

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

SARAH GRIECO

Vulnerabilità e processo: il “doppio binario”
della prova dichiarativa

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first

14 giugno 2025

Vulnerabilità e processo: il “doppio binario” della prova dichiarativa

Sommario

1. Vulnerabilità, procedimento penale e trattamenti diversificati. - 1.1. La proposta di revisione della cd. direttiva vittime e l'esigenza di individuazione dei vulnerabili per orientamento sessuale ed identità di genere. - 2. L'escussione del dichiarante vulnerabile. - 2.1. La progressiva “liberalizzazione” dell'incidente probatorio e gli altri strumenti processuali di protezione della vulnerabilità. - 3. Gli ostacoli alla rapida fuoriuscita del dichiarante dal circuito processuale. - 4. I rischi di *unfair trial*: tra “modelli partecipativi” e “fattori di compensazione. - 4.1 I parametri necessari alla decisione di attivazione del “doppio binario” della prova dichiarativa. - 5. La “documentazione rafforzata” della prova dichiarativa come nuova misura di compensazione. - 6. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

Esiste un bilanciamento costante tra il rafforzamento dei diritti dell'imputato e quelli della persona offesa. Quando, quest'ultima, presenta caratteristiche personali, tali da renderla particolarmente esposta alla “forza della giurisdizione”, il nostro sistema mette in atto misure processuali di protezione che, a prima vista, sembrano indebolire le garanzie del giusto processo a tutela dell'accusato. I trattamenti differenziati rivolti ai soggetti vulnerabili, approntati dal codice di rito, sono il frutto, per la maggior parte, della tensione normativa sovranazionale verso la tutela della vittima, segnatamente dalle indicazioni cogenti della Direttiva 2012/29/UE, meglio nota come direttiva vittime, così come recepita dal d.lgs. n. 212/2015. La recente proposta di revisione della direttiva ha imposto alcune riflessioni preliminari sulla centralità dell'individuazione dei fattori di vulnerabilità, con un'attenzione particolare all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Il contributo si sofferma, poi, sul campionario di strumenti di protezione e sulle ragioni per cui il meccanismo congeniato fatica a realizzare, pienamente, gli obiettivi espressi. L'ultima parte, infine, si interroga su come la nuova disciplina di documentazione della prova dichiarativa, così come delineata dalla riforma Cartabia, possa fungere da “fattore di compensazione” rispetto ai rischi di unfair trial a cui un'eccessiva contrazione del contraddittorio può condurre.

There is a constant balance between the accused rights' strengthening and offended person ones. When this latter has personal characteristics that make it particularly exposed to "the force of jurisdiction", our system implements procedural protection measures which seem to weaken the fair trial guarantees for the accused protection, at first sight. The different treatments of vulnerable persons,

* Assegnista di ricerca presso la Scuola Superiore Meridionale di Napoli. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

provided by the Code of Criminal Procedure, is largely the result of protecting victims supranational legislation, in particular the mandatory provisions of Directive 2012/29/EU, called the victims directive, as well as transposed by Lda. n. 212/2015. The recent proposal for the directive revision imposed some preliminary reflections on the centrality of identifying vulnerability factors, focusing on sexual orientation and gender identity. The paper explores the sample of protective instruments and why the mechanism is struggling to achieve fully the objectives expressed. The last part, finally, questions how the new discipline of testimony documentation, of the Cartabia reform, can depict a "compensation factor" of the unfair trial risks which an excessive contraction of the adversarial process may lead to.

1. Vulnerabilità, procedimento penale e trattamenti diversificati

Il diritto incontra la vulnerabilità ogniqualvolta occorre fornire un riequilibrio delle posizioni soggettive e un rimedio alle asimmetrie di potere (di natura contrattuale, economica, informativa)¹.

Si tratta di un compito che implica la predisposizione di strumenti di protezione funzionali al bene protetto, dislocati su vari livelli e nei differenti rapporti pubblici e privati; ma anche nel sapere intrecciare tecniche privatistiche e dispositivi pubblicistici, nella considerazione e nel rispetto dovuti alle persone². La complessità delle situazioni dei soggetti vulnerabili richiede protezioni attente alle specificità, di volta in volta, emergenti, calibrate sull'individuazione dei bisogni e delle esigenze fondamentali.

