonianza. L'aporia a cui conduce questa difformità tra le due discipline non sembra però superabile per via d'interpretazione poiché le due norme si pongono in un rapporto di specialità, in quanto una è dedicata alla modalità d'acquisizione della prova (in termini generali) in incidente probatorio, mentre l'altra alla disciplina d'assunzione della (sola) testimonianza in dibattimento. La conseguenza di tale constatazione è intuibile: vi sarebbero minori che intervengono in incidente probatorio e che sono protetti e garantiti rispetto a qualsiasi mezzo di prova, e minori che intervengono in fase dibattimentale che sono protetti solo in relazione alla testimonianza. Questa sperequazione potrebbe giustificare una pronuncia di illegittimità per violazione degli artt. 3 e 31 Cost., ma forse, sebbene non sia una soluzione risolutiva del problema, per quanto attiene alla fase dibattimentale si potrebbe estendere analogicamente la disciplina prevista per la testimonianza anche agli altri mezzi di prova. Ciò dovrebbe comunque avvenire nel rispetto della natura, delle forme e delle peculiarità del singolo mezzo di prova, che non può essere stravolto nella propria essenza. Tale operazione, ad ogni modo, sembrerebbe compatibile con la natura dichiarativa delle riconoscizioni e del confronto; invece, per quanto attiene alla perizia e all'esperimento giudiziale, nonostante abbiano un carattere più tecnico-scientifico che dichiarativo (il minore è oggetto di prova più che soggetto della stessa), hanno già una disciplina propria che è compatibile con l'esigenza di presidiare il soggetto debole.

Ad ogni modo, il giudice del dibattimento, prima di procedere all'escussione del minore e valutare se è necessario doversi procedere con le protezioni di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. avrà l'onere di verificare se egli è già stato sentito in sede incidentale, se è già intervenuto in dibattimento nel contraddittorio con l'imputato o se le sue dichiarazioni non siano contenute nei verbali acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p. Se questa verifica dovesse condurre ad esito positivo, allorquando si proceda per uno dei reati previsti dall'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p., il minore potrà essere risentito solo quando l'esame «abbia ad oggetto fatti o circostanze diverse rispetto a quelle del precedente esame, ovvero se il giudice, o taluna delle parti, lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze». Il giudice dovrà poi verificare che non ci sia un'istanza di parte o se egli stesso ravvisi la necessità di procedersi con modalità protette. In tali casi, il giudice, così come accade nell'incidente probatorio, potrà stabilire «il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere» (art. 398, comma 5-bis, c.p.p.) all'esame del minore. Anche in tale ipotesi il giudice dispone di una discreta libertà discrezionale nella scelta e nella graduazione delle protezioni che reputi più confacenti al singolo caso. Potrà perciò scegliere delle tempistiche più leggere e più adeguate ai ritmi del minore (ad esempio, per non interrompere la frequenza scolastica), potrà disporre che l'ascolto avvenga in luoghi in cui il minore si senta più a suo agio e che già conosca (come la sua abitazione) o presso strutture idonee o attrezzate quando l'esame debba essere condotto da un esperto, oppure può ordinare l'utilizzo di tecniche di comunicazione differenti da quella verbale, in modo tale che il giovane testimone possa esprimersi attraverso le modalità che sono per lui più adeguate (si pensi al disegno, alla scrittura, etc...).

Un'ulteriore ambiguità della disciplina che stiamo analizzando riguarda le forme di documentazione dell'atto; più dettagliatamente, ci si è domandati se il rinvio che l'art. 498, comma 2-bis, c.p.p. fa all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. comprenda anche l'imposizione di documentare integralmente l'esame attraverso l'utilizzo di strumenti di riproduzione fonografica o audiovisiva e un verbale redatto in forma riassuntiva. In sostanza, si vuole capire se si tratta di un rinvio *tout court* o se è solo parziale. Il riferimento contenuto nell'art. 498, comma 2-bis alle «modalità di cui all'articolo 398, comma 5-bis» sembrerebbe, almeno ad un'analisi testuale, piuttosto generico, ma si ritiene più opportuno optare per la soluzione per cui esso debba essere inteso con riferimento solo al *modus operandi* di assunzione della prova, e non anche ai metodi di verbalizzazione "rafforzata" o "speciale". Tale lettura può essere suffragata dall'analisi della *ratio* dell'integrale documentazione della prova assunta

incidentalmente, la quale è legata alla natura anticipatoria dell'istituto: la video/audioregistrazione dell'esame del minore è funzionale alla produzione di un verbale completo, il quale migrerà nella fase dibattimentale e grazie al quale non dovrà rinnovarsi la prova testimoniale (art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p.). Inoltre, attraverso questo speciale canone di documentazione si attenua il sacrificio al principio dell'immediatezza che l'incidente probatorio comporta. Se in più si pensa che l'osservanza di tale disposizione in sede incidentale non è neanche obbligatoria e non è assistita dalla sanzione dell'invalidità, si comprende come il ricorso alla verbalizzazione aggravata non si possa che ridurre ad una buona pratica da osservare in qualsiasi fase del procedimento. Comunque, a norma del secondo periodo del comma 4 dell'art. 134, «la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità è in ogni caso consentita, anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità».

Si pensi al caso in cui le dichiarazioni del minore siano raccolte con modalità diverse dal linguaggio verbale, ad esempio tramite i suoi disegni, in tal caso la videoregistrazione sarebbe l'unico strumento in grado di documentare efficacemente l'esame testimoniale. In tal caso, si potrebbe anche ricorrere al primo periodo dell'art. 134, comma 4, c.p.p., il quale prescrive che, qualora le altre modalità di documentazione non risultassero sufficienti, se assolutamente indispensabile, si può ricorrere alla riproduzione audiovisiva.⁴⁸³

4.1.4 L'ESAME "SCHERMATO" DEL MINORE.

La Legge n. 269 del 2009, oltre al comma 4-*bis*, ha introdotto all'art. 498 c.p.p. anche il comma 4-*ter*, il quale prevede un'ulteriore garanzia per il minore: l'esame "schermato". La norma in questione prescrive che, quando si debba assumere la testimonianza del minore vittima di gravi reati contro la persona ed espressamente indicati nel testo della stessa,⁴⁸⁴ su

⁴⁸³ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 160-161; 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, cit., 357-358; C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 301-305.

⁴⁸⁴ Più precisamente ci riferiamo ai reati di cui agli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari e conviventi), 600 (riduzione in schiavitù), 600-*bis* (prostituzione minorile), 600-*ter* (pornografia minorile), 600-*quater* (detenzione di materiale pornografico), 600-*quinqies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della

formale richiesta da parte del minore stesso o del suo difensore, l'esame deve essere effettuato mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.⁴⁸⁵ La norma, pur essendo esplicitamente riferita alla fase dibattimentale, è estendibile alla fase incidentale grazie al generale rinvio di cui all'art. 401, comma 5, c.p.p. Al fine di contemperare due interessi contrapposti, quali quello di preservare la serenità del minore e il principio del contraddittorio,⁴⁸⁶ il legislatore ha pensato di introdurre questa particolare modalità d'assunzione testimoniale particolarmente garantita, per la quale l'esame del minore, normalmente condotto da un esperto, spesso alla confortante presenza di un familiare, si svolge in un ambiente diverso dall'aula di tribunale. Esso si tiene in una stanza separata e attigua rispetto a quella in cui si trovano il giudice e le parti processuali. Una delle pareti della stanza in cui si trova il minore deve essere dotata di un vetro specchio, il quale consente alla giovane vittima di interloquire con l'esperto senza entrare in contatto con l'imputato e le altre parti. La *ratio* della norma è proprio quella di assumere la testimonianza evitando che alla stessa possano direttamente assistere le parti e l'imputato; la presenza di queste, infatti, potrebbe turbare il minore, suggestionarlo, intimidirlo e creargli disagio nell'atto di rievocare i gravi fatti che l'hanno visto sfortunato protagonista e per i quali si sta procedendo, con eventuali conseguenze anche sulla qualità del risultato probatorio. Le parti processuali, l'imputato e il giudice potranno perciò seguire in diretta la deposizione del minore che si svolge nella stanza attigua senza essere visti, ma potendo comunque intervenire attraverso l'utilizzo dell'impianto citofonico, il quale assicura quindi che sia rispettato il contraddittorio.⁴⁸⁷ Il pubblico ministero e i difensori delle parti possono perciò porre domande, chiedere chiarimenti, sollevare contestazioni, le quali vengono prima vagliate dal giudice circa la loro ammissibilità e poi da questo comunicate all'esperto che sta conducendo l'esame del minore mediante citofono. L'esperto poi, sulla base delle proprie competenze, riformulerà al minore quanto comunicatogli da giudice. La portata innovativa di tale modalità d'assunzione non si rintraccia nell'esame "attutito" o mediato da un giudice

prostituzione minorile), 601 (tratta di persone), 602 (acquisto di schiavi), 609-*bis* (violenza sessuale), 609-*ter* (c. aggravanti), 609-*quater* (atti sessuali con minorenne), 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo) e 612-*bis* c.p. (atti persecutori).

⁴⁸⁵ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, cit.

⁴⁸⁶ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 160-161.

⁴⁸⁷ S. GUSTAVO, F. TRIBISONNA, La vittima minorenne nel processo penale: diritti, protezione, assistenza, cit., p. 616-617.

o un esperto - garanzia già prevista dalle regole generali sulla testimonianza del minore - ma sul fatto che il minore non sia costretto a subire l'angosciante presenza delle parti processuali e dell'imputato, e finalizzata ad evitare la cosiddetta vittimizzazione secondaria.⁴⁸⁸

Anche la disposizione di cui stiamo trattando, tuttavia, nonostante introduca un'ulteriore modalità garantita in relazione all'ascolto del minore, è affetta da incoerenze intrinseche e sistematiche.

La prima criticità che affligge la norma attiene alle evidenti discrasie esistenti tra essa e la norma di cui all'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. in tema di audizione protetta in sede di incidente probatorio. Infatti, l'esame schermato può essere disposto solo in relazione ad una determinata categoria di reati, ma questi sono solo parzialmente coincidenti con quelli espressamente previsti dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. Infatti, nell'art. 498, comma 3-*bis*, c.p.p. non sono considerate le ipotesi di reato di cui agli artt. 600-*quater*.1 e il 609-*undecies* c.p., le quali sono però richiamate dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. In particolare, la Legge n. 172 del 2012, che ha esteso il catalogo di reati per cui è possibile procedere alle modalità protette per l'ascolto del minore in fase incidentale (inserendovi il richiamo all'art. 609-*undecies* c.p.) ha tralasciato la corrispondente novella delle norme dibattimentali, creando un disallineamento della disciplina proprio laddove il coordinamento normativo era più necessario.⁴⁸⁹ Si è perciò tentato di sfuggire all'incongruenza tra le due norme con soluzioni interpretative poco convincenti, che avrebbero comportato una tale forzatura del dato normativo o della *voluntas legis* da risultare di dubbia legittimità, anche perché trattasi di norme che si pongono in un rapporto di specialità. Sul punto sarebbe quindi auspicabile un intervento del legislatore o della Corte costituzionale che cancelli queste incomprensibili discordanze.⁴⁹⁰

L'ulteriore discrasia che si nota immediatamente nella comparazione tra le due norme è quella per cui l'esame "schermato" è accessibile solo ai minori che siano vittime, mentre la disciplina relativa all'incidente probatorio è destinata ad operare in relazione a tutte le persone interessate all'assunzione della prova, minorenni o maggiorenni, vittime o meri

⁴⁸⁸ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 311-312.

⁴⁸⁹ 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, cit., p. 365.

⁴⁹⁰ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 311-312.

testimoni.⁴⁹¹ È bene sottolineare, tuttavia, che nonostante la norma richieda che il minore sia vittima di determinati reati, previsti tassativamente dal legislatore attraverso l'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p. introdotto dal D.lgs. n. 212 del 2015, si può porre rimedio a tale limitazione estendendo la garanzia dell'esame schermato anche alla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, tra cui rientrano anche i minori vittime di qualsivoglia delitto. La disposizione, che attiene alla fase dibattimentale, è estesa all'incidente probatorio tramite il richiamo che ad essa fa il comma 5-*quater* dell'art. 398 c.p.p.⁴⁹²

Quanto alle perplessità che la disciplina dell'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p. fa sorgere dal punto di vista endogeno, la prima è quella dovuta all'esclusione da tale garanzia del minore che sia mero testimone del fatto di reato. A tal riguardo, è sperabile che si consolidi l'orientamento che tende ad allargare la qualifica di persona offesa anche al minore che sia testimone di un delitto commesso con l'aggravante della cosiddetta violenza assistita di cui all'art. 61 n. 11-*quinqüies* (e per cui si rimanda al par. 3 del capitolo III).⁴⁹³

Un'altra dubbiosità si collega alla seconda condizione prevista dalla norma per l'applicabilità delle forme schermate. Il comma 4-*ter*, infatti, implica che possa procedersi con le suddette modalità su richiesta della vittima o del suo difensore. Sembrerebbe che, quindi, il giudice non avrebbe alcuna possibilità di disporre d'ufficio tale forma d'audizione, neanche per sopperire all'inerzia della vittima. Quest'ultima ipotesi, a ben vedere, non è così remota, anzi, basti pensare che il minore ha un difensore solo qualora sia costituito parte civile. Se poi la vittima minore non è neanche costituita parte civile è ancora più inverosimile ipotizzare che possa proporre direttamente la richiesta al giudice per essere sottoposto all'esame schermato. Perciò, essendo il giudice privo di un potere autonomo di disposizione, si può opportunamente sostenere che il comma 4-*ter* non sia da ricomprendere nello strumentario posto a disposizione del giudice in modo che esso gradui le tutele in base alle esigenze di protezione del minore. Una graduazione progressiva delle tutele in realtà è rinvenibile nella disciplina dell'art. 498 c.p.p. complessivamente considerato: infatti, si va dall'obbligo del giudice di condurre l'esame del minore (personalmente, o servendosi

⁴⁹¹ 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, cit., p. 365.

