



Processo penale e giustizia n. 2 | 2016

# **Analisi e prospettive**

*Analysis and Prospects*

ADA FAMIGLIETTI

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

## Persona offesa e modalità di audizione protetta: verso lo statuto del testimone vulnerabile

### *Victim and protected modes: towards the status of vulnerable witness*

---

Il d.lgs. n. 212/2015, di attuazione della Direttiva 2012/29/UE, valorizza il ruolo della persona offesa nel processo penale, in una prospettiva inedita per il nostro sistema. Numerose sono le modifiche a tutela della vittima durante la sua audizione, sia nel corso delle indagini, sia nell'incidente probatorio, che nel dibattimento. Tuttavia, al potenziamento di tutela, imposto dalla direttiva europea, non corrisponde l'estensione delle modalità protette nel dibattimento ai testimoni maggiorenni non vittime, ma vulnerabili.

*The legislative decree n. 212 of 2015, implementing the Directive 2012/29/EU, enhances the role of the victim in criminal process, in a new perspective for our system. There are several changes to protect the victim during his hearing, both in the course of the investigation and in the trial. However, to the strengthening of the victim protection, imposed by the European directive, it is not corresponded the extension of the protected mode in the trial to adult witnesses not victims, but vulnerable.*

---

#### PREMESSA

Con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, recante: «Attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI»<sup>1</sup> sono state introdotte molteplici innovazioni concernenti la disciplina dell'audizione delle persone offese vulnerabili. L'occasione è fornita dalle modifiche apportate agli artt. 190-bis, comma 1-bis, 351, comma 1-ter, 362, comma 1-bis, 392, comma 1-bis, 498, comma 4-quater, nonché dall'introduzione dell'art. 398, comma 5-quater, c.p.p. Si tratta di norme che ridisegnano in maniera sensibile le modalità di assunzione delle dichiarazioni delle vittime vulnerabili, sia nella fase dell'incidente probatorio, sia nel dibattimento, colmando vuoti di tutela progressivamente emersi nel processo penale italiano.

Il tema, oltre all'analisi delle principali norme in materia, dall'entrata in vigore del vigente codice di procedura penale al 2014, richiede di focalizzare l'attenzione sulle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 212/2015.

#### LA NORMATIVA DEDICATA AI SOGGETTI “DEBOLI”

Nella versione originaria del codice di procedura penale del 1988, la tutela dei dichiaranti “deboli”, minorenni ed infermi di mente, era limitata alle poche regole generali contenute negli artt. 188 e 196. In esse si prevede, *in primis*, il divieto di utilizzare metodi e tecniche idonee ad influire sulla libertà di au-

---

<sup>1</sup> D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, in *Gazz. Uff.*, Serie gen., 5 gennaio 2006, n. 3. Al riguardo, per una prima lettura, M. Cagossi, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 gennaio 2016.

to-determinazione della persona e la capacità di ricordare i fatti. In secondo luogo, è prevista la possibilità di accertare l'idoneità fisica o mentale del testimone a rendere le dichiarazioni, lasciando al giudice la responsabilità di vagliare la reale attendibilità della deposizione, seguendo il principio di "universalità" dell'obbligo di testimoniare<sup>2</sup>.

Con specifico riguardo ai minori, era garantita unicamente la conduzione dell'esame ad opera del giudice e l'ausilio di un familiare o di un esperto in psicologia infantile durante l'acquisizione della testimonianza del bambino, ai sensi dell'art. 498, comma 4, c.p.p.<sup>3</sup>.

Su questa scarna normativa, si inserisce un'intensa attività legislativa, volta ad ampliare l'orizzonte dedicato al minore, vittima o spettatore di delitti attinenti alla sfera sessuale. Seguendo tali coordinate, la legge 15 febbraio 1996, n. 66, introduce l'art. 392, comma 1-bis, c.p.p.<sup>4</sup>, che disciplina l'incidente probatorio "speciale" riservato agli infrasedicenni, con una presunzione *iuris et de iure* di pericolo di dispersione probatoria, sganciata dai presupposti tipici d'indifferibilità e inquinamento probatorio. Il potenziamento del meccanismo incidentale è volto a soddisfare la duplice esigenza di tutela della personalità del minore e di garanzia del contraddittorio, preservando la genuinità della prova.

