

ORIENTAMENTI

SABRINA CAPORALE

L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Violenze sui minori: il fenomeno sociale. – 3. La testimonianza del minore “abusato”. – 4. L'ascolto del minore nella fase investigativa. – 5. L'audizione “protetta” del minore: un incidente probatorio tutto “speciale”. – 6. Criticità. – 7. Conclusioni.

1. Il saggio si propone di mettere in evidenza alcune delle questioni ancora aperte, oggetto di dibattito dottrinale e contrasto giurisprudenziale che vengono in evidenza nei processi penali aventi ad oggetto pretesi fatti di abuso a soggetti nell'età dell'infanzia.

Il tema della violenza sui minori, rappresenta oggi un tema assai delicato, di sempre maggior frequenza sullo scenario processuale e non solo, se si tiene conto anche del considerevole impatto mediatico.

La consolidata scelta del contraddittorio¹ quale sistema processuale di garanzia per la difesa dei diritti dell'imputato, al quale non può essere negata la possibilità di sottoporre ad esame la fonte da cui provengono le accuse, deve fare i conti con la critica compatibilità del metodo del confronto diretto, con la tutela dei diritti delle vittime le quali, a causa della tensione emotiva o del trauma subito, rischiano di subire dal contraddittorio dibattimentale, devastanti effetti di “vittimizzazione” secondaria o “da processo”, nonché effetti negativi sulla riedizione del ricordo (cui consegue un danno alla stessa genuinità della prova testimoniale)².

¹ Ci si riferisce all'avvenuta introduzione nel panorama legislativo italiano, con la riforma “copernicana” dell'anno 1988, del cosiddetto “rito accusatorio”, in base al quale le prove a carico di chi è incolpato di un reato devono formarsi oralmente nel giudizio, e cioè durante il pubblico dibattimento in aula, nel contraddittorio delle parti, con il divieto per il giudice - salve alcune eccezioni - di utilizzare gli elementi precedentemente acquisiti dall'organo dell'accusa.

² Si è parlato, a tal proposito, di “vittima vulnerabile”, ovverossia di chi per le caratteristiche legate al soggetto (minore o infermo di mente) o al tipo di violenza, ha subito un trauma in conseguenza del reato e rischia di essere indotta alla c.d. “vittimizzazione secondaria”, ovvero al patimento di un nuovo trauma indotto dal processo e connesso alla riedizione del ricordo. Una definizione della stessa, trova il proprio riferimento giuridico nella Decisione quadro del 15 marzo 2011 relativa alla posizione della vittima nel processo penale e in numerosi atti internazionali. Non da ultimo la nota sentenza “Pupino” della Corte di Giustizia - di cui si dirà in seguito - che apre la strada all'audizione protetta delle vittime vulnerabili, sottolineando la necessità di predisporre una modalità di audizione della vittima adeguata alla sua condizione, nel rispetto del diritto dell'accusato al contraddittorio. Ma il vero nucleo semantico dell'espressione oltre a trovare conforto nella legislazione internazionale ed europea è desumibile da alcuni passi della sentenza della Corte cost., n. 63 del 2005 che apre il concetto di vulnerabilità legandolo alla condizione di infermità mentale. La Corte, nel proprio provvedimento, fa riferimento

Orbene, la essenzialità della testimonianza delle persone offese non solo per la formazione della prova, ma per la stessa emersione di alcuni reati, rende quanto mai urgente il tentativo di trovare una soluzione equilibrata al bilanciamento degli interessi sopra accennato. Non si può non considerare, infatti, che il trauma "da processo", legato alla inadeguatezza degli strumenti preposti alla tutela della vittima dichiarante, inibisca non soltanto la formazione della prova, ma anche la stessa possibilità di perseguire molti crimini "nascosti", la cui emersione dipende dalla volontà di denuncia degli stessi offesi e dal sostegno loro offerto dal sistema processuale (ed extraprocessuale) durante e dopo il processo. Le difficoltà maggiori, poi, trovano il loro apice nell'audizione dei minori vittime di abusi o maltrattamenti (o presunti tali), soprattutto se in età pre-scolare: in tal caso, i problemi connessi alla assunzione ed alla valutazione della testimonianza si intrecciano con quelli di gestione delle consulenze e perizie psicologiche che, nella prassi, vengono disposte su di essi. Si tratta senza, dubbio, di vittime "vulnerabili"³ dove il rischio di una "vittimizzazione secondaria" legata ai meccanismi del processo penale è elevatissima.

Ebbene, in tali casi, il problema – come meglio vedremo in seguito – si incentra su due poli opposti ma altrettanto determinanti: da un lato, la convinzione di considerare il minorenne, dal punto di vista testimoniale, un soggetto intrinsecamente "a rischio" a causa della propria immaturità psichica, e, dall'altro, l'impossibilità di rinunciare *a priori* ad un suo possibile contributo, nella maggior parte dei casi, l'unico realmente rilevante di tutta la vicenda probatoria.