⁴⁹² L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 163-164.

⁴⁹³ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 124.

dell'ausilio di un familiare) previsto *ex lege* dal comma 4, all'esame con modalità protette del comma 4-bis, disposte dal giudice quando ne rinvenga la necessità o su richiesta di parte, per poi arrivare, infine, al comma 4-ter che più rigorosamente richiede esclusivamente l'istanza della vittima o del suo difensore. Questa progressione, però, dev'essere letta come un ampliamento della tutela e dei soggetti legittimati a richiederla: infatti, se si ritiene che l'utilizzo del vetro specchio possa essere anche uno dei modi d'assunzione protetta della testimonianza di cui al comma 4-bis, attivabile su richiesta di parte o d'ufficio dal giudice, si comprende bene come, quando l'esame riguardi la vittima di taluni reati anche questa potrà richiederne l'attivazione sulla base del comma 4-ter, obbligando il giudice a disporla.⁴⁹⁴

Infine, si è osservato come l'utilizzo del vetro specchio unitamente all'impianto citofonico sia ormai sorpassabile grazie all'impiego di più moderne tecnologie telematiche che consentirebbero di servirsi addirittura di un collegamento televisivo a circuito chiuso dall'aula dell'udienza al luogo in cui depone il minore e che, contemporaneamente, consentirebbe di videoregistrare la deposizione al fine di riutilizzarla e limitare il più possibile il numero delle audizioni del minore (art. 190-bis c.p.p.).⁴⁹⁵ Una simile tecnologia telematica sarebbe perfettamente compatibile con le esigenze di tutela del minore: egli sarebbe comunque messo nelle condizioni di non dover deporre alla presenza dell'accusato, e in più non vi sarebbe il bisogno di far spostare il minore in un luogo poco familiare, quale è l'aula dotata di vetro specchio e impianto citofonico. Parte della dottrina ha ritenuto che per servirsi di tali modalità di escussione si possa ricorrere ad un'interpretazione estensiva dell'art. 147 bis, comma 5, disp. att. c.p.p. Tale norma consente di ricorrere al collegamento audiovisivo per una deposizione a distanza quando «vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da sottoporre ad esame», e a tale circostanza viene analogicamente ricondotto il pericolo di vittimizzazione secondaria che correrebbe il minore a deporre in giudizio. La disposizione di cui sopra, però, non sembra far riferimento alle difficoltà che il testimone potrebbe incontrare durante la deposizione in udienza, ma proprio alla difficoltà di comparire nella stessa. Inoltre, la disposizione fa riferimento a gravi difficoltà attuali, e non future. Per non estendere i limiti testuali di tale norma più di quanto

⁴⁹⁴ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 314-315.

⁴⁹⁵ S. GUSTAVO, F. TRIBISONNA, La vittima minorenne nel processo penale: diritti, protezione, assistenza, cit., p. 617.

sia conveniente e non incorrere in una forzatura, sarebbe meglio ritenere che la teleconferenza rientri tra i sistemi d'audizione protetta attraverso i quali il giudice, a norma del combinato disposto degli artt. 498 comma 4-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p., può disporre che avvenga l'esame del minore.⁴⁹⁶ Infine, è da osservare che il ricorso dell'esame in teleconferenza avrebbe un'ulteriore pregio, questa volta di portata meramente pratica, legata alle difficoltà logistiche che comporta l'esame "schermato". Infatti, non tutti i tribunali sono dotati di simili tecnologie; normalmente, quelli meglio equipaggiati sono quelli delle città nelle quali ha sede la Corte d'appello, perciò è qui che normalmente si trasferiscono il giudice, le parti e, ovviamente, il minore per la deposizione "schermata". Il paradosso è che questa necessità di spostamento potrebbe costituire un'ulteriore fonte di stress per il minore, ma a ben vedere la *ratio* della disciplina che stiamo analizzando è proprio quella di evitare al minore qualunque evenienza che possa diventare fonte di ulteriori disagi. In definitiva, l'utilizzazione di idonee tecnologie alternative all'esame schermato, non solo sarebbero più adeguate alle esigenze di protezione del minore, ma sarebbero anche una benedizione per l'efficiente amministrazione della giustizia.

L'ultima obiezione mossa all'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p. è quella per cui essa sarebbe prevista nel solo interesse della persona offesa minorenni, e non anche dell'imputato. Quest'ultimo, infatti, non solo non può richiedere che per l'escussione del minore si proceda con modalità "schermate", poiché - come ormai sappiamo - la richiesta può essere presentata solo dalla stessa vittima o dal suo difensore, ma se anche la deposizione fosse acquisita senza l'osservanza delle forme richieste, all'imputato sarebbe precluso eccepire l'irregolarità dell'atto.⁴⁹⁷

In conclusione, non si può che constatare come, ancora una volta, a dispetto delle nobili intenzioni che fanno da sfondo all'adozione delle tutele a favore del minore, corrisponda una mancanza di lungimiranza e di attenzione del legislatore, che si traduce inevitabilmente in un grosso limite all'applicabilità pratica di tali presidi, i quali, spesso, finiscono per perdere gran parte della loro effettività.

⁴⁹⁶ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni, cit., p. 316-317.

⁴⁹⁷ 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, cit., p. 365.

4.2 LA VALUTAZIONE DELL'ATTENDIBILITÀ DELLA TESTIMONIANZA DEL MINORE.

Il giudice, come sappiamo, è chiamato ad accertare la verità processuale, cioè a ricostruire il fatto per cui si procede e decidere, anche sulla base delle dichiarazioni assunte da soggetti minori, se la relativa responsabilità sia da ascrivere o meno al soggetto imputato. Il nostro sistema, non accoglie il modello delle prove legali, ma affida al giudice il compito di decidere la causa valutando i risultati probatori secondo il proprio libero convincimento (art. 192 c.p.p.). In questa delicata valutazione l'autorità giudiziaria dovrà tener conto dell'attendibilità soggettiva del testimone e oggettiva del resoconto dei fatti compiuto dallo stesso. Quando però il teste è un soggetto minore d'età questi criteri dovranno essere affiancati da ulteriori e più specifici parametri di valutazione elaborati dalla giurisprudenza.⁴⁹⁸ Nel caso del minore non ci si può attenere solo alla coerenza intrinseca del narrato, ma l'attenzione del giudice dovrà allargarsi ad altri aspetti e il vaglio dovrà essere via via particolarmente attento quando il giovane testimone è vittima, quando versi in condizioni di particolare vulnerabilità e ancor di più se dovesse aver subito reati di natura sessuale.

L'attendibilità soggettiva del minore deve essere valutata avendo riguardo alle sue caratteristiche personali, intellettive e cognitive e sarà anche influenzata da eventuali ragioni di rancore nei confronti dell'accusato. Per quanto riguarda l'attendibilità oggettiva, invece, l'attenzione deve porsi sulla coerenza del racconto, sulla sua completezza, sul fatto che esso sia circostanziato e dettagliato, sulla sua spontaneità e si dovrà poi allargare al contesto sociale e familiare del bambino, che potrebbe aver prodotto in lui delle suggestioni o dei falsi ricordi che siano idonei ad inquinare il contributo probatorio dello stesso. Infine, l'attendibilità può essere anche apprezzata sulla base della corrispondenza del racconto del minore con gli altri riscontri, ma qualora essi non vi siano è ancora più importante che il vaglio delle dichiarazioni del minore sia particolarmente intenso. Si pensi ai minori vittime di reati sessuali, essi spesso sono i soli testimoni del fatto, perciò in questi casi il controllo deve avvenire nel complesso, cioè prendendo in considerazione le dichiarazioni della parte offesa, le circostanze del fatto e ogni altro elemento che sia stato acquisito nel processo.⁴⁹⁹ La valutazione dell'attendibilità di queste categorie di testimoni è considerata di notevole

⁴⁹⁸ 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, cit., p. 348.

⁴⁹⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 6 giugno 2010, n. 21640.

difficoltà, anche in relazione allo stato psicologico ed emotivo in cui essi si possono trovare a causa della gravità del loro vissuto. Basti osservare che tali reati si connotano per lasciare degli strascichi dovuti anche alle considerazioni morali, etiche, culturali ed affettive che ne seguono. Se in più si aggiunge che i *media* trattano spesso di casi giudiziari di questo tipo, ne consegue anche un'esposizione mediatica logorante.

Dal punto di vista oggettivo, il giudice dovrà tenere conto delle concrete modalità con cui è stato sentito il minore e qualsiasi altro elemento che abbia potuto operare dei condizionamenti. Questi, è doveroso sottolinearlo, non avvengono sempre consapevolmente da parte dell'agente "condizionante" ma, anzi, nella maggior parte dei casi avvengono in maniera involontaria, ma sono comunque in grado di inficiare la prova. Nel nostro ordinamento, il libero convincimento del giudice può anche scaturire da una sola testimonianza, e sulla base di questa egli potrà basare una pronuncia di condanna per l'imputato. Questo vale anche quando l'unica testimonianza provenga da un soggetto in tenerissima età o quando comunque la sua personalità non abbia raggiunto un completo sviluppo evolutivo. La testimonianza del minore, quindi, anche quando egli sia la persona offesa, ha un valore tale da poter, da sola, provare il fatto oggetto di accertamento. Non è necessario, nel nostro sistema processuale, che debbano concorrere altri elementi probatori a sostenere il convincimento del giudice che si basi sulla sola testimonianza. Se è vero che il contributo dichiarativo del minore è sufficiente a fondare la pronuncia di colpevolezza dell'imputato senza che siano richiesti ulteriori riscontri, è anche vero che quando detto minore è anche persona offesa dal reato si renda quanto mai opportuna una verifica più stringente del suo apporto probatorio. A tal riguardo intervengono in soccorso le scienze psicologiche, pedagogiche e della sessuologia. La persona offesa, infatti, ha un ovvio interesse all'esito della causa, essa aspira alla condanna dell'accusato. Inoltre, quando questa si sia anche costituita parte civile nel processo penale, essa ha un ulteriore interesse legato all'esito della causa, che è quello economico. Essa, quindi, non solo spera in una pronuncia di colpevolezza per l'imputato, ma da questa si attende anche una condanna dello stesso al risarcimento del danno nei suoi confronti. In quest'ultimo caso, come ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità in numerose sue pronunce, «si può rendere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi»,⁵⁰⁰ poiché non è ragionevole porre a carico dell'imputato l'onere di dimostrare la falsità delle dichiarazioni del teste-parte civile.

⁵⁰⁰ Cass., Sez. III, 15 giugno 2011, n. 30032.

In sostanza, quindi, anche se teoricamente e normativamente non sono richiesti dei riscontri “in senso tecnico”, sia la giurisprudenza che la dottrina hanno osservato come sia più opportuno fondare una pronuncia di colpevolezza, non solo sulla base delle dichiarazioni provenienti dalla vittima del reato, ma anche sulla base dei relativi riscontri. Il giudice cioè, considerata la fragilità *in re ipsa* del dichiarante vittima minorenne e il suo interesse ad un certo esito, dovrà valutare e confrontare il suo contributo con le altre risultanze probatorie. Per quanto la testimonianza del minore sia equiparata dal legislatore a quella dell’adulto, è innegabile che il giudice, quando si trovi a dover decidere uno specifico caso in cui è stata assunta la testimonianza del minore, non fonderà la condanna solo su questa, ma in relazione alle dichiarazioni che essa incorpora cercherà una rispondenza e una concordanza con altri elementi probatori.