L'attenzione è rivolta al soggetto in formazione, al fine di preservare la sua personalità, evitandogli il «trauma della deposizione nelle aule dei tribunali»<sup>5</sup>. L'obiettivo è perseguito attraverso l'istituzione, nella fase incidentale, di nuove modalità d'audizione che tengano conto della suggestionabilità del minore e della sua fragile condizione, sulla base anche delle pressanti indicazioni giurisprudenziali in materia. Così l'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. codifica le modalità protette per l'assunzione della prova in luoghi diversi dalle normali aule d'udienza, in strutture specializzate d'assistenza o presso l'abitazione, anche superando i limiti temporali fissati dall'art. 398, comma 2, lett. c)<sup>6</sup>. Inoltre, quando la persona offesa è minorenni, l'art. 472, comma 3-bis, c.p.p. impone lo svolgimento obbligatorio del dibattimento a porte chiuse e il divieto di domande sulla vita privata o sulla sessualità della vittima, quando non necessarie alla ricostruzione del fatto.

Nel 1998, la legge anti-pedofilia espande la lista dei reati per i quali è possibile richiedere l'incidente probatorio "speciale", con l'estensione delle modalità d'audizione protetta previste al dibattimento<sup>7</sup> nei confronti di tutti i minorenni<sup>8</sup>, superando la distinzione fra infrasedicenni e infradiciottenni<sup>9</sup>, ai sensi

<sup>2</sup> C. Pansini, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Milano, 2001, p. 110 ss.

<sup>3</sup> Negli anni la Corte di Cassazione ha delineato i parametri di valutazione che il perito deve seguire per determinare l'idoneità del minore ad essere escusso e la capacità psicologica di un bambino, presunta vittima di abuso sessuale. Secondo un orientamento maggioritario, il perito psicologo non può accertare la veridicità storica del racconto, né valutare l'attendibilità del testimone minorenni, ma solo analizzare le ripercussioni psichiche generate dal reato, e la possibilità di deporre in aula (Cass., sez. III, 3 ottobre 1997, n. 8962, in *CED Cass.*, n. 208447; Cass., sez. III, 8 marzo 2007, n. 121; Cass., sez. III, 8 ottobre 2014, n. 41929). Si tratta di un'interpretazione ormai consolidata, secondo cui il giudice può demandare al perito la valutazione della capacità a testimoniare del minore, ma non l'accertamento della sua attendibilità (così, Cass., sez. III, 4 febbraio 2015, n. 5169; precedentemente, Cass., sez. III, 27 maggio 2010, n. 24264, in *CED Cass.*, n. 247703).

<sup>4</sup> Comma inserito dall'art. 13, comma 1, legge 15 febbraio 1996, n. 66, «Norme contro la violenza sessuale» (in *Gazz. Uff.*, Serie gen., 20 febbraio 1996, n. 42), modificato dall'art. 13, comma 3, legge 3 agosto 1998, n. 269, «Norme contro lo sfruttamento della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù» (ivi, Serie gen., 10 agosto 1998, n. 185) e dall'art. 15, comma 7, legge 11 agosto 2003, n. 228 «Misure contro la tratta di persone» (ivi, Serie gen., 23 agosto 2003, n. 195). La previsione è stata poi novellata dall'art. 5, comma 1, lett. g), 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» (in *Gazz. Uff.*, Serie gen., 8 ottobre 2012, n. 235). La norma si applica ai delitti di cui agli artt. 572, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis c.p.

<sup>5</sup> Relazione al disegno di legge 20 luglio 1994 proposto da Bassi Lagostena, Parenti, Merluzzi, Matranga, in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, n. 990, p. 3.

<sup>6</sup> Il cui testo reca: «Il giudice stabilisce con ordinanza la data dell'udienza. Tra il provvedimento e la data dell'udienza non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni».

<sup>7</sup> N. Galantini, *Commento art. 13-L. pedofilia*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002, p. 799.

<sup>8</sup> G. Spangher, *La legge contro la pedofilia. Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. proc. pen.*, 1988, p. 1233.

<sup>9</sup> *Contra*, N. Galantini, *op. cit.*, p. 800, secondo la quale la disposizione dell'art. 498, comma 4-bis, c.p.p. si applica ai soli procedimenti per violenza sessuale e pedofilia (e con la legge n. 228/2003, per i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di persone, e acquisto e alienazione di schiavi) e solo per i minori di sedici anni.

dell'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. Analogamente, viene meno la limitazione oggettiva, in quanto le forme d'audizione protetta in dibattimento possono essere disposte per tutti i procedimenti penali.