Il nostro codice non prevede alcuna preclusione alla testimonianza del minore, sicché nulla impedisce che quest'ultimo, assuma la veste di testimone (e durante la fase *ante actionem* quella di persona informata sui fatti). Ma ciò che più di tutti rileva è che nei procedimenti relativi ai reati di natura sessuale in danno di minori il contraddittorio trova, di regola, svolgimento nel corso

all'infermità mentale come condizione di vulnerabilità della vittima che esige una tutela rafforzata per quel che concerne l'audizione. Quest'ultima facendo leva sul principio di tutela del valore fondamentale dell'integrità della persona art. 3, co. 5-bis, c.p.p., «nella parte in cui non prevede che il giudice possa provvedere nei modi ivi previsti all'assunzione della prova ove fra le persone interessate ad esse vi sia un maggiorenne infermo di mente quando le esigenze di questo lo rendono necessario ed opportuno». La Consulta ha, così, aperto la strada alla possibile individuazione di ulteriori ambiti soggettivi della nozione di vulnerabilità, evitando di confinare la categoria ad un *numerus clausus* di individui. La nozione di vulnerabilità oscilla, quindi, tra la valorizzazione del reato subito dal soggetto e l'attenzione per le caratteristiche personali dell'individuo che ha patito il pregiudizio dal reato. Difatti, se da una parte prevale l'aspetto oggettivo ossia la vulnerabilità risulta connessa al tipo di crimine *tout court* (modalità dell'azione criminosa, caratteristiche del bene tutelato particolarmente sensibile come la libertà sessuale ecc.) dall'altro prevale una considerazione soggettivistica overrosia che la vittima risulta vulnerabile a prescindere dal tipo di fatto delittuoso che abbia leso i suoi diritti.

³ Sul punto si veda la nota precedente.

delle indagini in sede di incidente probatorio.

L'anticipazione del contraddittorio ed il suo svolgimento in forme "protette" attraverso l'utilizzo di modalità che impediscono il confronto diretto tra l'imputato e la vittima sono importanti presidi di garanzia sia dei diritti del minore, che di quelli dell'imputato. Ciò perché si ritiene, come peraltro palesemente comprensibile, che il processo, laddove non corredato di adeguate misure di protezione, comporti un nuovo trauma per il minore. La *ratio* di tale innovazione risponde, dunque, ad una duplice esigenza: da un lato, perché in tal modo risulta meglio tutelata, rispetto al pubblico dibattimento, la riservatezza della persona minore; dall'altro, perché le dichiarazioni del minore – in quanto provenienti da persona non ancora pienamente matura sotto il profilo psicologico – generano di per sé dubbi di attendibilità, dal che per il loro controllo appare meglio consigliata l'anticipazione dell'assunzione della testimonianza in situazioni di pienezza di contraddittorio tra le parti.

Tutto ciò con un costo: il sacrificio dell'oralità. La prova si forma, infatti, di fronte ad un giudice diverso da quello che sarà chiamato a decidere sui fatti per cui si procede. Sicché, la legge n. 66 del 1996 è intervenuta sulle forme di accertamento processuale, introducendo un nuovo caso di possibile ricorso all'assunzione anticipata della prova testimoniale nelle forme dell'incidente probatorio. L'incidente probatorio, che si svolge davanti al G.I.P. o al G.U.P., consiste in una fase di natura giurisdizionale incidentalmente inserita nella fase investigativa o dell'udienza preliminare ai fini dell'assunzione di prove non rinviabili al dibattimento.

Tale procedura non può essere disposta d'ufficio, ma solo su richiesta del P.M. o della persona sottoposta alle indagini, e solo nelle ipotesi tassativamente indicate.

La previsione del co. 1-*bis* dell'art. 392, introdotta appunto dalla legge 66 del 1996, in relazione ai delitti di violenza sessuale di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quinquies* e 609-*octies*, successivamente estesa dalla legge n. 296 del 1998 ai delitti di sfruttamento sessuale dei minori, di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quinquies* e da ultimo allargata ai delitti concernenti i traffici di esseri umani di cui agli artt. 600, 601 e 602, ad opera della legge n. 228 del 2003, recante «Misure contro la tratta di persone», consente però di ricorrere all'istituto dell'incidente probatorio, allorché risulti necessario assumere la testimonianza di una persona minore di anni sedici, anche al di fuori delle ipotesi previste dal co. 1. Tale procedura incidentale atipica permette così l'assunzione della testimonianza del soggetto c.d. vulnerabile, anche al di fuori delle ipotesi previste dal co. 1 dell'art. 392 c.p.p., prevedendo una anticipazione della prova svincolata dagli ordinari presupposti di non rinviabilità e

pericolo di inquinamento della stessa⁴.

Indubbiamente, l'impegno da parte degli uffici della pubblica accusa di rinunciare all'audizione unilaterale del minore va apprezzato. Non si può dimenticare, infatti, che tale scelta comporta la *discovery*⁵ anticipata di tutti gli atti di indagine (art. 392, co. 2-*bis*, c.p.p.) e questo può costituire un sacrificio alla segretezza delle esigenze investigative. Un sacrificio, però, che merita di essere affrontato per garantire l'assunzione della prova nel contraddittorio tra le parti⁶.