Essendo riconosciuta la possibilità di procedere ad una “valutazione frazionata” anche rispetto alla testimonianza della persona offesa, si ritiene che anche in codesta ipotesi il giudice debba svolgere un vaglio delle dichiarazioni quanto mai minuzioso. In particolare, la Corte di Cassazione ha precisato che l’inattendibilità di alcune parti del racconto non si ponga da ostacolo alla credibilità del resto della narrazione «sempre che non esista un’interferenza fattuale e logica tra i segmenti del narrato per i quali non si ritiene raggiunta la prova della veridicità e le altre parti che siano intrinsecamente attendibili ed adeguatamente riscontrate, tenendo conto che tale interferenza si verifica solo quando tra una parte e le altre esiste un rapporto di causalità necessaria o quando l’una sia imprescindibile antecedente logico dell’altra, sempre che l’inattendibilità di alcune parti della dichiarazione non sia talmente macroscopica, per conclamato contrasto con altre sicure emergenze probatorie, da compromettere per intero la credibilità del dichiarante».⁵⁰¹

Gli stessi giudici di legittimità, in un’altra pronuncia, hanno però ritenuto «illegittima la valutazione frazionata delle dichiarazioni della persona offesa, riferibili ad un unico episodio avvenuto in un unico contesto temporale, in quanto il giudizio di attendibilità su alcune circostanze inficia, in tale ipotesi, la credibilità delle altre parti del racconto, essendo sempre e necessariamente ravvisabile un’interferenza fattuale e logica tra le parti del narrato».⁵⁰² Ebbene, tali valutazioni saranno molto più complesse quando il testimone-persona offesa sia un minore, poiché il loro racconto è per natura incoerente, incompleto ed intaccato da elementi fantastici. Per tali ragioni la valutazione frazionata della testimonianza del minore

⁵⁰¹ Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 3015.

⁵⁰² Cass., Sez. III, 11 maggio 2010, n. 21640.

sarà possibile solo allorquando l'inattendibilità riguardi solo alcune parti della narrazione, e le stesse siano ritenute avere poca incidenza nell'economia del racconto. Al netto di queste, quindi, il narrato dev'essere valutato come attendibile.⁵⁰³

4.3 UN CENSURABILE ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: LA DEROGA AL CONTRADDITTORIO E IL RECUPERO DELLE DICHIARAZIONI DEL TESTIMONE RESE UNILATERALMENTE.

A conclusione di questo capitolo dedicato all'acquisizione della testimonianza, non possiamo sottrarci dal riferire un orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione che, benché ristretto a casi eccezionali, è da considerare rischioso per la possibilità che si propaghi causando il franamento di un sistema improntato all'equilibrio di interessi antitetici quali la tutela del minore e il rispetto del contraddittorio. L'orientamento in questione si sostanzia nel recupero delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio dibattimentale al fine di evitare al giovane testimone di dover deporre nuovamente in giudizio.⁵⁰⁴ Tutto ciò avviene attraverso un'impropria esegesi di due norme: la prima è l'art. 195 c.p.p., mentre la seconda è l'art. 512 c.p.p.

Partendo dalla prima norma, quella contenuta nell'art. 195, comma 3, c.p.p., possiamo dire che essa disciplina la testimonianza indiretta o *de relato* e ne subordina l'utilizzabilità ad una serie di condizioni. Più nel dettaglio, essa è ammessa quando il testimone "diretto" non possa essere riascoltato a causa di una delle seguenti condizioni: morte, infermità, irreperibilità e quando il giudice ritenga di non dover citare la fonte diretta e nessuna delle parti ne abbia fatto richiesta.⁵⁰⁵ Sennonché, la suprema Corte, ha ritenuto che i presupposti di ammissibilità della testimonianza *de relato* non siano da intendersi in maniera tassativa,

⁵⁰³ 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, cit., p. 383 ss.

⁵⁰⁴ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni, cit., p. 317.

⁵⁰⁵ Quando l'imputato non richiede la citazione del testimone diretto, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che tale inerzia sia equiparabile ad una rinuncia implicita di valersi di quello specifico mezzo di prova. Vedi 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, cit., p. 348.

ma che possano essere introdotti nuovi casi di impossibilità oggettiva di assumere la testimonianza per i quali sarebbe possibile ricorrere ad una deposizione *de relato* ogni volta che ci sia anche solo un astratto pericolo di conseguenze traumatiche per il minore.⁵⁰⁶ Ne discenderebbe che la tenera età del testimone potrebbe rientrare nei casi di impossibilità oggettiva, essendo il suo delicato equilibrio psicologico passibile di convertirsi in una sorta di infermità mentale,⁵⁰⁷ per via della quale sarebbe opportuno mediare l'ingresso delle dichiarazioni del minore attraverso un soggetto adulto che abbia raccolto le prime dichiarazioni del minore in seguito alla consumazione del reato, il quale viene citato a deporre "in vece" del minore.⁵⁰⁸

Per quanto concerne all'art. 512 c.p.p., invece, tale norma consente la lettura, su richiesta di parte, degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori e dal giudice in udienza preliminare allorquando, per circostanze imprevedibili, ne sia divenuta impossibile la ripetizione.⁵⁰⁹ L'onere di provare la suddetta irripetibilità per evenienze imprevedibili ricade sulla parte che richiede la lettura delle dichiarazioni rese prima del dibattimento, mentre il giudice dovrà decidere (senza che sia prevista la possibilità di impugnare il provvedimento in sede di legittimità quando esso sia sostenuto da una logica e adeguata motivazione) se effettivamente si tratti di un'impossibilità della ripetizione che non potesse essere prevista *ex ante* dalla parte. Quando da questa valutazione risulti che la causa dell'impossibilità fosse ragionevolmente prevedibile per la parte, il giudice non potrà accogliere la richiesta, poiché per l'assunzione di quell'atto probatorio si sarebbe potuto richiedere di procedere in sede incidentale. Ebbene, anche in relazione a questo caso, attraverso un'improbabile interpretazione estensiva della norma, la suprema Corte ha ritenuto che le dichiarazioni rese unilateralmente dal testimone minorenni possano, su richiesta di parte, confluire nel fascicolo del dibattimento e che delle stesse possa essere data lettura in udienza. In tal modo, queste potrebbero porsi alla base della decisione giudiziale, la quale verrebbe adottata senza aver disposto una nuova audizione del minore in giudizio.⁵¹⁰ La singolare interpretazione data a detta norma dalla giurisprudenza di legittimità ha

⁵⁰⁶ Cass., Sez. VI, 12 giugno 2003, n. 37434.

⁵⁰⁷ Cass., Sez. III, 27 novembre 2011, n. 1821.

⁵⁰⁸ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 126.

⁵⁰⁹ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, cit.

⁵¹⁰ 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, cit., p. 348.

ampliato il concetto di “impossibilità della ripetizione”, non dovendosi intendere esclusivamente nel senso di un’impossibilità materiale, ma, come affermato nella sentenza n. 3059 del 2000,⁵¹¹ sarebbe «estensibile a tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni del soggetto che lo rendono non più escutibile». Nel caso di specie l’ascolto diretto del minore in dibattimento non era stato ritenuto opportuno a causa del grave stress riportato dal minore a seguito del reato (di violenza sessuale) subito.⁵¹² In una più recente sentenza, la n. 4404 del 2009⁵¹³ è stato affermato dagli ermellini che anche un «grave pericolo per l’incolumità fisica o psichica del minore» sia idonea ad integrare un’ipotesi in cui si può derogare al principio del contraddittorio attraverso la lettura delle precedenti dichiarazioni in giudizio.⁵¹⁴

È intuibile che i giudici abbiano voluto apprestare una tutela più completa al minore, al punto da estrometterlo completamente dalla fase dibattimentale, probabilmente non ritenendo sufficienti i presidi previsti dalla legislazione processuale in relazione al giudizio, e ritenendo preferibile trovare un espediente normativo per assumere i verbali delle dichiarazioni precedentemente rese nel procedimento. Qualcuno ha addirittura pensato che dietro questo orientamento potesse celarsi una ragione economica: l’assunzione della testimonianza del minore con l’osservanza di particolari modalità garantite e protette ha un costo sia in termini economici che di tempo, ragioni per le quali i giudici ritengono preferibile ricorrere alla testimonianza *de relato* dell’adulto o alla lettura degli atti assunti unilateralmente.⁵¹⁵

Tali interpretazioni, come abbiamo già anticipato, sono risibili: sia l’art. 195, comma 3, c.p.p. sia l’art. 512 c.p.p. sono da considerare delle deroghe al principio del contraddittorio, legittimate dalla previsione costituzionale di cui all’art. 111, comma 5. Tale ultima norma legittima la deroga alla formazione dialettica della prova quando vi sia “un’impossibilità oggettiva” di procedere tradizionalmente. L’art. 195 comma 3 c.p.p. indica altrettante ipotesi in cui si può derogare (attraverso la testimonianza indiretta) al principio contraddittorio per impossibilità oggettive (morte, infermità, irreperibilità), in ossequio alla previsione

⁵¹¹ Cass. Pen., Sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059.

⁵¹² Cfr. S. ARDITA, La prevedibilità dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress, in Cassazione penale, 2002, p. 614.

⁵¹³ Cass., Sez. III, 5 novembre 2009, n. 4404.

⁵¹⁴ L. ALGERI, Il testimone vulnerabile, cit., p. 127.

⁵¹⁵ C. CESARI, La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell’esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 319.

costituzionale vista poc'anzi. Ma trattandosi di una norma eccezionale, che deroga alla regola ordinaria del contraddittorio, essa non è passibile di estensione analogica e, conseguentemente, le ipotesi da essa indicate devono ritenersi tassative. Lo stesso si può dire circa l'impossibilità sopravvenuta di ripetizione di cui all'art. 512 c.p.p., che permette le letture degli atti assunti precedentemente e che costituisce un'altra deroga al principio dialettico, perciò si deve ritenere che per quanto attiene ai suoi presupposti si debba rinviare a quelli espressamente previsti dallo stesso art. 195 c.p.p. Quest'ultima norma, dunque, sarebbe quella che indica in maniera tassativa le situazioni in presenza delle quali è possibile ricorrere alla testimonianza indiretta o alle letture delle dichiarazioni rese dal testimone in precedenza. L'impossibilità oggettiva di cui all'art. 111, comma 5, Cost., a cui si ricollegano le altre norme, perciò, si deve intendere nel senso materiale del termine. Si deve trattare, inoltre, di un'impossibilità accertata e attuale di non poter comparire in giudizio per la deposizione testimoniale. Non basta che per il minore si paventi il timore di un eventuale pregiudizio psicofisico. Tra l'altro, bisogna osservare come il legislatore, proprio per scartare tale eventualità, ha già predisposto tutta una serie di strumenti, e ci riferiamo all'esame attutito, protetto e schermato, la gradazione dei quali assicura al giudice la possibilità di tutelare opportunamente il minore in base alle proprie esigenze di protezione, senza però rinunciare completamente al principio del contraddittorio.

Inoltre, se si pensa al fatto che l'irripetibilità, per giustificare la lettura di cui al comma 3 dell'art. 512 c.p.p., deve essere legata ad un'impossibilità sopravvenuta e che, come tale, non può essere prevista *ex ante* dalla parte, viene un po' difficile pensare che non sia ragionevolmente prevedibile l'ulteriore stress a cui andrà incontro il minore prendendo parte al giudizio.

Dal punto di vista ontologico, poi, il problema sotteso all'orientamento della Cassazione è da rintracciare nel fatto che l'acquisizione delle dichiarazioni rese dal minore in una fase antecedente al giudizio sta proprio nel fatto che il contesto della fase d'indagine non è garantito, in esso non è previsto alcun confronto dialettico ed è alto il pericolo che il minore subisca manipolazioni, suggestioni, anche perché non è previsto alcun controllo da parte delle parti o di un organo imparziale. Sebbene sia vero che in sede di sommarie informazioni, a partire dalla Legge n. 172 del 2012, è prevista la presenza dell'esperto in psicologia e psichiatria infantile, ciò non toglie che gli atti relativi a questa fase rimangano raccolti unilateralmente, senza che si dia vita ad alcun tipo di contraddittorio. Già questo dovrebbe indurre a ritenere monca l'attendibilità di tali dichiarazioni, anche perché questa non può

essere garantita dalla mera presenza dell'esperto, dato che quest'ultimo non effettua un controllo sulla correttezza della conduzione dell'esame del minore. Egli, infatti, ha un ruolo che si sdoppia nell'offrire un supporto al dichiarante e nel contribuire alla genuinità dell'atto. Se poi si tiene conto della dubbia qualificazione della presenza dell'esperto come obbligatoria e del fatto che, pur anche ammettendo la cogenza della previsione, non sia previsto alcun tipo di sanzione in caso di inosservanza dell'obbligo (supposto), allora si comprende come con la previsione della presenza di tale figura nella fase delle indagini preliminari il problema dell'unilateralità degli atti non venga meno, ma, tutt'al più ne risulterebbe lenito.⁵¹⁶ È da segnalare, inoltre che tali modalità di recupero delle dichiarazioni del minore si porrebbero anche in contrasto con i principi sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo. L'art. 6 della stessa, infatti, sancisce il diritto dell'imputato di poter far esaminare il testimone a carico e tale escussione deve avvenire nel contraddittorio dibattimentale. In relazione a tale regola sono previste delle deroghe (par. 1 e 3 lett. d)), ma ad ogni modo i giudici di Strasburgo hanno reputato compatibile con la norma generale l'acquisizione delle dichiarazioni rese dal testimone in fase predibattimentale quando la persona verso la quale sono state rese abbia avuto la possibilità di contrastarle, nel momento stesso in cui sono state rese o in un momento successivo. Quando tale occasione di contraddittorio non vi sia stata, la prova potrebbe (contrariamente a quanto previsto nel nostro ordinamento) essere comunque utilizzabile, ma il suo valore probatorio sarebbe ridotto, per cui l'eventuale pronuncia di colpevolezza non potrebbe edificarsi esclusivamente su questa, né potrebbe costituirne la prova "determinante" (sebbene non esclusiva). Le dichiarazioni unilaterali del teste potrebbero fondare una pronuncia di condanna solo quando queste siano valutate congiuntamente alle altre risultanze processuali, le quali compensino la mancanza di contraddittorio in relazione alle prime. Solo così ci si porrebbe al riparo da una violazione dell'art. 6 CEDU. Se è quindi questo l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, i giudici nazionali dovrebbero interpretare le norme interne in modo conforme ai precetti della Convenzione stessa. Ciò determinerebbe un'applicazione più rigorosa delle norme che abbiamo richiamato e che rappresentano un'eccezione al principio del contraddittorio, e una sentenza di condanna non