L'art. 498, comma 4-*ter*, inoltre, introduce ulteriori modalità di audizione protetta, come il ricorso a vetri a specchi unidirezionali, per evitare il contatto con l'imputato, «unitamente ad impianto citofonico». Si tratta di una disciplina restrittiva rispetto a quella "generale" indicata dal comma 4-*bis*, che vuole evitare il rischio di tensioni provocate dalle forme acquisitive della prova e consente di non rinunciare all'apporto conoscitivo fornito dal minore.

Ulteriore tutela del minore *dal* processo<sup>10</sup> è ottenuta con il divieto di ripetibilità delle dichiarazioni assunte nella sede incidentale, ai sensi dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. limitato ai casi in cui il dichiarante sia minore di anni sedici e testimone di alcuni reati<sup>11</sup> che non coincidono con l'elenco dei delitti per i quali è possibile l'ammissione all'incidente probatorio speciale.

Viene riconosciuta, pertanto, la necessità di limitare il numero delle dichiarazioni del dichiarante minore, anticipando il contraddittorio ed evitando ripetizioni che possono risultare traumatiche per il teste. Tale disposizione è stata successivamente modificata dalla legge 1 marzo 2001, n. 63, attuativa della riforma sull'art. 111 Cost. Nella norma si stabilisce che l'esame dibattimentale, nei casi particolari, è ammesso anche qualora una delle parti lo ritenga necessario «sulla base di specifiche esigenze», o quando riguardi «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni». In tal modo, il testo della norma è stato reso più rispettoso del diritto al contraddittorio e compatibile con l'assetto costituzionale in materia di giusto processo. Infatti viene segnalata la necessità di ripetere la deposizione dibattimentale, anche per i testimoni minorenni di reati sessuali, pedofilia e tratta, quando l'esame abbia un oggetto fattuale diverso da quello della deposizione anticipata in sede incidentale.

#### L'INFERMO DI MENTE E LA SENTENZA N. 63/2005 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

In questo complesso panorama normativo, l'infermo di mente rappresenta quasi un «soggetto dimenticato»<sup>12</sup>. Il primo riconoscimento come dichiarante debole è dato dalla sentenza della Corte cost. n. 283/1997, che sancisce l'illegittimità dell'art. 498, comma 4, c.p.p. nella parte in cui non consente che il presidente conduca direttamente l'esame del testimone maggiorenne infermo di mente, su domande e contestazioni proposte dalle parti<sup>13</sup>. Nonostante tale intervento, nell'applicazione pratica, si segnalava la necessità di estendere le modalità testimoniali create per i minorenni ai maggiorenni infermi di mente. Dal legame di due ordinanze di rimessione è scaturita la sentenza d'illegittimità n. 63/2005, che estende i limiti soggettivi delle modalità di audizione protetta – originariamente introdotte per i soli minori di sedici anni nell'incidente probatorio – ai maggiorenni infermi di mente, testimoni o vittime di reato<sup>14</sup>. Con tale pronuncia, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.<sup>15</sup>, nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'assunzione della prova con le tecniche ivi previste, quando fra le persone interessate ad essa vi sia un maggiorenne infermo di mente e le esigenze di questi lo rendano necessario od opportuno. La declaratoria d'illegittimità costituzionale

<sup>10</sup> A. Presutti, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, p. 130.

<sup>11</sup> Si tratta dei delitti previsti dagli articoli 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*. 1, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* c.p.

<sup>12</sup> A. Presutti, *op. cit.*, p. 127.

<sup>13</sup> Corte cost., 30 luglio 1997, n. 283, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2564 ss., con note di G. Di Chiara, *Testimonianza dei "soggetti deboli" e limiti all'esame incrociato*, p. 2569 ss., di L. Scomparin, *Infermità di mente e testimonianza dibattimentale*, p. 2989 ss., e di L. Muzzioli, *La sentenza n. 283 del 1997: un caso di «analogia» e non di «omogeneità»; ambiguità della distinzione e sue conseguenze*, *ibidem*, p. 2998 ss.