Ritroviamo tale complessa, variegata e multiforme dinamica anche all'interno del sistema processuale penale, dove l'autorità individua la migliore risposta alla necessità del caso, sotto un duplice profilo: di proporzionalità, rispetto al grado di debolezza che si rappresenta nell'approccio con la persona offesa; di adeguatezza, alle criticità emerse nello specifico della vicenda processuale, guardando alla globalità delle variabili appena esaminate. Il risultato che ne deriva è l'impossibilità di ipotizzare soluzioni uguali per ogni frangente³.

Più nello specifico, la scelta rientra nella "corretta gestione" dell'art. 90-*quater* c.p.p.⁴ da parte del soggetto procedente (pubblico ministero, polizia giudiziaria etc.), con la possibilità, per ogni parte, di lamentare, in sede di gravame di legittimità, l'erroneità dell'opzione compiuta e la gravità delle sue conseguenze sulla pronuncia finale. Fino alla possibilità di eccepire l'abnormità del provvedimento adottato dal giudice, nei casi di mancata applicazione della misura di protezione accordata⁵.

1 D. Poletti, voce *Soggetti deboli*, in *Enciclopedia diritti-Annali*, VII, Milano, 2014, p. 964 e ss., p. 969 e ss., p. 974 e ss.

2 A. Gentili, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Rivista critica diritto privato*, 1 gennaio 2019, p. 45-51.

3 F. Trapella, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Archivio Penale*, n.3, 2019, p. 12.

4 Art. 90-*quater* c.p.p. recita: "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".

5 Sull'impugnabilità della decisione del giudice per le indagini preliminari sulla mancata ammissione della richiesta di incidente probatorio "allargato", ex art. 398 comma 1 c.p.p. per abnormità strutturale del provvedimento cfr. Corte di cassazione, Sez. III penale, 16 maggio 2019, n. 34091. In senso contrario Corte di cassazione, Sez. III penale, 15 febbraio 2023,

1.1. La proposta di revisione della cd. direttiva vittime e l'esigenza di individuazione dei vulnerabili per orientamento sessuale ed identità di genere

Il nostro codice di rito prevede casi in cui la vulnerabilità è "presunta", in quanto riconosciuta *ex lege* in capo agli offesi di reati "ad alto impatto traumatico"; si tratta dei reati indicati nell'elenco di cui agli articoli 351, comma 1-*ter* e 392, comma 1-*bis*, c.p.p. che vedono coinvolti i minori. A questi si affiancano i casi di vulnerabilità "atipica", che possono interessare gli offesi di reati non contenuti nel suddetto elenco, la cui vulnerabilità è riconoscibile, in concreto, sulla base della valutazione dei parametri previsti dall'art. 90-*quater* del codice di rito

Nella prima ipotesi, agli organi giudicanti, non è lasciato alcun margine di discrezionalità: la fragilità è riconosciuta "direttamente" dal legislatore e non necessita di alcuna "mediazione giudiziale".

Al contrario, il riconoscimento della condizione di vulnerabilità "atipica" implica l'esercizio di un margine di discrezionalità piuttosto ampio⁶, con le numerose criticità che tale complessa valutazione, inevitabilmente, comporta⁷.

Com'è noto, il citato art. 90-*quater* c.p.p. - che definisce la "condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa", cristallizzandone alcuni indici di vulnerabilità⁸ - è stato introdotto piuttosto di recente nel nostro ordinamento, ad opera del d.lgs. n. 212/2015, con cui il nostro legislatore ha recepito la direttiva 2012/29/UE⁹, meglio nota come "direttiva vittime".

Prima di ragionare sugli strumenti di protezione approntati e sulle possibili ricadute in termini di giusto processo, appare opportuna un'analisi delle principali novità che giungono dal contesto europeo, con la recente proposta di riforma della *direttiva vittime*, che induce ad una riflessione su di un possibile ripensamento della disciplina, anche sul piano nazionale.

Riper corriamo le tappe più significative del percorso europeo.

La proposta di modifica della direttiva 2012/29/UE, licenziata dalla Commissione lo scorso 12

n.6333; Corte di cassazione, Sez. II penale, 8 giugno 2023, n. 46821; Corte di cassazione, Sez. V penale, 17 luglio 2017, n. 49030; Corte di cassazione, Sez. I penale, 28 aprile 2014, n. 37212.

⁶ G. Marotta, G. Vasatura, *Vulnerabilità e processo penale nella prospettiva criminologica*, in G. Spangher e A. Marandola, *La fragilità delle persone nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 142.