⁵¹⁶ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne, cit., p. 319.

potrebbe fondarsi esclusivamente o in modo determinante sulle dichiarazioni rese dal testimone in fasi non garantite dal contraddittorio tra le parti.⁵¹⁷

Infine, un altro motivo di ordine pratico per il quale l'indirizzo della Corte di cassazione non è condivisibile è dovuto alla giungla a cui dà vita: infatti, esso esorta le parti a cercare continui contatti con il minore, almeno nella prima fase del procedimento, al fine di ottenere da esso il maggior numero di informazioni da poter utilizzare in un secondo momento in dibattimento, senza che la controparte o il giudice siano coinvolti in alcun modo. Una simile prassi non fa che sollecitare il minore, con il risultato che le conseguenze in termini di danni psicologici potrebbero addirittura essere più gravi di quelli cui si arrischierebbe intervenendo in udienza dibattimentale.⁵¹⁸

⁵¹⁷ 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, cit., p. 402-404.

⁵¹⁸ C. CESARI, La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni, cit., p. 319 e ss.

CAPITOLO V

LA TESTIMONIANZA DELLA PERSONA OFFESA MAGGIORENNE IN CONDIZIONE DI PARTICOLARE VULNERABILITÀ E DELL'INFERMO DI MENTE.

SOMMARIO: 5.1 LA PERSONA OFFESA MAGGIORENNE E LE PROTEZIONI PER ESSA PREVISTE DAL CODICE DI RITO. – 5.2 LA TESTIMONIANZA DELL'INFERMO DI MENTE.

5.1 LA PERSONA OFFESA MAGGIORENNE E LE PROTEZIONI PER ESSA PREVISTE DAL CODICE DI RITO.

Com'è ormai noto, l'attenzione del legislatore italiano si è concentrata per lungo tempo sulla protezione del minore, ritenuto "il" soggetto debole per antonomasia, ma negli ultimi dieci anni l'attenzione si è spostata anche sui soggetti maggiorenni che versino in condizione di particolare vulnerabilità.⁵¹⁹ Infatti, alcuni provvedimenti, apportando delle novelle al codice di rito, unitamente ad alcune importanti pronunce della Corte costituzionale, hanno esteso alcune delle tutele previste per i minori anche agli adulti vulnerabili.⁵²⁰ I provvedimenti in parola sono stati adottati dal legislatore italiano sulla scia di importanti convenzioni internazionali che, spesso, avevano una portata settoriale per allentare l'allarmismo conseguente a determinati fenomeni e per dare risposta ad esigenze di sicurezza sociale particolarmente avvertite.

Il primissimo intervento in tal senso è stato il Decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito poi nella Legge 23 aprile 2009, n. 38, con cui si inserirono disposizioni urgenti in tema di sicurezza e di contrasto alla violenza di genere, che hanno esteso alle vittime maggiorenni di reati sessuali, atti persecutori o maltrattamenti in famiglia la possibilità di essere escuse in incidente probatorio.⁵²¹ Viene così modificato l'art. 392, comma 1-bis,

⁵¹⁹ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 172.

⁵²⁰ H. BELLUTA, Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano, cit., p. 258-259.

⁵²¹ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 172.

c.p.p., che, da allora in avanti, in relazione a quel tassativo catalogo delittuoso, dispone che il pubblico ministero (anche su richiesta della persona offesa) o la persona sottoposta ad indagini possano chiedere che si proceda ad incidente probatorio al di fuori dei casi stabiliti dal comma 1 della stessa norma, non solo per l'audizione anticipata del minore, ma anche la persona offesa maggiorenne.⁵²² La *ratio* sottesa a tale estensione sembrava essere quella di tutelare la riservatezza della persona offesa, poiché nei procedimenti per reati sessuali è più avvertita l'esigenza di preservare l'intimità della persona e, soprattutto, si voleva fare in modo che essa non dovesse deporre anche in fase dibattimentale. Tuttavia, l'esame della persona offesa maggiorenne avveniva in incidente probatorio con le ordinarie modalità d'assunzione della prova testimoniale, ovvero attraverso l'esame incrociato condotto dalle parti.

Per quanto attiene al profilo della riservatezza, prima dell'intervento di riforma di cui stiamo trattando, gli unici due strumenti previsti dal codice di rito a cui la vittima poteva ricorrere erano quelli previsti dall'art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p. Questa disposizione prescrive che, in relazione ai reati di natura sessuale e di asservimento della persona ivi indicati, il dibattimento si svolge a porte aperte, a meno che la persona offesa non richieda che esso si svolga, in tutto o in parte, a porte chiuse.⁵²³ All'ultimo periodo dello stesso comma, inoltre, sempre a tutela della dignità della persona offesa da questi gravi reati, è fatto divieto di porle domande sulla vita privata o sulla sessualità che non risultino necessarie ai fini dell'accertamento del reato (esso opera anche nella fase incidentale grazie al rinvio contenuto all'art. 401 c.p.p.). Queste, dunque, le sole protezioni esistenti a tutela della riservatezza e della dignità della persona offesa maggiorenne prima della novella apportata all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. nel 2009.⁵²⁴

L'istituto dell'incidente probatorio "speciale", dunque, era attivabile per l'assunzione della testimonianza del minore, vittima o semplice testimone, e per quella della persona offesa in relazione alla categoria di reati tassativamente previsti dalla norma corrispondente. Nell'apprestare delle tutele all'adulto vulnerabile, quindi, viene meno quel concorso di garanzie offerte al minore per il fatto di trovarsi nella posizione di vittima o di mero

⁵²² S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, cit.

⁵²³ Si ricordi che, in relazione agli stessi reati, che sono quelli di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqies*, 601, 602 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*octies*, quando la persona offesa sia un minore si svolge sempre a porte chiuse.

⁵²⁴ T. RAFARACI, La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, cit., p. 259 e ss.

testimone del fatto di reato. La qualificazione dell'adulto come vulnerabile, infatti, è strettamente connessa alla sua posizione di vittima di particolari reati (reati sessuali, maltrattamenti in famiglia e atti persecutori), oppure dalla presenza di stati patologici in atto.⁵²⁵ Tale limitazione, tuttavia, poteva determinare un *deficit* di tutela per quei soggetti che, non potendo accedere alla disciplina dettata dal novellato comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., si trovassero comunque in una condizione di vulnerabilità.

Un'altra importante modifica è stata introdotta con il Decreto legge n. 93 del 2013, convertito - con modificazioni - dalla Legge 15 ottobre 2013, n. 119⁵²⁶, meglio nota come "legge sul femminicidio" e che recepiva la Convenzione di Istanbul del 2011 in tema di "prevenzione e lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica". Uno degli elementi di maggior interesse di questo provvedimento legislativo è stato quello (tra gli altri che però esulano dal nostro campo d'indagine) di aver introdotto, per la prima volta nel nostro ordinamento processuale, il concetto di vulnerabilità con riferimento alla persona offesa maggiorenne.⁵²⁷ Introduceva infatti un nuovo comma 4-*quater* all'art. 498 c.p.p., in forza del quale, quando si procedeva per uno dei reati con violenza alla persona previsti dal comma 4-*ter* della stessa disposizione - artt. 572 (maltrattamenti contro familiari e conviventi), 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 600-*bis* (prostituzione minorile), 600-*ter* (pornografia minorile), 600-*quater* (detenzione di materiale pornografico), 600-*quinqies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 601 (tratta di persone), 602 (acquisto e alienazione di schiavi), 609-*bis* (violenza sessuale), 609-*ter* (circostanze aggravanti della violenza sessuale), 609-*quater* (atti sessuali con minorenne), 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo) e 612-*bis* (atti persecutori) c.p. - e la persona offesa fosse stata un soggetto maggiorenne in condizione di vulnerabilità, desunta anche dal reato per cui si procedeva, il giudice doveva assicurare che la deposizione della stessa venisse condotta prendendo in considerazione tale circostanza e, allorquando fosse

⁵²⁵ T. RAFARACI, La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, cit., p. 259 e ss.

⁵²⁶ Cfr. C. IASEVOLI, Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona, in Diritto penale e processo, 2013, 12.

⁵²⁷ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 173.

stato ritenuto opportuno, avrebbe potuto disporre, su richiesta della persona offesa o del suo difensore, che venissero adottate modalità protette d'audizione.⁵²⁸

Il risultato di tali novelle, tutte circoscritte a particolari ambiti d'intervento, aveva dato vita ad un sistema particolarmente disorganico che, soprattutto in tema di prova dichiarativa delle vittime vulnerabili, non poteva che suggerire la necessità di un riordino sistematico. Si avvertiva l'esigenza di garantire una protezione non solo ai minori, non solo alle vittime di reato e non solo in relazione a determinate categorie di reato, come avveniva per le vittime vulnerabili maggiorenni, ma una protezione generalizzata della fonte di prova vulnerabile che prescindesse da presunzioni. Il legislatore italiano, nel dare attuazione alla Direttiva comunitaria 2011/36/UE in tema di "prevenzione e repressione della tratta di esseri umani", attraverso il Decreto legislativo n. 24 del 4 marzo del 2014, ha introdotto il comma 5-ter all'art. 398 del codice di procedura penale, grazie al quale si consente, su richiesta di parte, di procedere all'adozione di modalità protette anche per la deposizione del maggiorenne in sede di incidente probatorio, non solo vittima, ma anche mero testimone di un fatto di reato e che si trovi in una condizione di "particolare vulnerabilità", desumibile anche dal tipo di reato per cui si procede. Estendendo così all'adulto vulnerabile le tutele già previste per l'assunzione della testimonianza del minore.⁵²⁹

La portata innovativa di tale norma in ordine alla costruzione dello statuto del testimone vulnerabile è indubbia, prima di allora infatti, l'estensione delle particolari modalità protettive nell'ascolto del maggiorenne in incidente probatorio era conseguibile per il tramite dell'art. 401 c.p.p., il quale contiene un rinvio per cui nella fase incidentale le prove si assumono con le forme stabilite per il dibattimento, perciò si applicava la disciplina contenuta nell'art. 498, comma 4-quater, (norma che abbiamo già visto essere stata introdotta dal legislatore nel 2013), e che prevede che, su richiesta di parte, si possano attivare le particolari modalità protettive qualora si debba procedere all'esame del maggiorenne che sia persona offesa dai reati espressamente indicati dal precedente comma 4-ter e di cui venisse riconosciuto lo stato di particolare vulnerabilità. In alternativa, per concedere tali protezioni si poteva ricorrere ad una interpretazione della normativa nazionale in conformità a quella sovranazionale in tema di diritti minimi delle vittime contenuta nella

⁵²⁸ C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, cit., p. 653.

⁵²⁹ D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima di reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 3420.

Decisione quadro 2001/220/GAI, conformemente a quanto affermato nella nota pronuncia della Grande sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 16 giugno del 2005 nel caso Pupino. L'interpretazione conforme dell'art. 398 comma 5-bis c.p.p. avrebbe consentito di estendere l'ambito di operatività delle modalità protette da esso previste anche ai soggetti vulnerabili esclusi da detta norma.