<sup>14</sup> Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Cass. pen.*, 2006, p. 445, con nota di A. Famiglietti, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, e in *Dir. e giustizia*, 2005, n. 10, p. 54 ss., con il commento di M. Minniti e F. Minniti, p. 52.

<sup>15</sup> Introdotto dall'art. 14 legge 15 febbraio 1996, n. 66, modificato dall'art. 13 legge 3 agosto 1998, n. 269, ampliato nella sua portata applicativa, dall'art. 15, comma 8, legge 23 agosto 2003, n. 228, e nuovamente modificato dalla 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» (in *Gazz. Uff.*, Serie gen., 24 aprile 2009, n. 95).

investe, altresì, l'art. 498, comma 4-ter, c.p.p.<sup>16</sup>, nella parte in cui non prevede che l'esame dibattimentale del maggiorenne infermo di mente vittima del reato sia effettuato, su richiesta sua o del difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico interno.

Il Giudice delle leggi giunge alla conclusione che la tutela dell'individuo particolarmente fragile e suggestionabile, in reati che compromettono la sfera più intima della personalità, deve essere garantita, sia che si tratti di un minore sia che si tratti di un infermo di mente. Conseguentemente, la mancata inclusione del maggiorenne infermo di mente dall'insieme di norme relative all'audizione protetta era frutto di una scelta legislativa irragionevole ed andava, pertanto, corretta.

In tal modo, ne segue un regime differenziato fra l'imputato incapace e la persona offesa-testimone incapace o minorenni. Nel primo caso, l'ordinamento tutela al massimo il diritto al contraddittorio e la partecipazione al giudizio, sacrificando l'esigenza di speditezza processuale e di concentrazione delle udienze<sup>17</sup>. Nella seconda ipotesi, viceversa, la tutela della personalità del testimone o dell'offeso è essenziale rispetto alla fisiologia della prova e prevale sulle ordinarie modalità di acquisizione, il cui modellamento alle peculiari esigenze del dichiarante debole non è certo secondario.

### LA LEGGE DI RATIFICA DELLA CONVENZIONE DI LANZAROTE

La legge 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote, ispirata ad un principio generale di protezione dei diritti del minore, sia come vittima sia come testimone, introduce gli artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, c.p.p. Tali disposizioni prevedono, fin dalla fase delle indagini preliminari, l'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero, durante l'assunzione di sommarie informazioni del minore nei procedimenti per reati sessuali e di tratta, al fine di scongiurare i rischi connessi alla "vittimizzazione secondaria"<sup>18</sup>, espressione con la quale si allude all'ulteriore trauma scaturente dalle dinamiche processuali e, in particolare, dallo stress della deposizione dibattimentale. Viene così introdotta una figura di mediazione tra i soggetti processuali e il testimone, volta ad incidere sulla corretta formazione del contributo dichiarativo del minore e ad evitare una narrazione inattendibile, scaturente dalla non completa comprensione delle domande formulate da parte dell'esaminatore.

Nonostante la formulazione letterale deponga per l'obbligatorietà, in considerazione dell'indicativo «si avvale», è stata ridotta la portata applicativa dell'art. 362, comma 1-bis, c.p.p. Così la presenza dell'esperto, nell'audizione del minore effettuata dal pubblico ministero, è stata ritenuta meramente facoltativa, a causa della mancata sanzione di inutilizzabilità del relativo materiale probatorio<sup>19</sup>. Tale orientamento è comunque coerente con le fonti comunitarie che ammettono la possibilità da parte dell'autorità giudiziaria di procedere direttamente all'incombente senza la mediazione di un esperto.

Nuovamente interpellata sul punto, la Corte di cassazione si è mostrata più rispettosa del dato normativo, individuando come obbligatoria la presenza dell'esperto durante le audizioni unilaterali di minorenni effettuate nelle indagini<sup>20</sup>. I giudici di legittimità, mostrando maggiore sensibilità alle esigenze

<sup>16</sup> Comma inserito dall'art. 13, comma 6, legge n. 269/1998 e modificato dall'art. 15, comma 10, legge n. 228 del 2003.