⁷ Per un'analisi sull'individuazione delle condizioni di vulnerabilità e sui suoi risvolti applicativi si consenta S. Grieco, *Vulnerabilità e disabilità. Tra cautele protettive, rischi di stigmatizzazione e giusto processo*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, 2/2024.

⁸ A. Presutti, *Le audizioni protette*, in M. Bargis – H. Belluta, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri, Le audizioni protette*, Giappichelli, Torino, 2017, p.383.

⁹ La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, lasciando agli Stati la facoltà di assicurare un livello di tutela più elevato. Si compone di due parti: il capo II indica i diritti individuali della vittima – comprensione, informazione, assistenza, accesso ai servizi – di diretta applicazione negli ordinamenti nazionali, in quanto non interferiscono con lo svolgimento processuale; il capo III riguarda la partecipazione processuale della vittima, salva la compatibilità della norma con la legge nazionale. Dotata, com'è, dell'efficacia vincolante tipica di questo strumento normativo, la direttiva ha un ampio respiro, valido per tutte le vittime di reato, in grado di unificazione legislativa e rappresenta uno dei più compiuti tentativi di armonizzazione nell'ambito del processo penale; viene, infatti, definita come lo "statuto europeo della vittima". Per una disamina più approfondita *ex plurimis* cfr. L. Luparia, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Torino, 2016; A. Diamante, *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D. Lgs. 212/2015*, in *Giurisprudenza penale*, 24 marzo 2016.

luglio 2023, ed attualmente al vaglio del Parlamento europeo¹⁰, definisce una serie di misure specifiche volte a migliorare la capacità delle vittime di esercitare i loro diritti nel quadro della precedente direttiva.

Pur rappresentando uno sviluppo cruciale, in ambito europeo, nel rafforzamento dei diritti delle vittime e della giustizia incentrata sulle stesse, la direttiva presenta alcune falle. In particolare, la relazione di valutazione adottata dalla Commissione il 28 giugno 2022¹¹, ha messo in luce una serie di criticità, che finiscono col compromettere i diritti delle vittime e che richiedono, pertanto, rimedi con interventi mirati. Nonostante gli indubbi benefici apportati in termini di trattamento delle vittime, da parte delle autorità competenti, e di capacità di partecipazione delle stesse ai procedimenti penali, si registra una mancanza di chiarezza e precisione con cui alcuni diritti vengono formulati nella direttiva che lasciano un eccessivo margine di manovra agli Stati nel recepirli. Con specifico riferimento ai soggetti particolarmente vulnerabili, poi, si è rilevato come, questi ultimi, oltre ad essere privati di efficaci misure, come gli ordini di protezione, non sempre beneficiano di una valutazione tempestiva delle loro esigenze di tutela¹².

A ben guardare, già nel giugno 2020, la Commissione - nell'ambito della "Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)"¹³ - aveva individuato il miglioramento dell'assistenza e della protezione delle vittime più vulnerabili, tra le priorità chiave per intensificare gli sforzi volti a garantire l'accesso alla giustizia a tutte le vittime di reato, indipendentemente dal luogo dell'UE e dalle circostanze in cui è stato commesso il reato.

Nella proposta di revisione, la Commissione ritorna sulla necessità di misure di protezione più adeguate alle esigenze delle vittime, puntando sul miglioramento della valutazione individuale delle esigenze di protezione sull'ampliamento dell'elenco delle misure di protezione che saranno disponibili per le vittime a seguito della valutazione.

È indubbio, infatti, come l'individuazione della vulnerabilità rappresenti un passaggio cruciale, e spesso critico, per l'applicazione delle misure processuali di protezione. La mancata o errata individuazione del soggetto fragile rischia di compromettere, inevitabilmente, anche il più efficiente degli impianti legislativi di protezione.