Ad ogni modo, l'aggiunta del nuovo comma 5-ter al corpo dell'art. 398 c.p.p., innanzitutto, elimina quel disallineamento che sussisteva in relazione all'art. 392, comma 1-bis, che ammetteva l'incidente probatorio speciale anche per le persone offese da uno dei reati inclusi nel catalogo indicato dalla stessa norma, ma l'audizione di queste avveniva comunque con le modalità ordinarie d'assunzione della prova, cioè tramite la *cross examination*. Ora, infatti, grazie alla nuova norma, non solo tali soggetti vengono ascoltati con l'osservanza di particolari modalità protettive, ma la norma concede che queste ultime possano essere adottate ogni volta che il dichiarante si trovi in una condizione di vulnerabilità, desumibile anche dal tipo di reato per cui si procede. Essendo questo l'unico presupposto richiesto dalla norma, le protezioni per l'assunzione della testimonianza in incidente probatorio sono attivabili anche quando debba assumersi la testimonianza di un soggetto che non sia anche persona offesa dal reato. Inoltre, l'altro grande pregio del comma 5-ter è di estendere il limite oggettivo contenuto dal precedente comma. L'art. 398 comma 5-bis c.p.p., infatti, riconnette le protezioni solo ad una determinata categoria di reati indicati dalla stessa norma, ma sebbene il comma 5-ter contenga un richiamo integrale alla norma contenuta nel comma precedente, esso sembra doversi intendere come attinente alle sole modalità protette d'audizione, e non anche alla lista dei reati che la predetta norma indica come presuntivamente traumatizzanti.⁵³⁰ Uno degli argomenti che porta a sostenere tale interpretazione è di ordine sistematico: il Decreto legislativo n. 14/2014, all'art. 1,⁵³¹ ha riconosciuto che la valutazione della vulnerabilità vada compiuta in concreto, cioè attraverso un esame individualizzato, che prescinda da mere presunzioni e che punti a verificarne

⁵³⁰ Per un approfondimento sugli argomenti che hanno condotto ad accogliere tale interpretazione si veda S. RECCHIONE, Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell'art. 398 c.p.p., in *Diritto penale contemporaneo*, 14 aprile 2014.

⁵³¹ Il quale recita: «*nell'attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di un valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere*».

l'effettiva esistenza. Se si accoglie l'interpretazione proposta, l'ambito di operatività della novella si estenderebbe al punto da ricomprendere, oltre ai testimoni che accedono all'incidente probatorio "speciale", anche quelli "ordinari", ovvero quelli che debbano essere ascoltati anticipatamente ai sensi delle lett. *a)* e *b)* dell'art. 392 comma 1 c.p.p. Per stare ad un esempio: si pensi al testimone anziano e con gravi problemi di salute, il quale sarebbe ascoltato con modalità protette se ritenuto in concreto vulnerabile.⁵³²

Il decreto di cui sopra, in sostanza, seguendo le tracce della Legge n. 119 del 2013, ha contribuito ad allargare la concezione di vulnerabilità, che si discosta così da rigidi parametri legati alle condizioni soggettive e al tipo di reato per cui si procede. Il nuovo concetto di vulnerabilità, perciò, anche in conformità al dettato della Direttiva 29/2012/UE, inizia ad aprirsi ad una valutazione slegata da meri automatismi per approdare ad un'analisi caso per caso, finalizzata a verificare l'esistenza di situazioni di vulnerabilità. Tuttavia, è doveroso puntualizzare che, come si evince anche dal testo dell'art. 1 del decreto riportato in nota, nel corso della valutazione sulla sussistenza della condizione di vulnerabilità nel caso concreto - momento topico da cui dipende la compressione dei diritti di difesa dell'imputato e del principio di oralità e pubblicità che informano il nostro sistema processuale - l'interprete dovrà pur sempre attenersi a criteri di tipo soggettivo (attinenti alle caratteristiche della persona offesa in questione) e oggettivo (riguardanti il tipo di illecito penale da essa subito), ma questi acquistano un valore differente rispetto al passato, un' "attitudine più duttile", e sono inquadrabili nello schema delle presunzioni meramente relative. Questi indici della vulnerabilità costituiscono senz'altro una novità importante, che possono considerarsi le fondamenta del tanto agognato statuto del dichiarante debole. Eppure, nonostante questo intervento normativo, era ancora avvertita l'indispensabilità di una sistematizzazione delle prerogative processuali della vittima vulnerabile.⁵³³

⁵³² S. RECCHIONE, Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell'art. 398 c.p.p., cit.

⁵³³ A riprova dell'irragionevolezza e della mancanza di coerenza della disciplina allora vigente, per rimanere ad un esempio, è stato osservato che l'art. 398, comma 5-ter, prevedeva una valutazione della vulnerabilità aspecifica solo per il maggiorenne testimone o vittima, ma non si comprendeva perché tale disposizione non si potesse estendere anche al minore, in modo da consentire, anche rispetto ad essi, una valutazione che prescindesse dal reato per cui si procedeva e dal ruolo di vittima o testimone dello stesso. Si auspicava, perciò, una revisione dell'articolo in questione. In più, si era rilevata una mancanza di coordinamento tra le disposizioni che disciplinavano l'incidente probatorio atipico, nella cui sede dovevano essere assunte le dichiarazioni dei soggetti vulnerabili, e l'art. 190-bis c.p.p. Quest'ultimo articolo, che indica i limiti alla rinnovabilità

Nel 2015 il nostro legislatore è intervenuto organicamente sulla materia ed ha provveduto a recepire la Direttiva 29/2012/UE - del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI - con il D.lgs. n. 212/2015, emanato il 15 dicembre dello stesso anno ed entrato in vigore il 20 gennaio 2016. Il decreto del 2015 introduce delle modifiche al codice di procedura penale e alle relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie, e, per quanto interessa in questa sede, tra queste non si può non considerare l'art. 90-*quater* c.p.p. Questa disposizione, in conformità all'art. 23 della direttiva che recepisce, ha il pregio di allargare, nell'ambito del nostro ordinamento processuale, i confini della vulnerabilità per l'attribuzione dello speciale *status* processuale. Il concetto di vulnerabilità, infatti, confronto al passato, risulta essere più esteso, e non è più strettamente condizionato solo da parametri soggettivi quali l'età e lo stato di infermità o deficienza psichica della persona offesa, ma anche da parametri di tipo oggettivo, dati dal tipo di reato, dalle modalità e dalle circostanze con le quali il reato è avvenuto. Ai fini della valutazione della particolare vulnerabilità della persona offesa, inoltre, l'art. 90-*quater* prescrive che si tenga conto «se il fatto è stato commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o terrorismo, anche internazionale, o di tratta di esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

dibattimentale delle dichiarazioni già rese in sede di incidente probatorio, però, nonostante i numerosi interventi che hanno novellato l'istituto dell'incidente probatorio atipico fino a quel momento, non era mai stato interessato da nessuna modifica. La disposizione *de qua*, infatti, stabiliva che i limiti alla ripetizione dibattimentale riguardavano solo il minore infrasedicenne e, per di più, rispetto ad un gruppo di reati molto risicato. Per poter avere un nucleo di regole coerenti sulla deposizione del soggetto vulnerabile, l'art.190-*bis*, comma 1-*bis*, avrebbe dovuto sancire l'applicabilità del comma 1 a qualsiasi procedimento nel quale fosse stato disposto l'incidente probatorio al fine di acquisire la testimonianza del soggetto vulnerabile. Se così fosse stato, la tutela sarebbe stata più completa, e la convocazione del teste in fase dibattimentale per la ripetizione di quanto già dichiarato in incidente probatorio sarebbe stata limitata al minimo, essendo ammissibile solo ove avesse riguardato fatti o circostanze diverse da quelle oggetto di assunzione anticipata, oppure nel caso in cui il giudice o una delle parti la ritenga necessaria "sulla base di specifiche esigenze". Ad ogni modo, l'audizione in fase dibattimentale poteva avvenire nelle forme già previste dall'art. 498 comma 4-*ter*, c.p.p., che non si poneva in contrasto con la direttiva del 2012, la quale non disponeva l'obbligatorietà di una sola audizione del soggetto vulnerabile maggiorenne.

Tale disposizione, in sostanza, accoglie nel nostro ordinamento processuale una valutazione della vulnerabilità della persona offesa del tutto slegata da presunzioni o automatismi, ma che, attraverso il metodo del *case by case*, ha riguardo al caso concreto.⁵³⁴ In presenza di tali situazioni, che cessano di essere tassativamente tipizzate, si parla perciò di “particolare vulnerabilità” o di “vulnerabilità atipica”. Tuttavia, di fatto, è venuto a delinearsi un sistema nel quale è innanzitutto previsto un ampio spazio alla vulnerabilità presunta, che comprende tutte le vittime dei reati catalogati dagli artt. 351 comma 1-*ter*, 392 comma 1-*bis*, 398 comma 1-*bis* e 498 comma 4-*ter* c.p.p., in relazione ai quali vige un automatismo nell’ applicazione delle tutele previste: è la cosiddetta vulnerabilità “presunta”. Tutto ciò fa sì che il nostro ordinamento offra una tutela più ampia di quella a cui ambisce la direttiva del 2012, la quale prescriveva solo un accertamento della vulnerabilità per tutte le vittime, a prescindere dal reato da esse subito e prevedendo una sola presunzione in relazione al dichiarante minorenne (art. 22). Ad ogni modo, la condizione di vulnerabilità “atipica” è riconosciuta dall’ autorità giudiziaria con riferimento allo specifico caso, ed essa giustifica l’adozione di particolari modalità durante l’assunzione delle dichiarazioni della persona offesa, sia durante la fase di svolgimento di atti investigativi, sia nel corso degli atti probatori.⁵³⁵ Vediamo quali sono quelle espressamente riferibili all’adulto. Innanzitutto, il D.lgs. n. 212/2015 ha introdotto gli ultimi due periodi al comma 1-*ter* dell’art. 351 c.p.p.⁵³⁶, il primo dei quali prescrive la presenza dell’esperto anche quando debbano assumersi sommarie informazioni dalla

⁵³⁴ D. DISPO, La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processualpenalistico italiano: prime riflessioni a margine del D.lgs. 212/2015, in *La legislazione penale* del 25.02.2016. p. 6.

⁵³⁵ S. QUATTROCOLO, Vittima e processo penale: commistione di ruoli e di funzioni, cit., 2018, 2.

⁵³⁶ Art. 351, comma 1-*ter*, c.p.p.: « *Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies e 612-bis del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell’ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero. Allo stesso modo procede 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*».

persona offesa dal reato, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità e in relazione a procedimenti che abbiano per oggetto qualsiasi reato.⁵³⁷

Il decreto del 2015 ha poi modificato l'art. 498 c.p.p., sostituendo il comma 4-*quater*⁵³⁸ (che, vale la pena rammentarlo per ragioni di chiarezza, era stato aggiunto dalla L. 15 ottobre 2013, n. 119 e che prevedeva che, su richiesta della persona offesa o del suo difensore, il giudice potesse disporre che si procedesse con l'adozione di modalità protette per l'esame della persona offesa maggiorenne e in stato di vulnerabilità, ma solo quando si stesse procedendo per i reati con violenza alla persona di cui al comma 4-*ter* della stessa disposizione)⁵³⁹ il quale estende le modalità protette all'esame della persona offesa che versi nella condizione di particolare vulnerabilità di cui all'art. 90-*quater* c.p.p. L'estensione alla vittima adulta, quindi, prescinde dal tipo di reato per cui si procede, e le relative protezioni sono disposte dal giudice e da lui modulate in base alle specificità del caso e solo su richiesta della persona offesa o del suo difensore. Tale norma, pur essendo prevista per la fase dibattimentale, trova applicazione anche in sede incidentale, grazie al nuovo comma 5-*quater*⁵⁴⁰ dell'art. 398 c.p.p., introdotto dal D.lgs. n. 212/2015, che dispone che quando si debba procedere all'esame di una persona offesa particolarmente vulnerabile ex art. 90-*quater* c.p.p. si applicano le disposizioni di cui al comma 4-*quater* dell'art. 498 c.p.p. La disposizione relativa all'incidente probatorio, dunque, rinvia a quella che disciplina l'esame dibattimentale. Le modalità protette d'assunzione dell'esame della persona offesa adulta, per quanto non determinate espressamente dal legislatore, sono scelte dal giudice tra quelle che le stesse norme predispongono per l'ascolto e la deposizione del minore, quindi egli potrà scegliere se debba avvenire in un luogo diverso dal tribunale, con particolari modalità o se raccogliere la prova in un locale fornito di vetro specchio e impianto citofonico. La persona offesa maggiorenne, infine, se ne è accertata la condizione di particolare vulnerabilità, nel contesto del procedimento penale riceve tutele analoghe rispetto a quelle prescritte dal

⁵³⁷ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 173.

⁵³⁸ Art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p.: «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».

⁵³⁹ S. BELTRANI et al., Codice di procedura penale- I codici commentati Giuffrè, cit.