<sup>17</sup> Nel 2013 la Corte costituzionale, con una sentenza monito, ha evidenziato la necessità di una modifica della normativa in materia di sospensione del processo per incapacità processuale dell'imputato e prescrizione del reato; v. C. cost., 14 febbraio 2013, n. 23, in *Giur. cost.*, 2013, p. 370, con osservazioni di R. Pinardi, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, *ivi*, p. 377, e O. Mazza, *L'irragionevole limbo processuale degli imputati «eterni giudicabili»*, *ibidem*, p. 384. Su tale decisione, G. Leo, *Il problema dell'incapace «eternamente giudicabile»: un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*; L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente sub iudice la disciplina degli «eterni giudicabili»*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1826; nonché, volendo, A. Famiglietti, *Sospensione del processo per incapacità dell'imputato: linee ricostruttive e permanenti incertezze*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 1, p. 124.

<sup>18</sup> Al riguardo, V. Cuzzocrea, *L'ascolto protetto delle persone minorenni prima e dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 2, p. 111.

<sup>19</sup> Cass., sez. IV, 12 aprile 2013, n. 16981, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1174 ss.; al riguardo, S. Recchione, *La prova dichiarativa del minore nei processi per abuso sessuale: l'intreccio (non districabile) con la prova scientifica e l'utilizzo come prova decisiva delle dichiarazioni «de relato»*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2013.

<sup>20</sup> Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 3651, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2976, con nota di N. Pascucci, *La Cassazione ci ripensa: obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la persona informata minorenni*, *ivi*, p. 2985.

di tutela del soggetto in formazione, impongono alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero di avvalersi dell'ausilio dell'esperto, sebbene la sua assenza comporti una mera irregolarità, rilevante solo ai fini della valutazione di attendibilità del minore.

## I DICHIARANTI VULNERABILI

La prova dichiarativa del testimone debole ha subito negli anni svariate modifiche volte a tutelare l'anticipazione del contraddittorio ogni volta che sia accertata la vulnerabilità. Il primo riconoscimento normativo di tale condizione, che dà la possibilità al giudice, su richiesta della persona offesa o del suo difensore, di disporre l'adozione di modalità protette già nella fase dibattimentale, è rappresentato dall'art. 498, comma 4-*quater*, introdotto dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93 convertito con modificazioni nella l. 15 ottobre 2013, n. 119<sup>21</sup>. In base a tale disposizione, quando si procede per i reati sessuali e di tratta, se la persona offesa è maggiorenne, il giudice assicura che l'esame venga condotto tenendo conto della particolare vulnerabilità della stessa, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede.

Ma la vera svolta normativa, giunge con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24<sup>22</sup> che ha dato attuazione alla Direttiva 2011/36/UE relativa alla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani, e alla protezione delle vittime. Tale direttiva, che ha sostituito la decisione quadro 2002/629 GAI, ha il dichiarato intento di potenziare la tutela della vittima del reato "dal processo" e "nel processo"<sup>23</sup>, stabilendo criteri minimi uniformi cui ogni Stato deve adeguarsi per la definizione sia delle fattispecie incriminatrici, sia delle sanzioni.

Sul versante sostanziale, si rafforza la tutela penalistica dei reati di riduzione e mantenimento in schiavitù o in servitù e di tratta di persone, disciplinati dagli artt. 600 e 601 c.p., sancendo l'irrilevanza del consenso della vittima allo sfruttamento, qualora sia stato utilizzato uno dei metodi coercitivi previsti al fine dell'acquisizione del controllo sul soggetto passivo. Relativamente ai minori, la condotta è punita come reato di tratta anche in assenza di metodi coercitivi<sup>24</sup>.

Sotto il profilo processuale, invece, il d.lgs. n. 24/2014 estende le modalità di audizione protetta dell'incidente probatorio, originariamente previste per i soli minori di sedici anni, ai soggetti «maggiorrenni in condizioni di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede». Si deve precisare che la definizione di vulnerabilità è concettualmente distinta dalla «situazione di inferiorità fisica o psichica o da una situazione di necessità», essendo concepita dall'art. 2, § 2, della direttiva come una circostanza «in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima». Nella condizione di vulnerabilità rientrano i minori, i minori stranieri non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, con particolare attenzione a quelle 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.