L'articolo 22 della direttiva, rubricato «Valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione», abbandonando la tentazione di rassicuranti assetti sistematici - at-

-
- 10 COM (2023) 424 final, *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, 12 luglio 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0424#footnote>. Nella sessione del 13 giugno 2024, il Consiglio "Giustizia e affari interni" ha definito un orientamento generale sulla proposta di direttiva licenziata dalla Commissione: cfr. 2023/0250 (COD), *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, 14 giugno 2024, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_11260_2024_INIT.
- 11 SWD/2022/0179 final, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Valutazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012*, 28 giugno 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=SWD:2022:179:FIN>.
- 12 Con riguardo alle vittime vulnerabili, la valutazione ha anche evidenziato altre criticità come la mancanza di un'assistenza specialistica, come un trattamento psicologico prolungato, e, per le vittime minorenni, in molti casi, l'assenza di un approccio mirato, basato sulla cooperazione tra più agenzie.
- 13 COM (2020) 258 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)*, 24 giugno 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0258>.

traverso categorie e gruppi di persone con caratteristiche omogenee tra di loro e predeterminate *ex lege* – introduce la c.d. *individual assesment*, ovvero una valutazione individuale, modellata sulle caratteristiche del caso concreto, di competenza delle autorità che entrano in contatto con la persona offesa. L'*individual assesment* mira, così, a riconoscere le specifiche esigenze di protezione della vittima e a potenziare la tutela nei suoi confronti, tenendo conto delle «*caratteristiche personali della vittima, del tipo o la natura del reato, e delle circostanze del reato*»¹⁴. Il suo scopo è quello di determinare se, in qualche modo, una vittima sia particolarmente esposta al rischio di vittimizzazione secondaria (danno dal procedimento penale) e vittimizzazione ripetuta¹⁵, di intimidazione e/o di ritorsioni (danno dall'autore del reato), in modo da poter applicare misure di protezione adeguate. Le condizioni per le valutazioni individuali sono lasciate al diritto nazionale. Una presunzione di fragilità “strutturale” si rinviene solo per i minori, vittime del reato, pur non escludendo, a priori, una valutazione individuale in grado di verificare se e in che misura debbono avvalersi di misure speciali¹⁶.

Il riconoscimento della vulnerabilità nella sua configurazione situazionale¹⁷ diviene, così, un diritto individuale di ogni vittima, in quanto funzionale, non solo alla sua partecipazione al processo¹⁸, ma all'esigenza di rispettare il diritto alla cura e all'assistenza, che rientrano nella parte della direttiva (capo II) di diretta applicazione.

Tuttavia, pur conservando un approccio empirico e generalista, la direttiva indica ulteriori criteri, che ondeggiavano tra la dimensione oggettiva e quella soggettiva della fonte di vulnerabilità. Gli operatori vengono sollecitati a rivolgere particolare attenzione «*alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime dei reati motivati da pregiudizio o discriminazione [...], alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato*»¹⁹. In tale valutazione sono tenute in «*debita considerazione*» alcune vittime specifiche quali quelle «*del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità*»²⁰. L'elenco fornito, tuttavia, non deve trarre in inganno gli operatori del diritto, i quali non possono perdere mai di vista quella che è stata definita

14 Art. 22, par. 2, Direttiva 2012/29/UE.

15 Sui concetti di vittimizzazione secondaria e ripetuta cfr. C. Amalfitano, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'unione europea*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, n.2, 1 aprile 2018, p. 523 e ss.

16 Il minore è soggetto in *re ipsa*, vulnerabile, a causa e per effetto delle conseguenze derivanti dall'aver subito un delitto. “*Ciò non per il sol fatto che un individuo abbia meno di diciotto anni, ma per le conseguenze che il reato ha prodotto sulla di lui personalità, attese le sue peculiari caratteristiche*”; così F. Trapella, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, cit., p. 8.

17 Sulla configurazione situazionale della vulnerabilità cfr. M.G. Giammarinaro, L. Palumbo, *Vulnerabilità attraverso la lente dell'intersezionalità, nella normativa e nella giurisprudenza europee e italiane* in M.G. Giammarinaro et al. (a cura di), *Donne gravemente sfruttate. Il diritto di essere protagoniste*, Torino, 2022, pp. 19-33; cfr. C. Mackenzie et al., *Vulnerability. New essays in ethics and feminists philosophy*, Oxford, 2014.

18 Tali misure di protezione sono stabilite dall'articolo 23 della direttiva sui diritti delle vittime e comprendono tecniche speciali di audizione, l'assenza di contatto visivo con l'autore del reato e la possibilità di non essere presenti in aula. Per un approfondimento cfr. A. Diamante, *La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Origini, ratio, principi e contenuti della Direttiva recepita dal D. Lgs. 212/2015*, in *Giurisprudenza Penale*, 24 marzo 2016.

19 Art. 22, par. 3, Direttiva 2012/29/UE.

20 *Ibidem*.