⁵⁴⁰ Art. 398, comma 5-*quater*, c.p.p.: «Fermo quanto previsto dal comma 5-*ter*, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 498, comma 4-*quater*».

legislatore per il minore. Anche in relazione all'adulto, tuttavia, il legislatore non provvede a stabilire quale sia l'organo che debba procedere a svolgere l'accertamento della vulnerabilità del soggetto, né vengono precisate le modalità attraverso le quali tale verifica debba avvenire. Tuttavia, è da rilevare come il mero testimone adulto, che non sia dunque anche persona offesa dal reato, verrà ascoltato con l'osservanza del regime ordinario sia in sede di assunzione di sommarie informazioni sia quando debba essere ascoltato come testimone. Questo è sicuramente il grande difetto della disciplina che stiamo analizzando, poiché non si comprende per quale ragione non si consideri che il semplice testimone, magari di un delitto efferato, possa aver riportato delle gravi conseguenze traumatiche, le quali ne giustificerebbero il riconoscimento della vulnerabilità e l'estensione delle cautele previste per la persona offesa.⁵⁴¹

5.2 LA TESTIMONIANZA DELL'INFERMO DI MENTE.

Come abbiamo visto nel capitolo dedicato al minore, le tutele apprestate ai testimoni "deboli", ovvero il minore e l'infermo di mente, nell'impianto originario del codice di rito del 1988 erano riconducibili a due sole norme generali, contenute rispettivamente all'art. 188 e all'art. 196 c.p.p. Nella prima disposizione si afferma il principio generale in tema di acquisizione della prova per il quale non sono utilizzabili, neanche su consenso della persona interessata, «metodi e tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o che possano alterare il ricordo o la valutazione dei fatti», allo scopo di tutelare la libertà morale, la dignità e l'attendibilità del dichiarante. La seconda disposizione, invece, al comma 1 sancisce la capacità a testimoniare di ogni persona, mentre nel seguente comma 2 dell'art. 196 c.p.p. si affida al giudice la valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni del teste, e qualora egli scorga nell'escutendo un comportamento che possa far sorgere il dubbio sulla sua capacità di testimoniare, ha l'obbligo di disporre l'opportuno accertamento tecnico sulla sua idoneità fisica e mentale a rendere dichiarazioni.

Oltre a queste norme generali, il legislatore aveva introdotto, tramite la previsione di cui all'art. 498 comma 4 c.p.p., una deroga alle ordinarie regole di acquisizione della prova

⁵⁴¹ L. ALGERI, Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista, cit., p. 175-176.

testimoniale a favore del solo minorenne, testimone o vittima del reato, che sarebbe stato così sottratto all'esame incrociato. Negli anni a seguire, il legislatore ha continuato la sua attività normativa allargando le tutele a favore del minore che fosse vittima o testimone di reati di natura sessuale.⁵⁴² Il ruolo del minore, quindi, sembrava aver assorbito l'attenzione del legislatore che gli attribuiva un ruolo preminente, mentre l'infermo di mente sembrava essere stato dimenticato e ad egli potevano applicarsi solo le regole generali che abbiamo visto sopra. Tuttavia, a partire dal 1997 si è assistito ad una nuova sensibilità nei confronti dell'infermo di mente, la quale ha segnato un principio di svolta nel processo di graduale adeguamento delle tutele processuali di questa categoria rispetto a quelle già previste per il minore. L'origine dell'inedita considerazione di cui è oggetto l'infermo di mente si rinviene in una pronuncia della Corte costituzionale, e segnatamente la sentenza del 30 luglio 1997, n. 283⁵⁴³. In quest'ultima si legge che, nel corso di un procedimento penale a carico di persona imputata di maltrattamenti in famiglia ai danni della figlia maggiore di età ed affetta da oligofrenia, il pretore di Asti, su richiesta del pubblico ministero, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 498, comma 4, c.p.p., in riferimento all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non riservava al testimone maggiorenne e incapace per infermità psichica lo stesso trattamento previsto per il minore. Nella sentenza si legge inoltre che «il giudice remittente premette che la particolare natura del reato per il quale si procede e il rapporto che lega la persona offesa all'imputata postulano l'esigenza di procedere all'esame testimoniale della prima con peculiari cautele; che la medesima è astrattamente capace di deporre, ai sensi dell'art. 196 del codice di procedura penale, e il comma 2 di tale articolo consente, ai fini di verificare se la teste sia in grado di fornire una testimonianza attendibile, di disporre una perizia psichiatrica. Ma osserva che il sistema normativo non prevede, una volta accertata in concreto l'idoneità del teste a rendere la deposizione, modalità particolari per l'assunzione della prova, poiché la valutazione dell'attendibilità del teste, prevista dall'art. 196, comma 2, presuppone che l'escussione sia già avvenuta».⁵⁴⁴ La Corte ha perciò dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 498 nella parte in cui non consente

⁵⁴² A. FAMIGLIETTI, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Cassazione penale*, 2006, 12, p. 446.

⁵⁴³ A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in *Verso lo statuto del testimone nel processo penale*, Atti di convegno Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Milano, Giuffrè, 2005, p. 127.

⁵⁴⁴ Sentenza Corte cost., 30 luglio 1997, n. 283. (Pubblicata in G.U. 06 agosto 1997 n. 32) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

che il testimone maggiorenne infermo di mente possa essere esaminato direttamente dal presidente, ove questo ritenga che l'esame incrociato possa nuocere la personalità del teste medesimo, sentite previamente le parti e comunque su domande e contestazioni proposte dalle stesse. I giudici della Consulta hanno perciò esteso il cosiddetto "esame attutito" anche all'infermo di mente, sebbene esso debba essere preceduto e subordinato ad una verifica da parte del giudice.⁵⁴⁵ La pronuncia in parola, dunque, pur avendo un notevole valore per aver posto l'accento sui diritti della persona in quanto tale, assumendo come parametro l'art. 2 della Cost. (e non l'art. 3 indicato dal giudice remittente) per l'accostamento delle tutele dell'infermo a quelle già previste per i minori, non ha compiuto una vera e propria equiparazione tra le due categorie di soggetti. Infatti, se per il minore l'esame attutito è sempre disposto, esclusa qualsiasi valutazione dell'autorità giudiziaria, per l'infermo di mente tale automatismo viene meno e il giudice deve effettuare un'analisi del caso concreto e delle sue specificità. Tra le due posizioni soggettive non vi era ancora una completa assimilazione, e in effetti la situazione che giustifica l'adozione di particolari protezioni è differente: nel caso del minore ciò che si vuole preservare è la sua personalità *in fieri*, perciò essendo un soggetto in crescita e in evoluzione si vuole evitare che l'esperienza del processo penale provochi in lui ulteriori conseguenze traumatiche che si aggiungano alla cosiddetta vittimizzazione primaria, pregiudicando il normale sviluppo della sua personalità. Questo è il motivo per il quale è previsto dal nostro ordinamento il processo e il giudice minorile e per cui sono previste particolari cautele quando egli debba prendere parte al processo ordinario. Per quanto attiene all'infermo di mente, invece, ciò che viene in rilievo è il suo stato personale: egli è affetto da una patologia mentale, a causa della quale si vuole evitare che la partecipazione al processo penale si traduca in un'offesa alla sua dignità. Perciò, l'unico dato che sembrava accomunare le due categorie soggettive era quello per cui le tutele contenute all'art. 499 c.p.p., che regola la deposizione testimoniale, e nel principio di cui all'art. 188 c.p.p. non sembravano essere sufficienti per tali figure. Per entrambe, infatti, si ritenevano necessarie delle regole speciali, che derogassero all'ordinario regime di acquisizione della prova, ma che allo stesso tempo non comportassero un completo sacrificio del principio dialettico nella formazione della prova.⁵⁴⁶ La sentenza in oggetto, tuttavia, nulla disponeva in riferimento all'incidente probatorio. A questo proposito, la Corte,

⁵⁴⁵ N. PASCUCCI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2583.

⁵⁴⁶ A. PRESUTTI, La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente, cit., p. 127.

nell'ordinanza n. 583 del 2000⁵⁴⁷, aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., con riferimento alle norme costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedeva che tale disposizione dovesse trovare applicazione anche in relazione alla deposizione testimoniale della persona inferma di mente. La motivazione di tale infondatezza si basava sulla diversa *ratio* che atteneva all'incidente probatorio speciale e alla diversa situazione in cui si trova l'infermo di mente rispetto al minore.⁵⁴⁸

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 108 del 2003⁵⁴⁹ ha nuovamente ritenuto di non dover estendere anche all'infermo l'accesso privilegiato all'incidente probatorio. Per i giudici della Corte, infatti, l'infermo di mente sarebbe già adeguatamente tutelato dalla disciplina prevista dal comma 4 dell'art. 498 c.p.p., che regola le modalità d'assunzione della testimonianza in sede dibattimentale.

A ben vedere, si osservava che, proprio sulla base delle diverse esigenze di protezione che attengono alle figure del minore e dell'infermo di mente, non si rinvenisse alcuna ragione per la quale quest'ultimo dovesse essere estromesso quanto prima dalle dinamiche processuali. Per giunta, l'infermo di mente sarebbe potuto uscire anticipatamente dal processo ricorrendo all'incidente probatorio ordinario. Infatti, l'art. 392, comma 1, lett. *a*) dispone che si possa procedere all'assunzione anticipata della testimonianza in incidente probatorio «quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento», intendendosi per “infermità” anche quella di tipo mentale. A ben vedere, la tutela dell'infermo di mente, nonostante la pronuncia costituzionale del 1997, non poteva ancora considerarsi del tutto soddisfacente, dato che a tale figura rimanevano comunque precluse le cautele previste dai commi 4-*bis* e 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p., delle quali unico destinatario era il minore.⁵⁵⁰

In tal senso è però nuovamente intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza del 29 gennaio 2005, n. 63.⁵⁵¹ Quest'unica pronuncia ha riunito due giudizi di legittimità

⁵⁴⁷ Corte Cost., ord. 29 dicembre 2001, n. 583.

⁵⁴⁸ 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, cit., p. 286-287.

⁵⁴⁹ Corte Cost., ord. 1 aprile 2003, n. 108.

⁵⁵⁰ A. PRESUTTI, La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente, cit., p. 127.

⁵⁵¹ Sentenza Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63. (Pubblicata in G.U. 02 febbraio 2005, n. 5) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

costituzionale per connessione di oggetto, le ordinanze di remissione infatti erano due. La prima avanzata dal tribunale di Biella, il quale, in occasione di un procedimento per violenza sessuale e maltrattamenti in famiglia commessi dai genitori nei confronti della figlia inferma di mente e per la quale il pubblico ministero aveva richiesto di procedere all'assunzione dell'ascolto dibattimentale con l'osservanza delle modalità previste dall'art. 398, comma 5-bis e richiamate dall'art. 498, comma 2-bis. Infatti, si dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 498, comma 4-bis e comma 4-ter, c.p.p., in riferimento all'art. 2 Cost., nella parte in cui non prevedevano che l'esame del testimone infermo di mente maggiorenne che fosse anche parte offesa da un reato di violenza sessuale, si potesse svolgere, su richiesta di parte o quando il giudice lo ritenesse necessario per salvaguardare la personalità della stessa, con l'osservanza delle modalità di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. o per mezzo del vetro specchio e dell'impianto citofonico di cui all'art. 498, comma 4-ter, c.p.p., su richiesta della stessa persona offesa o del suo difensore.

La seconda ordinanza di remissione, invece, è stata emessa dal Giudice per le indagini preliminari del tribunale di Ariano Irpino, che dopo avere ammesso l'incidente probatorio ordinario ex art. 392, comma 1, lett. a), in relazione ad un procedimento per violenza sessuale nel quale la persona offesa era una persona adulta e inferma di mente, ha sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-bis, per contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 32 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede che per la testimonianza della persona adulta e inferma di mente, e che sia vittima di reati sessuali, non si possa procedere con le modalità protette⁵⁵² considerate dalla stessa norma.⁵⁵³ Tale disciplina protettiva, infatti, era prevista solo a tutela del minore infrasedicenne (tale ultimo riferimento è stato eliminato e tali tutele sono ora previste a favore dei minori *tout court* grazie alla sostituzione operata dall' art. 9 del D.l. 23 febbraio 2009, n. 11 e convertito, con modifiche, dalla L. 23 aprile 2009, n. 38).

Secondo i giudici remittenti l'applicazione analogica delle disposizioni impugnate non sarebbe operabile poiché si tratterebbe di norme eccezionali che derogano quelle di cui all'art. 498, commi 1-3, c.p.p., espressione dell'ordinaria disciplina in tema di formazione

⁵⁵² Ad esempio, attraverso l'utilizzazione di mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, con l'assistenza di un esperto, in un locale separato da quello in cui si trovano le parti o mediante l'utilizzo di vetro specchio unidirezionale e un impianto citofonico e così via.

⁵⁵³ F. MINNITI, M. MINNITI, Disabili mentali, più protezione in aula, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in Diritto e Giustizia, 2005, 10, p. 52 e ss.

della prova e, più in generale, del modello accusatorio a cui prevalentemente si ispira il nostro processo penale.