Pertanto, l'introduzione dell'art. 398, comma 5-*ter*, c.p.p. produce un ampliamento delle modalità di audizione protetta, previste per l'incidente probatorio, condizionato dalla sussistenza di un duplice presupposto. Quello soggettivo, relativo alla condizione di «particolare vulnerabilità» dei maggiorenni coinvolti nell'assunzione della prova, e quello oggettivo, dato dalla presenza di un procedimento per reati sessuali o di tratta, indicati dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. Tanto si desume dalla collocazione sistematica della norma<sup>25</sup> e dallo stesso richiamo «al tipo di reato per cui si procede», che diventa para-

<sup>21</sup> «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», in *Gazz. Uff.*, Serie gen., 15 ottobre 2013, n. 242.

<sup>22</sup> In *Gazz. Uff.*, Serie gen., 13 marzo, n. 60.

<sup>23</sup> S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881.

<sup>24</sup> Al riguardo, A. Peccioli, *La tutela delle vittime vulnerabili nei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 879.

<sup>25</sup> *Contra*, S. Recchione, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5-ter dell'art. 398 c.p.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 aprile 2014, secondo la quale nell'art. 398, comma 5-*ter*, c.p.p. ci si riferisce soltanto alle modalità protette di audizione e non ai reati indicati nel comma 5-*bis*. Pertanto, insieme ai testimoni speciali, presuntivamente vulnerabili, indicati nell'art. 392, comma 1-*bis*, potrebbero essere protetti anche i testimoni ordinari, ma concretamente vulnerabili, se ammessi al contraddittorio incidentale, ai sensi dell'art. 392, comma 1, lett. a) e b), c.p.p.

metro per la valutazione di vulnerabilità. A tal fine, il provvedimento che attesta la condizione di debolezza, coincidente con l'ordinanza ammissiva dell'incidente probatorio, deve fondarsi su un'analisi individuale del soggetto da esaminare e contenere una motivazione da cui possa evincersi il percorso valutativo per il riconoscimento dello *status* di vulnerabilità.

Come tale, l'ambito di applicabilità della disposizione concerne sia le vittime, sia i testimoni *tout court*, ossia non offesi, ma particolarmente vulnerabili. Analogamente, la locuzione di «persone interessate all'assunzione di prova», contemplata dall'art. 398, comma 5-ter, c.p.p. implica l'adozione delle modalità protette anche al di fuori dello stretto alveo della testimonianza, per l'assunzione di ricognizioni o confronti.

## RILIEVI PROBLEMATICI

Fino ad oggi, dall'esame delle norme in materie di esame protetto dei dichiaranti vulnerabili emergeva una contraddizione di fondo, che sembrava affievolire la portata delle riforme effettuate nell'ordinamento italiano. Comparando, infatti, le norme applicate al testimone "generico" a quelle riservate al minore, emergevano le peculiarità della testimonianza minorile e gli annessi vuoti di tutela nei confronti dei dichiaranti vulnerabili, la cui audizione era subordinata al soddisfacimento di una serie di condizioni, normativamente predeterminate, che lasciavano ampi margini di discrezionalità all'organo giudicante.

In primo luogo, nei procedimenti per reati sessuali e di tratta, era previsto, unicamente durante l'assunzione d'informazioni del minore, l'ausilio dell'esperto in psicologia o in psichiatria infantile nominato dal pubblico ministero, ai sensi degli artt. 351, comma 1-ter, e 362, comma 1-bis, c.p.p.

In secondo luogo, nei confronti dei testimoni deboli maggiorenni era garantita soltanto la possibilità di accedere alle modalità protette nell'incidente probatorio, sulla base del presupposto soggettivo, derivante dallo status di "particolare vulnerabilità", e oggettivo, dato dalla presenza di un procedimento per reati sessuali o di tratta. Tuttavia l'art. 398, comma 5-ter, c.p.p. non conteneva indicazioni procedurali per la verifica della condizione di debolezza del dichiarante. A tal fine, l'ampio margine di discrezionalità lasciato al giudice in ordine al riconoscimento dello *status* di vulnerabilità poteva portare ad un'ordinanza di rigetto dell'incidente probatorio, inoppugnabile per il principio di tassatività strumentale dei rimedi, di cui all'art. 568, comma 1, c.p.p.

Nel dibattito, tale margine discrezionale aumentava ulteriormente e l'adozione delle modalità protette, «ove ritenuta opportuna» era subordinata alla particolare vulnerabilità della persona offesa «desunta dal tipo di reato per cui si procede», ai sensi dell'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p.