Inoltre, è previsto, sempre in relazione a questi reati, che il giudice stabilisca con ordinanza il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, qualora le esigenze del minore lo rendano 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 (locali muniti di impianti di audio-videoregistrazione e collegati con altri spazi riservati agli osservatori e separati dai primi con appositi specchi unidirezionali) o, in mancanza, presso l'abitazione dello stesso minore e che le dichiarazioni testimoniali della persona minore vengano documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, se tali strumenti sono indisponibili si ricorre alla perizia o alla consulenza tecnica (art. 398, co. 5-*bis*, c.p.p.).

Quest'ultima disposizione introduce quindi la c.d. "audizione protetta", in un primo tempo utilizzata con esclusivo riferimento all'esame praticato con le forme dell'incidente probatorio, estesa poi, con la legge n. 296 del 1998, anche alla fase dibattimentale vera e propria (art. 498, co. 4-*bis*), la quale ha aggiunto che per i reati di abuso sessuale, l'esame del minore vittima del presunto reato deve essere effettuato, su richiesta sua o del difensore, mediante l'uso di un vetro a specchio unitamente ad un impianto citofonico (art. 498, co. 4-*ter*). Resta fermo, tuttavia, che l'incidente probatorio, così inteso, rimane

⁴ Si parla a tal proposito di una sorta di presunzione *ex lege* di non rinviabilità della prova che determina l'assunzione anticipata tramite la particolare figura incidentale, non attendendo che la prova venga assunta nella sua sede naturale che è il dibattimento, andando ad intaccare il rapporto regola -eccezione che vige nei rapporti tra dibattimento ed indagini preliminari.

⁵ In tale ipotesi il P.M., insieme alla richiesta di incidente probatorio, ha l'onere depositare (*full discovery*) il suo fascicolo nella sua totale globalità, includente, cioè, tutti gli atti di indagine compiuti (art. 393, co. 2-*bis*, c.p.p.), di cui l'indagato e il suo difensore hanno diritto di ottenere copia (art. 398, co. 3-*bis*, c.p.p.).

⁶ Si tratta di un contraddittorio la cui effettività non è del tutto assimilabile a quella dibattimentale, ma che assicura, comunque, che la prova si formi secondo il metodo considerato più attendibile per l'accertamento dei fatti. In tal senso, v. PIATTOLI, *Incidente probatorio*, in *Dig. Pen., Agg.*, IV, Torino, 2000, 408.

pur sempre uno strumento eccezionale⁷. È il dibattimento il luogo deputato alla formazione della prova, in quanto è nell'immediatezza, ossia nella relazione diretta tra la fonte di prova e il giudice che decide, che emerge il più alto livello di garanzia intrinseca del contraddittorio.

Ecco perché quando, concretamente, non sussistono esigenze legate alla tutela dell'integrità psico-affettiva del minore o, ancor di più, della genuinità della prova⁸, il rapporto tra regola ed eccezione dovrebbe tornare ad invertirsi e il dibattimento essere il contesto privilegiato per l'assunzione della testimonianza, sia pure nel rispetto di tutte le cautele per proteggere il minore.

Se dunque, è innegabile che l'anticipazione della prova in incidente probatorio sia di gran lunga la soluzione da preferire per assumere la testimonianza dei "bambini" o, più in generale degli infraquattordicenni⁹ vittime o anche semplici testimoni, indipendentemente dal tipo di reato per cui si procede; per i soggetti di età superiore, soprattutto se ultrasedicenni o addirittura prossimi al raggiungimento della maggiore età, potrebbe, invece, essere utile, da parte della procura, compiere una valutazione caso per caso¹⁰.

La materia, è densa di contenuti. Si è scelto, tuttavia, di limitare e circoscrivere il saggio al solo aspetto dell'esame nel "processo penale" del minore presunto abusato, in particolare nella fase incidentale, per svariati ordini di ragioni, primo tra tutti perché altrimenti, il discorso si allargherebbe a dismisura, finendo per diventare troppo dispersivo, se si dovesse volgere lo sguardo anche alle problematiche connesse all'analisi degli aspetti psicologici legati all'esperienza traumatica e alle capacità a testimoniare del minore. Come noto, infatti, la tematica dei reati di violenze sessuali su minori è materia assai complessa che coinvolge una variegata molteplicità di discipline le quali, necessariamente, si trovano a dover interagire fra di loro con non poche difficoltà.

Ma andiamo per gradi. ...

Testo integrale riservato ai soli Abbonati

⁷ RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, Padova, 2000, 100.

⁸ COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, in *Il minore fonte di prova nel processo penale*, a cura di Cesari, Milano, 2008, 158.

⁹ Come evidenzia COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, cit., 361, «con la locuzione "bambini" è consuetudine intendere soggetti fino a dieci anni di età, tuttavia nulla parrebbe impedire la possibilità di includervi gli infraquattordicenni, in modo da far coincidere la categoria "bambini" con quella dei minori non imputabili».

¹⁰ RAFARACI, *Opinioni a confronto. La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminologia*, 2010, 268.