I giudici della Corte, in continuità con quanto espresso nella sentenza del 1997, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice possa procedere con le modalità protette previste dalla stessa norma all'assunzione della prova qualora tra le persone interessate vi sia un soggetto maggiorenne e infermo di mente, e le esigenze di questo lo rendano necessario od opportuno. La Consulta ha inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p. nella parte in cui non consente che la testimonianza del maggiorenne infermo di mente che sia anche vittima di uno dei reati espressamente elencati dalla norma, su propria richiesta o del suo difensore, possa essere assunta mediante l'impiego di un vetro specchio congiuntamente ad un impianto citofonico. È stata invece giudicata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. poiché, come si legge nella motivazione della sentenza, il contenuto di tale norma si limita a rendere applicabili in sede dibattimentale, quando una parte lo richieda o quando il giudice lo reputi necessario, le modalità d'assunzione della prova previste dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., ma essendo stato quest'ultimo investito dalla pronuncia additiva, ne deriverebbe un automatico ampliamento dell'ambito di applicabilità dello stesso art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p.⁵⁵⁴

In motivazione si legge anche che le questioni sono state accolte per violazione dell'art. 2 Cost, poiché la dignità della persona risulta avere un valore preminente rispetto ad altri interessi che, benché siano anch'essi meritevoli di tutela, come lo sono le ordinarie regole di formazione della prova, risultano di grado inferiore. La Corte, tuttavia, si è attenuta anche ad un altro parametro costituzionale per la pronuncia in questione, ovvero quello dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost. Infatti, pur ribadendo che non è possibile effettuare una meccanica equiparazione delle posizioni dell'infermo e del minore, come già affermato nella sentenza n. 283 del 1997, sulla base delle esigenze di protezione della personalità dell'infermo di mente si ritiene possa operare un'omogeneizzazione delle posizioni che giustifichi un'estensione delle norme censurate. Infatti, deporre nel contraddittorio dibattimentale è già di per sé esperienza difficile, e lo sarebbe ancora di più, fino a poter diventare traumatizzante e lesiva per la personalità, per un soggetto fragile come

⁵⁵⁴ A. FAMIGLIETTI, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Cassazione penale*, cit., p. 446; <<https://www.cortecostituzionale.it/>>.

l'infermo mentale che debba deporre su particolari intimi legati alla violenza subita. Per di più, la Corte ha osservato che l'adozione delle speciali modalità d'audizione non dovrebbero essere estese solo per ragioni di tutela della dignità e della personalità del dichiarante debole, ma anche per preservare la genuinità delle dichiarazioni rese dallo stesso. Per tali ragioni l'esclusione dell'infermo di mente dalle cautele provviste per il minore andava corretta, poiché era conseguenza di una scelta irragionevole del legislatore.

Qualche precisazione su questa sentenza, che certamente ha un grande significato politico, culturale e normativo, è comunque doverosa: innanzitutto continua ad essere preclusa per l'infermo la deroga automatica alla *cross examination*, la quale opera solo in relazione al minore. Per l'infermo, infatti, è rimessa alla discrezionalità del giudice la valutazione circa l'esistenza del pericolo che le regole ordinarie di assunzione della prova testimoniale possano arrecare un danno alla sua personalità, pertanto il regime derogatorio rimane solo un'eventualità.⁵⁵⁵

Inoltre, è da rilevare che se all'art. 498, comma 2-*bis*, c.p.p. la cui questione di legittimità è stata ritenuta infondata dai giudici costituzionali, è stata riconosciuta una portata che si limita a rendere applicabili in sede dibattimentale le modalità d'assunzione della prova previste dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., parte della dottrina ha sostenuto che queste potranno operare nei confronti dell'infermo di mente solo in relazione ai procedimenti per reati di natura sessuale espressamente indicati da quest'ultima norma.⁵⁵⁶ La motivazione della sentenza, infatti, non sembra suggerire argomenti che siano in grado di sostenere l'estensione della norma speciale a procedimenti relativi a qualsiasi tipo di reato. Pertanto, sarebbe interdetta la generalizzata possibilità di estendere le particolari modalità di assunzione della prova testimoniale all'infermo mentale. In questo senso, la pronuncia che stiamo esaminando sembrerebbe porsi in contraddizione con una meno recente sentenza della Corte costituzionale, la n. 114 del 2001⁵⁵⁷, nella quale i giudici avevano sostenuto l'estendibilità delle modalità protette previste dall'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p., norma che operava in dibattimento indipendentemente dal titolo di reato, cioè in relazione a tutti i procedimenti e non sono a quelli che avevano ad oggetto i reati di stampo sessuale, anche all'incidente

⁵⁵⁵ A. FAMIGLIETTI, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Cassazione penale*, cit., p. 446.

⁵⁵⁶ In questo senso vedi M. Minniti, F. Minniti, *Disabili mentali, più protezione in aula*, cit., p. 52.

⁵⁵⁷ Sentenza Corte cost., 7-9 maggio 2001, n. 114. (Pubblicata in G.U. 16 maggio 2001 n. 19) in <<https://www.cortecostituzionale.it/>>, cit.

probatorio in forza dell'art. 401, comma 5, c.p.p. Quest'ultima pronuncia, a ben vedere, indagava i rapporti tra art. 398, comma 5-*bis*, e 498, comma 4-*bis*, c.p.p. dal solo punto di vista oggettivo, mentre la pronuncia del 2005 aveva ad oggetto i limiti soggettivi delle norme in esame. Ad ogni modo, si potrebbe interpretare la sentenza più recente come un'occasione di ridimensionamento "autentico" della posizione precedentemente assunta.⁵⁵⁸ In senso diametralmente opposto si pone altra parte della dottrina, nel ritenere che «in virtù della proprietà transitiva fra norme e dell'estensione della *species* alla regola generale, operata dall'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p., le modalità protette di assunzione probatoria si applicano in dibattimento a tutti i procedimenti penali e nei confronti di tutti i soggetti deboli, minorenni ed infermi di mente».⁵⁵⁹

Rimaneva comunque un sostanziale disallineamento e un'incoerenza di fondo nella disciplina: l'art. 498 comma 4-*ter* c.p.p., infatti, contiene un limite soggettivo che fa sì che nel suo ambito applicativo siano ricomprese solo le vittime, mentre l'art. 398, comma 5-*bis* si estendeva anche al mero testimone. In più, l'ambito d'applicabilità di quest'ultimo è più vasto, poiché il riferimento non è solo alla testimonianza, ma in generale a tutti i mezzi di prova, quali ricognizioni o confronti.⁵⁶⁰ Infine, una protezione dell'infermo di mente si riteneva necessaria anche in relazione alla fase delle indagini preliminari, in particolare in relazione all'assunzione di sommarie informazioni, occasione che potrebbe essere comunque idonea a generare un pregiudizio nell'individuo infermo di mente.⁵⁶¹

Dunque, per quanto le pronunce della Corte abbiano avuto il merito di estendere le tutele dei soggetti deboli in relazione al processo penale, era avvertita la necessità di un intervento del legislatore che resolvesse le aporie e le incongruenze sistematiche che affliggevano la materia.

Ad ogni modo, a partire dal 2015 l'infermo di mente che sia anche vittima di reato può beneficiare della tutela prevista dal comma 4-*quater* dell'art. 498 c.p.p. a favore della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità, sebbene non in maniera

⁵⁵⁸ A. TASSI, La corte estende l'audizione protetta all'infermo di mente, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 1, p. 605 e ss.

⁵⁵⁹ A. FAMIGLIETTI, Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, cit., p. 446.

⁵⁶⁰ *Ibidem*.

⁵⁶¹ A. TASSI, La corte estende l'audizione protetta all'infermo di mente, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, cit., p. 605 e ss.

automatica ma previa verifica giudiziale dell'esistenza dei presupposti di cui all'art. 90-*quater* c.p.p. La sentenza n. 289/1997, dunque, conserva la sua utilità per gli infermi di mente maggiorenni che siano meri testimoni, e non sommino in sé anche la veste di persona offesa dal reato, e per i quali non può trovare applicazione l'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p.⁵⁶² Osservazioni non dissimili valgono anche per la disciplina dell'incidente probatorio speciale ex art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., rispetto alla quale una prima apertura in senso soggettivo c'è stata con la sostituzione operata dal D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in L. 23 aprile 2009, n. 3, che estendeva l'operatività dell'istituto dai minori anche alle persone offese maggiorenni, ai cui danni fosse stato compiuto uno dei delitti espressamente previsti dal legislatore, e tra le quali potevano rientrare anche gli infermi di mente. Rimanevano così escluse dai confini di tale disciplina i soggetti infermi che non fossero persona offesa di uno dei reati normativamente previsti, ma semplici testimoni.⁵⁶³

Il D.lgs. 212/2015 ha poi aggiunto l'ultimo periodo al comma 1-*bis*, per il quale «in ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza». L'accesso all'istituto è quindi ampliato a tutte le persone offese dal reato, minori o maggiori d'età, che versino in una situazione di vulnerabilità. Questa qualificazione, tuttavia, che si sgancia dal tipo di reato subito e tassativamente predeterminato, si accerta mediante una valutazione individualizzata ex art. 90-*quater* c.p.p., che attiene prima alla verifica dell'effettiva esistenza di una condizione di debolezza e, di conseguenza, all'individuazione delle protezioni che meglio rispondono alle effettive esigenze di protezione del soggetto. Tra gli indici della cosiddetta vulnerabilità "atipica" troviamo infatti anche quello dell'infermità o della deficienza psichica. Ciò che lascia interdetti dell'attuale disciplina dell'incidente probatorio è che, per quanto sia stato esteso l'ambito dell'istituto *de quo*, non sia stata prevista alcuna protezione a salvaguardia della personalità di minori e infermi, che pur essendo in una condizione di particolare vulnerabilità, non siano anche vittime, ma solo testimoni del reato. Infatti, almeno i minori meri testimoni dei reati espressamente indicati dalla norma saranno escussi con le modalità previste dal comma 1-*bis*, mentre l'infermo

⁵⁶² N. PASCUCCI, La testimonianza del minorenne nel processo penale, cit., p. 2583.

⁵⁶³ 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, cit., p. 286-287.

potrà essere escusso in incidente probatorio speciale, con l'applicazione delle relative cautele, solo allorquando sia anche vittima del reato.⁵⁶⁴

Sempre ad opera del D.lgs. 212/2015, poi, si ritiene che la presenza dell'esperto possa essere disposta anche per l'assunzione delle sommarie informazioni dell'infermo mentale che sia persona offesa dal reato da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria. Infatti, il decreto legislativo di cui sopra ha inserito il periodo «allo stesso modo provvede quando deve assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità», analogamente, sia all'art. 351, comma 1-ter, c.p.p. sia all'art. 362, comma 1-bis. Lo stesso non si può dire per l'assunzione di informazioni da parte del difensore ex art. 391-bis, comma 5-bis, nel quale non si rintraccia alcun riferimento alla persona offesa vulnerabile, poiché alla modifica degli artt. 351, comma 1-ter e 362 comma 1-bis c.p.p. non è corrisposta quella della norma di cui si sta discorrendo.

In conclusione, possiamo notare come, anche a seguito delle novelle apportate dal D.lgs. 212/2015, il cosiddetto statuto del dichiarante vulnerabile continui ad essere irragionevolmente incoerente: se la *ratio* della disciplina che abbiamo analizzato sinora è quella di preservare e salvaguardare la dignità e la personalità del soggetto infermo di mente ex art. 2. Cost, non si comprende per quale motivo ne debba escluso il soggetto che non sia anche vittima del reato. Le stesse esigenze di protezione, infatti, si pongono in relazione al mero testimone adulto e infermo di mente, perciò non si può che sperare che il legislatore intervenga nuovamente sulla materia al fine di razionalizzarla, estendendo anche a tali soggetti la possibilità di essere ascoltati in incidente probatorio speciale e di assicurare loro la presenza di un esperto in sede di raccolta di sommarie informazioni da parte delle autorità inquirenti.

⁵⁶⁴ 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, cit., p. 286-287

BIBLIOGRAFIA

AGLIASTRO M., *La violenza sulle donne nel quadro della violazione dei diritti umani e della protezione del testimone vulnerabile*, in collana Diritto e Prospettive, Roma, Aracne editrice, 2014.

ALGERI L., *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2017.

ALGERI L., *L'esame del minore al vaglio della Consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in Diritto penale e processo, 2018, 1.

ALGERI L., *Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista*, in (a cura di) P. FELICIONI, A. SANNA, *Contrasto a violenza e discriminazione di genere. Tutela della vittima e repressione dei reati*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

ALGERI L., *Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova*, in Diritto penale e processo, 2020, 1.

ALLEGRAZZA S., *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2015.

AMALFITANO C., *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2011, 3.

AMALFITANO C., *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 2.

ANGELI F., *La giurisdizione minorile e i soggetti vulnerabili*, in *Minori Giustizia: rivista interdisciplinare di studi giuridici, psicologici, pedagogici e sociali sulla relazione tra minori e giustizia*, 2019, 1.

APRILE E., *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul «caso Pupino» in materia di incidente probatorio*, in *Cassazione Penale*, 2006, 3.

APRILE E., *Osservazioni a C. Cost, data udienza (21 febbraio 2018), data deposito 27 aprile 2018, n. 92*, in *Cassazione Penale*, 2018, 7-8.