In tal modo si otteneva l'aumento delle audizioni dei soggetti vulnerabili e non la loro riduzione, e una contraddizione di fondo laddove, nel caso di maggiorenni non persone offese, l'effettuazione di una testimonianza anticipata e protetta non impediva la ripetizione della loro deposizione in sede di dibattito<sup>26</sup>.

Tanto in considerazione del mancato intervento sull'art. 190-bis, comma 1-bis, c.p.p. che era limitato ai casi in cui il dichiarante fosse minore di anni sedici e testimone di alcuni reati, non perfettamente coincidenti con i delitti per i quali era possibile l'ammissione all'incidente probatorio speciale<sup>27</sup>. Era questo l'aspetto forse maggiormente critico, specie per quanto concerneva le audizioni delle persone offese vulnerabili, per le quali era necessaria una progressiva assimilazione allo statuto speciale della testimonianza minorile.

<sup>26</sup> Così, S. Recchione, *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29 UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 febbraio 2015, p. 8.

<sup>27</sup> La Cassazione ha ritenuto legittima la mancata audizione dibattimentale della persona offesa, già sentita in sede di incidente probatorio, divenuta nel frattempo maggiorenne, quando è richiesta la ripetizione dell'esame nel dibattimento. In motivazione, la Corte ha precisato che, in applicazione delle disposizioni generali di cui all'art. 190 c.p.p., il riascolto è comunque inammissibile per manifesta superfluità della prova, quando le circostanze dedotte nella richiesta di esame coincidono con quelle oggetto della precedente escussione; così, Cass., sez. III, 22 maggio 2013, n. 6095, in *CED Cass.*, n. 258825.

## VERSO LO STATUTO DEL TESTIMONE VULNERABILE NEL PROCESSO PENALE

Le segnalate antinomie sistematiche sono state in parte colmate dal d.lgs. n. 212/2015, che attua la Direttiva 2012/29/UE, istitutiva di norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Tale direttiva, che ha sostituito la Decisione quadro 2001/220/GAI, ha il pregio di valorizzare il ruolo della persona offesa nel processo penale, in una prospettiva inedita per il nostro sistema, basato sulla funzione essenzialmente accessoria alla parte pubblica e prodromica alla costituzione di parte civile.

La fonte europea, invece, ridisegna il ruolo della persona offesa con quattro segmenti di applicazione dedicati al diritto della vittima all'informazione, all'accesso ai servizi di assistenza, alla partecipazione al procedimento, e infine, al diritto di ricevere protezione.

Per quanto qui interessa, il d.lgs. n. 212/2015 introduce numerose modifiche a tutela della vittima durante la sua audizione, sia nel corso delle indagini, sia nell'incidente probatorio e nel dibattimento.

Preliminarmente, si definisce la nozione di particolare vulnerabilità, ai sensi del nuovo art. 90-*quater* c.p.p., collocato non a caso dopo la norma che distingue fra i diritti e le facoltà dell'offeso. La condizione di particolare vulnerabilità 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. Nella valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile a criminalità organizzata, terrorismo o tratta degli esseri umani, se ha finalità di discriminazione e se la vittima è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

Viene inoltre novellato l'ultimo comma dell'art. 134 c.p.p., con l'aggiunta di un periodo che ora consente, «anche al di fuori dei casi di assoluta indispensabilità», la riproduzione integrale, con mezzi di riproduzione audiovisiva, delle dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità. Si tratta di un'innovazione attesa sia dai cultori della materia<sup>28</sup>, sia dalla giurisprudenza, e finalizzata alla necessità di ridurre il numero di audizioni dei soggetti vulnerabili, garantendo al contempo un tasso di maggiore attendibilità del testimone<sup>29</sup>.

Lungo la medesima direzione si pone l'aspetto della riforma più consistente, rappresentato dall'atteso intervento sull'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p.

Con il d.lgs. n. 212/2015, infatti, il limite alla ripetibilità in dibattimento delle dichiarazioni assunte nella sede incidentale, ai sensi dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, non è più circoscritto ai casi in cui il dichiarante sia minore di anni sedici e testimone di alcuni reati, ma viene esteso a tutte le persone offese che versino in condizione di particolare vulnerabilità.