«concezione generalista europea»²¹, dove l'attenzione viene traslata dal *soggetto* al *rischio* di vittimizzazione, in cui ognuno può incorrere, in particolari condizioni²²; fattore giustificativo di tutte le misure di protezione.

Come sottolineato dalla stessa valutazione della Commissione nella relazione, il diritto ad una valutazione individuale rappresenta uno dei risultati più significativi ottenuti dalla direttiva sui diritti delle vittime. Un approccio basato sulle caratteristiche intrinseche della vittima, o sulla situazione in cui si viene a trovare, rischierebbe, infatti, di innescare un processo di stigmatizzazione e discriminazione sociale degli stessi soggetti che si vuole proteggere, quali la creazione di soggetti più o meno tutelati o la stigmatizzazione di categorie separate²³.

Indubbie restano, tuttavia, le difficoltà operative di tale approccio. La dimensione dinamica e casistica, nella pratica, è, spesso, ostacolata da diverse carenze, tra le quali emergono una mancata o ritardata valutazione della vulnerabilità, a causa della scarsa competenza degli operatori della giustizia i quali, al cospetto di un catalogo ben definito di categorie oggettive e precostituite (come l'età, il genere etc. etc.), sarebbero stati posti al riparo da dubbi, o meglio timori, sull'errato utilizzo degli indicatori; così come confermato dai numerosi portatori di interessi consultati nell'ambito della suddetta valutazione.

Le puntuali modifiche, apportate nel progetto di revisione all'art. 22 della direttiva, sono volte a superare tali criticità, accentuando la necessità di una valutazione di vulnerabilità fin dal primo contatto con la vittima; disponendo un maggiore coinvolgimento dei servizi di assistenza, delle autorità di contrasto e del potere giudiziario con la predisposizione di protocolli operativi; accordando una valutazione specifica dei rischi posti dall'autore del reato (come l'abuso di alcol o il possesso di armi) e, infine, una maggiore inclusione della vittima nella valutazione delle sue esigenze individuali di assistenza.

Con l'intento di ridurre la lamentata discrezionalità degli Stati, da un lato, e di favorire l'accertamento degli operatori, dall'altro, la proposta di riforma approfondisce le «*caratteristiche personali della vittima*», al fine di intercettare possibili condizioni di vulnerabilità. Più nello specifico, viene rivolta peculiare attenzione alle «*vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere collegati in particolare alle loro caratteristiche personali*», laddove si specifica che tra le «*esperienze rilevanti di discriminazione*» vi sono anche quelle «*basate su una combinazione di diversi motivi, come il sesso, il genere, l'età, la disabilità, la religione o le convinzioni personali, la lingua, la razza o l'origine sociale o etnica, l'orientamento sessuale*». Con riferimento all'identità di genere, invece, la direttiva ne fa menzione nei *consideranda*, ampliando le cause di "violenza di genere"²⁴.

Per la prima volta, il legislatore europeo, accanto ai tradizionali fattori di discriminazione (quali sesso, genere, età, disabilità etc), inserisce l'orientamento sessuale tra le possibili "spie sentinella" di

21 M. Bouchard, *Sulla vulnerabilità nel processo penale. Breve guida giuridico-filosofica sulla vulnerabilità della vittima di reato*, in *DPU - Diritto Penale e Uomo*, 18 dicembre 2019, pag. 6. La valutazione di rischio non è riservata a casi particolari ma finalizzata ad individuare le corrette misure di protezione, se necessarie, da adottare, di volta in volta, a favore di *qualsiasi* vittima. Da condizione di eccezione dal canone della normalità, la vulnerabilità si tramuta, così, in "dato ontologico" della condizione umana e, pertanto, estendibile a tutti²¹; caratteristica universale, costante, dell'esistenza umana.

22 B. Pastone, *Vulnerabilità, cultura giuridica, Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 10 giugno 2020. L'a. sottolinea come, da condizione di eccezione dal canone della normalità, la vulnerabilità si tramuta in "dato ontologico" della condizione umana e, pertanto, estendibile a tutti; caratteristica universale, costante, dell'esistenza umana.

23 S. Quattrocchio, *Vulnerabilità e individual assesment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. Bargis e H. Belluta, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, cit., p. 311.

24 Par. 2, lett. a) dell'art. 22.

discriminazione²⁵, laddove, nella precedente versione²⁶, si limitava ad un generico richiamo ai "reati basati sull'odio"²⁷.