ARASI S., *L'incidente probatorio atipico*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 5.

ARDITA S., *La prevedibilità dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cassazione penale*, 2002.

BARGIS M., BELLUTA H., *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in BARGIS M, BELLUTA H. et al., *Vittime di reato e sistema penale: la ricerca di nuovi equilibri*, Torino, G. Giappichelli, 2017.

BELLUTA H., *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in LUPÀRIA L., in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione europea e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015.

BELLUTA H., *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?* in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 5.

BELTRANI S. et al., *Codice di procedura penale- I codici commentati*, Giuffrè, 4. ed, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

BRAMANTE A., LAMARRA V., *Audizione protetta e raccolta delle prime dichiarazioni delle vittime in condizioni di particolare vulnerabilità (Sit)*, (Indagini scientifiche del 21 settembre 2016), in *Il Penalista*.

CAMALDO L., *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in Cassazione penale, 2006, 12.

CANZIO G., *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in Diritto penale e processo, 2010, 8.

CAPITTA A. M., *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in Diritto penale contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it.

CARACENI L., *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria*, in Cassazione penale, 2015, 1.

CARPONI SCHITTAR D.et al., *Il testimone vulnerabile*, Milano, Giuffrè, 2005.

CASANA A., *Il reato di pornografia minorile dopo le modifiche di cui alla legge 6 febbraio 2006 n. 38: la destinazione esclusivamente personale e l'assenza di un concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto*, in Il Foro ambrosiano, 2012, 1.

CASSIBBA F., *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in Diritto penale contemporaneo, 11 luglio 2014.

CESARI C., *Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona offesa dal processo: la tutela del testimone fragile nell'evoluzione processualpenalistica*, in (a cura di) D. NEGRI, M. PIFFERI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 12-13 novembre 2010*, Giuffrè, 2011.

CESARI C., *La vittima nel rito penale: le direttrici della lenta costruzione di un nuovo ruolo*, in *La posizione dell'offeso nel processo penale: evoluzione della normativa, criticità e prospettive di riforma*, sez. Dottrina e attualità giuridiche, in *Giurisprudenza Italiana*, 2012.

CESARI C., *Il “minore informato sui fatti” nella legge n. 172/2012*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1.

CESARI C., *Sull’audizione dei minori, le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte*, nota a Cass. Pen., 12 marzo 2013, n.16981, sez. IV, in *Cassazione Penale*, 2014, 4.

CESARI C., *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell’esame dibattimentale del teste minorenni*, in C. CESARI, *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2015.

CHENAL R., *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars Interpretandi*, 2018, 2.

CHIAVARIO M., *Le fonti di diritto dell’Unione europea: prima e “dopo Lisbona”*, in *Diritto processuale penale*, Annali IX, 2016.

CIAVOLA A. M., *Modelli operativi nell’indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L’esperienza nel distretto di Corte d’appello di Reggio Calabria*, in *Cassazione penale*, 2015, 2.

CIAVOLA A., *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, in *Cassazione penale*, 2020, 9.

CIAVOLA A., *La testimonianza del minorenne vittima di violenza sessuale in sede di incidente probatorio*, in *Cassazione penale*, 2020, 9.

COPPETTA M. G., *Il contributo dichiarativo del minorenne nell’incidente probatorio*, in C. CESARI, *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2015.

CORBO A., *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cassazione penale*, 2021, 3.

CORNACCHIA L., *Vittime e giustizia criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 4.

DE CATALDO NEUBURGER L., *Testimoni e testimonianze “deboli”*, ISISC, Padova, Cedam, 2006.

DICIOTTI E., *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Ars interpretandi*, 2018, 2.

DI NICOLA P., *nota a Cassazione penale, 10 dicembre 2014, n. 4332, Sez. VI*, in *Il Penalista*, 2016, 6.

DISPO D., *La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processualpenalistico italiano: prime riflessioni a margine del D.lgs. 212/2015*, in *La legislazione penale* del 25.02.2016.

FABBRICATORE A., *Il caso Pupino: sul riconoscimento dell’efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 5.

FALCINELLI D., *La “violenza assistita” nel linguaggio del diritto penale. Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall’art. 61 n. 11 quinquies c.p.*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2017, 1.

FAMIGLIETTI A., *La testimonianza del minore di sedici anni nell’incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, 1.

FAMIGLIETTI A., *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, nota a *Cort. Cost.*, 29 gennaio 2005, n. 63, in *Cassazione penale*, 2006, 12.

FANCI G., *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2011, V, 3.

FERRANTI D., *Brevi riflessioni sulla vittima di reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cassazione penale*, 2015, 10.

FERRETTI A., *Non è sufficiente l'occasionalità dei maltrattamenti per configurare la violenza assistita dai minori*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 4.

GABRIELLI C., *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di quale ambiguità argomentativa*, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2.

GARBAGNATI KETVEL G., *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i "pilastri" dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 2.

GIALUZ M., *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di Giustizia*, in L. LUPÀRIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2015.

GIALUZ M., GRISONICH E., *Crisi dell'Unione europea e crepe nel reciproco riconoscimento: il dialogo costruttivo tra le Corti assicura il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del mandato di arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2020, 7.

GUALTIERI P., *Durata ragionevole del processo e persona offesa*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 8.

GUSTAVO S., TRIBISONNA F., *La vittima minorenni nel processo penale: diritti, protezione, assistenza*, in G. B. CAMERINI et al., *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, Milano, Giuffrè, 2018.

IASEVOLI C., *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 12.

LAMANUZZI M., *La valutazione individuale delle specifiche esigenze di protezione nelle vittime della violenza di genere*, in Jus, 2018, 3.

LEMBO M.S., *La tutela della vittima nelle fonti dell'ONU, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea. La situazione in Italia*, in A.M. CASALE, P. DE PASQUALI e M.S. LEMBO (a cura di), *Vittime di crimini violenti - Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014.

LORENZETTO E., *Audizioni investigative e tutela della vittima*, in M. BARGIS, H. BELLUTA, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, G. Giappichelli, 2017.

MARCHETTI F., *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'incidente probatorio*, nota a Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2019, n.47572, in Cassazione penale, 2020, 12.

MARINO G., *Reati contro la sfera sessuale e minori: l'incidente probatorio non è incostituzionale*, nota a Corte Cost., 14 gennaio 2021 (dep. 5 febbraio 2021), n. 14, in Diritto & Giustizia, 2021 (8 febbraio).

MARTELLI S., *La convenzione di Lanzarote e Istanbul, un quadro d'insieme*, in L. LUPÀRIA. *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Wolters Kluwer- CEDAM, 2016.

MAZZILLI E., *La direttiva europea a tutela delle vittime di reato: i primi effetti nel diritto italiano*, in Rivista di diritto processuale, 2015, 3.

MELONI C., *Vittime e giustizia penale internazionale*, in L. LUPÀRIA. *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Wolters Kluwer- CEDAM, 2016.

MINNITI F., MINNITI M., *Disabili mentali, più protezione in aula*, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in Diritto e Giustizia, 2005, 10.

MONTELEONE M., *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al Codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 7-8.

NICOLICCHIA F., *L'accesso all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 4-5.

PARISI F., *Il contrasto al traffico di esseri umani fra modelli normativi e risultati applicativi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, 4.

PARLATO L., *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cassazione penale*, 2013, 9.

PARZIALE Y., *Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze*, in *Cassazione Penale*, 2020, 5.

PASCUCCI N., *Osservazioni sulla vittima minorenne in ambito europeo*, in *Cassazione penale*, 2013, 11.

PASCUCCI N., *La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenne*, nota a *Cassazione penale*, 10 dicembre 2013, n.3651, sez. III, in *Cassazione penale*, 2014, 9.

PASCUCCI N., *Le dichiarazioni del minorenne informato sui fatti dopo l'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Cassazione penale*, 2016, 7-8.

PASCUCCI N., *La testimonianza del minorenne nel processo penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 11.

PATERNOSTRO I., *Vittimizzazione primaria e secondaria*, in A.M. CASALE, P. DE PASQUALI e M.S. LEMBO (a cura di), *Vittime di crimini violenti - Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014.

PAULESU P. P., *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme*, in M. BARGIS, H. BELLUTA et al., *Vittime di reato e sistema penale: la ricerca di nuovi equilibri*, Torino, G. Giappichelli, 2017.

PAULESU P. P., *Vittima del reato e processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, 2.

PELISSERO M., *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 2.

PENNA C., *La vittimologia e la vittimalistica*, in A.M. CASALE, P. DE PASQUALI e M.S. LEMBO (a cura di), *Vittime di crimini violenti. Aspetti giuridici, psicologici, psichiatrici, medico-legali, sociologici e criminologici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014.

PIRAS L., *L'esame del minore in incidente probatorio: valgono le regole generali dell'esame testimoniale*, nota a Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 2021, n.8500, in *Diritto & Giustizia*, 2021, 45.

PITTARO P., *Ratificata la convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro sfruttamento e l'abuso sessuale: le modifiche al Codice penale*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 4.

PRESUTTI A., *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in *Verso lo statuto del testimone nel processo penale*, Atti di convegno Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003, Milano, Giuffrè, 2005.

PRESUTTI A., *Le audizioni protette*, in M. BARGIS e H. BELLUTA, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, G. Giappichelli, 2017.

PROCACCINO A., *La sentenza n. 262 del 1998 della Corte costituzionale: tra esigenze garantistiche e perfettibilità normative*, nota a Cort. Cost., 9 luglio 1998, n. 262, in *Cassazione penale*, 2000, 4.

QUATTROCOLO S., *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. BARGIS, H. BELLUTA, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, G. Giappichelli, 2017.

QUATTROCOLO S., *Vittima e processo penale: commistione di ruoli e di funzioni*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 2.

RAFARACI T., *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010.

REALE E., *Oltre la PAS: il percorso della vittimizzazione secondaria di donne e minori*, in G. CASSANO (a cura di), *Il minore nel conflitto genitoriale – dalla sindrome di alienazione parentale alla legge sulle unioni civili*, Milano, Giuffrè, 2016.

RECCHIONE S., *L'ascolto del minore nel processo penale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2011, 6.

RECCHIONE S., *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell'art. 398 c.p.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 aprile 2014.

RECCHIONE S., *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre "parti eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017,1 www.penalecontemporaneo.it.

RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 3.

ROMANO B., *Dubbi vecchi e nuovi di legittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenni*, nota a Cort. Cost., 9 luglio 1998, n. 262, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 4.

SAVY D., *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea*, in *Processo penale e giustizia*, 2013, 4.

SCHIRÒ D. M., *Circostanze del reato e tutela del minore*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2020, 1.

SCOMPARIN L., *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000.

SECHI P., *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale (Parte I)*, in *Cassazione Penale*, 2017, 2.

SECHI P., *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale (Parte II)*, in *Cassazione penale*, 2017, 6.

SIMONELLI C., PETRUCCELLI I., GALATI A., *La contaminazione del racconto del minore determinata dalle domande suggestive di una figura significativa*, in *Rivista di sessuologia clinica*, 2011, 1.

SORGATO A., *Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio*, (giurisprudenza commentata del 28 ottobre 2019) in *Il Penalista*.

SPADARO G., *La giurisdizione minorile e i soggetti vulnerabili*, in *Minorigiustizia*, 2019, 1.

TASSI A., *La corte estende l'audizione protetta all'infermo di mente*, nota a Cort. Cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 1.

TODARO G., *Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive*, in L. LUPÀRIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione europea e buone pratiche nazionali*, San Giuliano Milanese, Wolters Kluwer, 2015.

TONI C., *Il minore abusato: parte offesa e testimone nel processo penale. La vittimizzazione secondaria quale fonte di danno e le nuove frontiere del risarcimento aperte dalle Sezioni Unite* 11 novembre 2008, n. 26972, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2009, III, 1.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 21. ed, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

F. TRIBISONNA, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *Diritto penale e processo*, 2013, 3.

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*, Milanofiori Assago (MI), Wolters Kluwer- CEDAM, 2017.

F. TRIBISONNA, *Infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'incidente probatorio per l'audizione del minore che non sia vittima del reato*, nota a Corte Cost., 14 gennaio 2021 (dep. 5 febbraio 2021), n. 14, in *Il Penalista* (9 marzo 2021).

TROGLIA M., *Lotta contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile: alcune riflessioni sulla direttiva 2011/93/UE del Parlamento e del Consiglio del 13 dicembre 2011*, in *Cassazione penale*, 2012, 5.

UBERTIS G., *La prova dichiarativa debole: problemi, prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cassazione penale*, 2009, 10.

VENTURINI S., *L'esame del minore in incidente probatorio, tra dati normativi (nazionali e sovranazionali) e prassi giudiziale*, in *Cassazione penale*, 2011, 5.

VENTURUOLI M., *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 3, www.penalecontemporaneo.it.

VENTUROLI M., *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria “a geometria variabile” del diritto penale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 2.

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci editore, 2020.