Si riconosce, pertanto, la necessità di contenere il numero delle dichiarazioni della vittima vulnerabile, evitando ripetizioni che possono pregiudicare la serenità del teste, per evitare i rischi connessi alla vittimizzazione "secondaria" o da processo. Resta in ogni caso fermo che l'esame dibattimentale, nei casi particolari, è ammesso anche qualora una delle parti lo ritenga necessario «sulla base di specifiche esigenze», o quando riguardi «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni».

Relativamente alle indagini preliminari, sono stati modificati gli artt. 351, comma 1-*ter*, e 362, comma 1-*bis*, c.p.p., consentendo, sia alla polizia giudiziaria sia al pubblico ministero, che assumano informazioni da una vittima in condizione di particolare vulnerabilità, di avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia nominato dal pubblico ministero, indipendentemente dall'età della stessa e dai reati per cui si svolgono le indagini. Le norme riformate prescrivono in entrambi i casi di assicurare che l'offeso vulnerabile, durante l'audizione, non abbia contatti con l'indagato e non venga chiamato più volte – salva assoluta necessità – a deporre.

Si segnala, inoltre, l'ampliamento dell'ambito di operatività dell'incidente probatorio all'ipotesi in cui la persona offesa da escutere versi in condizione di particolare vulnerabilità, prescindendo dai reati per cui si procede. Con tale atteso intervento, il nuovo caso d'incidente probatorio risulta sganciato dal presupposto oggettivo dei reati di sfruttamento sessuale, tratta e riduzione in schiavitù, ma limitato alla sola persona offesa vulnerabile. A tal fine, risulta ridotto anche il margine di discrezionalità del giudice

<sup>28</sup> Al riguardo, S. Recchione, *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29 UE*, cit., p. 13.

<sup>29</sup> La Corte di cassazione ha più volte segnalato i rischi insiti nelle domande suggestive ai fini della valutazione di attendibilità delle dichiarazioni dei testimoni minorenni; al riguardo, Cass., sez. III, 11 maggio 2011, n. 25712, in *CED Cass.*, n. 250615; Cass., sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7373, in *CED Cass.*, n. 252134.



in ordine al riconoscimento dello *status* di vulnerabilità del testimone, in virtù della definizione fornita dall'art. 90-*quater* c.p.p. In ogni caso, coerentemente al principio dispositivo, l'accesso all'incidente probatorio è preceduto da una richiesta di parte, come esplicitamente previsto dalla norma.

Pertanto, il consolidamento del meccanismo incidentale è volto a soddisfare la duplice esigenza di tutela della persona offesa vulnerabile e di garanzia del contraddittorio, preservando la genuinità della prova. L'obiettivo è perseguito attraverso l'aggiunta di un nuovo periodo nell'art. 398, comma 5-*ter*, c.p.p., secondo cui, quando occorra procedere nell'incidente probatorio all'esame di una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, trovano applicazione le modalità protette di cui all'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p. Tale norma è stata, a sua volta, oggetto di un consistente intervento riformatore, con l'eliminazione del presupposto oggettivo che subordinava l'operatività delle modalità protette in dibattimento ai soli reati indicati al precedente comma 4-*ter*.

La disposizione di nuovo conio, invece, prescrive che, indipendentemente dalla contestazione imputata, qualora occorra procedere all'esame di una persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità, il giudice, su richiesta dell'offeso, potrà disporre l'adozione di modalità protette nel dibattimento, prescindendo dai reati per cui si procede e da qualunque valutazione di "opportunità".

Tuttavia, nonostante l'entrata in vigore del d.lgs. n. 212/2015, l'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p. continua a prevedere la possibilità di ricorrere all'audizione protetta in dibattimento unicamente per gli *offesi* maggiorenni, mentre il testimone vulnerabile *non offeso* non trova tutela. Questo significa che al potenziamento della tutela della persona offesa, imposto dalla direttiva europea, non è corrisposta l'estensione della protezione alla fase dibattimentale ai maggiorenni non vittime, ma particolarmente vulnerabili. Analogamente, il nuovo art. 190, comma 1-*bis*, c.p.p. limita la sfera operativa del divieto di ripetibilità dell'esame dibattimentale alla sola testimonianza della persona offesa vulnerabile. In tal modo, nonostante le ambiziose premesse, il legislatore perde l'occasione di porre le basi per uno statuto uniforme del testimone debole nel processo penale.