Sul fronte interno, com'è noto, l'art 90-*quater* c.p.p. ricalca l'assetto europeo, riconoscendo alcuni indici di «eventuale vulnerabilità»²⁸ che, pur presentando un livello maggiore di definizione rispetto alla normativa convenzionale, hanno il pregio di abbandonare la logica di nette divisioni, basata, essenzialmente, su criteri soggettivi e indici presuntivi. Ad un catalogo tassativo della cause di vulnerabilità, si sostituisce un criterio "misto" che fa riferimento, rispettivamente, alle caratteristiche soggettive della persona offesa (età, stato di infermità, deficienza psichica, eventuale dipendenza dall'autore del reato), a quelle oggettive del reato (tipo di illecito, modalità dell'azione, circostanze del fatto, violenza nel praticare la condotta) nonché alla contesto situazionale o alla finalità criminosa dell'agente (odio razziale, terrorismo, criminalità organizzata, discriminazione).

Si invita, così, inquirenti e giudici a considerare i differenti criteri congiuntamente, per stabilire se, dinanzi a loro, si presenti una persona offesa di speciale debolezza.

Sarebbe utile interrogarsi se, parimenti alle proposte europee, sia necessario, anche sul fronte interno, un approfondimento di quelle «finalità di discriminazione» dell'agente, che ritroviamo nell'art.90-*quater* c.p.p. con l'esplicito inserimento dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere tra i possibili "indici" di vulnerabilità.

Lungi dal ritorno ad una nozione statica e riconducibile a soggetti e/o gruppi pensati come, intrinsecamente, deboli *ex ante* dalla legge - scelta, peraltro, non più praticabile²⁹, come più volte sottolineato dalla Corte di Giustizia europea,³⁰ - tale modifica consentirebbe, al pari di altre categorie

25 Consideranda 17: «Per violenza di genere s'intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere».

26 Cfr. art. 22, Direttiva 2012/29/UE: «(...) 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. 3. 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. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità».

27 In Italia non esiste una definizione giuridica di crimine d'odio. Viene in genere utilizzata quella elaborata dall'Ufficio per le istituzioni democratiche e i diritti Umani (Odihr) dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (Osce) in base alla quale il crimine d'odio Per "crimini d'odio", secondo la definizione fornita dall' *Organization for Security and Co-operation in Europe - OSCE*, si intendono quei reati commessi contro un individuo e/o beni ad esso associati, motivato da un pregiudizio che l'autore nutre nei confronti della vittima, in ragione di una "caratteristica protetta" di quest'ultima. Il crimine d'odio, quindi, si caratterizza per la presenza di due elementi: un fatto previsto dalla legge penale come reato (cosiddetto reato base) e la motivazione di pregiudizio in ragione della quale l'aggressore sceglie il proprio "bersaglio"; cf. OSCE, *Hate Crime Laws: A Practical Guide. Revised Edition*, 23 settembre 2022. <https://www.osce.org/odihr/523940>. Sul concetto di crimini d'odio cfr. L. Giosis, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di diritto penale antidiscriminatorio*, in questa *Rivista*, n.1, 2024, p. 9. L'a. sottolinea come l'essenza di tali crimini si annidi nella «intrinseca discriminazione che si verifica laddove si nega l'uguaglianza delle differenze...e conseguentemente, si nega, a dispetto dell'uguaglianza giuridica, la pari dignità sociale della persona».

28 A. Presutti, *Le audizioni protette*, cit., p. 383.

29 R Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, fasc.2/2018, pp. 35-56.

30 Corte di Giustizia Europea, Grande sezione, 16 giugno 2005, *Pupino c Italia*. Richiamando proprio gli artt. 2 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAL, rilevava opportunamente come le disposizioni europee non definissero la nozione di vulnera-

espressamente indicate dall'art. 90-*quater* c.p.p., di fornire ulteriori coordinate agli operatori della giustizia, incluse le forze di polizia. I criteri soggettivi e oggettivi fungono sì da base ma perdono la loro esclusività, consentendo l'innesto di scelte selettive nuove e meno vincolate, in un'ottica intersezionale³¹, pur ancorando la vittima vulnerabile al caso concreto, nella sua dimensione situazionale³².

Sotto il profilo costituzionale, si garantirebbe il pieno riconoscimento del principio di uguaglianza, sancito dall'art.3 C che non tollera ingiustificate disparità di trattamento fondate sul «*sex*» così come sulle «*condizioni personali e sociali*»³³, laddove il riferimento a tali condizioni rendono indiscutibile l'esigenza di una tutela rafforzata anche nei confronti delle vulnerabilità sociali, basate su identità di genere³⁴ e orientamento sessuale³⁵.

Stesso *iter* logico-argomentativo varrebbe con riferimento ai parametri internazionali, alla luce dei valori di dignità e uguaglianza, in chiave processualistica, dettati dall'art. 3 della CEDU, in combinato disposto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU. I cd. “vulnerabili sociali”, per orientamento sessuale o identità di genere, infatti, sono stati individuati, in ottica vittimologica, oltre che dalla *direttiva vittime*, dalla stessa Corte di Strasburgo³⁶, che riconosce loro piena tutela, al pari delle altre categorie.

Del resto le rilevazioni statistiche³⁷ sugli atti di violenza omotransfobiche, pur non prevedendo cifre significative³⁸, dimostrano la presenza di una particolare vulnerabilità dei soggetti LGBT nel no-

bilità dell'offeso (par. 53), pur, però, rimarcando la necessità di un'individuazione casistica della stessa. In argomento v. V. Manes, *L'incidenza delle «decisioni quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cassazione penale*, n.3, 2006, p. 1150 ss.; S. Allegrezza, *Il caso Pupino: profili processuali*, in V. Manes e F. Sgubbi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University Press, Bologna, 2007.

- 31 Sull'interessante fenomeno dell'intersezionalità si rimanda a B.G. Bello, *Intersenzionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, FrancoAngeli, Milano, 2020, p. 23 e ss.
- 32 Sulla configurazione situazionale della vulnerabilità cfr. M.G. Giammarinaro, L. Palumbo, *Vulnerabilità attraverso la lente dell'intersezionalità, nella normativa e nella giurisprudenza europee e italiane* in M.G. Giammarinaro et al. (a cura di), *Donne gravemente sfruttate. Il diritto di essere protagoniste*, Torino, 2022, pp. 19-33; cfr. C. Mackenzie et al., *Vulnerability. New essays in ethics and feminists philosophy*, Oxford, 2014.
- 33 Per il significato da attribuire alle «*condizioni personali e sociali*» cfr. G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 32, dove l'a. fa rientrare anche l'orientamento sessuale, oltre all'identità di genere e alla disabilità.
- 34 Intesa come identificazione soggettiva con un determinato genere, non necessariamente coincidente con il sesso biologico di appartenenza, né esauribile nel solo binarismo maschio/femmina. Sugli incerti contorni definitori della nozione v. I. Fanlo Cortés, *Il DDL Zan e il nodo dell'identità di genere*, in questa *Rivista*, n. 2, 2021, pp. 11 ss.
- 35 L. Gioisis, *Un diritto penale antidiscriminatorio?* in questa *Rivista*, 2021, n. 2, p. 17.
- 36 Corte Europea dei Diritti Umani, 12 maggio 2015, *Identoba e a. v. Georgia*; 12 aprile 2016, *M.C. e A.C. v. Romania*.
- 37 Secondo i dati forniti annualmente dall'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti di discriminazione -Oscad, per la maggior parte, si tratta di reati d'odio etnico/razziale, a seguire di reati d'odio religioso, d'odio omofobico, nonché reati contro disabili e, infine, reati d'odio basati sull'identità di genere, soprattutto in caso di coppie omosessuali. <https://hatecrime.osce.org/italy>.
- 38 I numeri, peraltro, sono certamente sottostimati a causa dei noti fenomeni di *under-reporting* (lett. sotto-denuncia) e di *under-recording* (lett. sotto-registrazione), legati, rispettivamente, ad una sostanziale sfiducia dei protagonisti rispetto alla capacità di intervento delle forze dell'ordine sul tema e alla mancata intercettazione del fenomeno, da parte di queste ultime; come illustrato dall'Oscad nella presentazione delle proprie attività (cfr. https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2024-03/presentazione_attivita_oscad_1.pdf) e confermato anche dall'ultimo rapporto dell'*European Commission against Racism and Intolerance* – ECRI sull'Italia, 2 luglio 2024, [GeniUS](https://rm.coe.int/sixth-</p></div><div data-bbox=)

stro Paese, in quanto maggiormente esposti alla probabilità di essere vittime di violenza rispetto al resto della popolazione.

Per scongiurare profili di tensione e non incorrere in tali violazioni, allora, occorrerebbe, annullare in radice, ogni elencazione di possibili fattori di vulnerabilità, con tutti gli indiscutibili risvolti critici, già illustrati, in termini di identificazione casistica e supporto interpretativo. *Tertium non datur*.

Alla luce di tali esigenze, potrebbe tornare utile la proposta di estensione dei motivi discriminatori, formulata nel disegno di legge noto nel dibattito pubblico con il nome del relatore di esso alla Camera, on. Alessandro Zan (da ora in avanti ddl Zan)³⁹. Approvato dalla Camera dei deputati, ma arrestato definitivamente in Senato⁴⁰, il progetto riformatore - oltre all'introduzione di norme sanzionatorie penali⁴¹ e di misure di carattere educativo e preventivo⁴², finalizzate al superamento di atteggiamenti non discriminatori - intendeva intervenire proprio sull'art. 90-*quater*. In particolare, per la valutazione della condizione di particolare vulnerabilità, si introduceva esplicitamente, tra le finalità di discriminazione (alla cui repressione cui il ddl Zan è ispirato) alla base del fatto, anche l'"*odio fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere*"⁴³.

[report-on-italy-translation-in-italian-/1680b205f7](https://www.giustizia.it/giustizia/it/m_1_1_1_1_1_1680b205f7).

- 39 Disegno di legge Zan et Alii, come testo unificato (A.A. C. 107, 569, 868, 2171 e 2255), il 30 luglio 2020 in Commissione Giustizia e recante "Modifiche agli artt. 604-bis e ter c.p., in materia di violenza o discriminazione per motivi di sesso, di genere, di orientamento sessuale e di identità di genere".
- 40 A.S. 2005.
- 41 Il ddl interveniva, lo si rammenta, sulle fattispecie penali previste dall'art. 604-bis del codice penale, ampliando l'ambito di applicazione del reato di istigazione a commettere atti di discriminazione anche per motivi "fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere o sulla disabilità", nonché del reato consistente nel compimento di tali atti, oltre che nella partecipazione, a vario di titolo, in organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per i motivi indicati nella lettera precedente. Un'ulteriore modifica riguardava l'aggravante specifica ex art. 604-ter del medesimo codice con l'aggiunta (e pertanto considerati come aggravanti) degli stessi motivi sopra indicati, per i reati "commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità". Per un approfondimento dei cd. reati anti-discriminatori v. S. Prandi, *Il diritto penale antidiscriminatorio "esplicito"*, in questa *Rivista*, n.1, 2024, p. 25 e ss.
- 42 Al piano della promozione culturale e della prevenzione è possibile ascrivere l'istituzione di una Giornata nazionale contro l'omofobia, la lesbofobia, la bifobia e la transfobia, a cui si affiancava l'ampliamento delle competenze dell'Ufficio per il contrasto alle discriminazioni istituito presso la Presidenza del Consiglio e la ridefinizione delle funzioni dei centri contro le discriminazioni motivate da orientamento sessuale e identità di genere già previsti dalla legislazione vigente. Un'ultima disposizione dava mandato all'Istat, sentito l'Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, di effettuare una rilevazione statistica con cadenza almeno triennale sulle discriminazioni previste dalla legge.
- 43 Art. 6. (Modifica all'articolo 90-*quater* del codice di procedura penale) 1. All'articolo 90-*quater*, comma 1, secondo periodo, del codice di procedura penale, dopo le parole: «odio razziale» sono inserite le seguenti: o fondato sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere». L' "Identità di genere" è espressione già nota nel panorama giuridico nazionale, dove compare per la prima volta nel D. Lgs. n. 18/2014 in materia di attribuzione della qualifica di rifugiato che, in attuazione della Direttiva 2011/95/UE, identifica nell'identità di genere uno dei criteri di appartenenza a gruppi sociali potenzialmente vittime di persecuzione⁴⁴. La ritroviamo, più di recente, anche legge sull'ordinamento penitenziario, così come modificata nel 2018, che all'art.1 richiama l'identità di genere (assieme all'orientamento sessuale) tra i motivi vietati di discriminazione nel trattamento penitenziario. Anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale si riconduce l'identità di genere, ad elemento costitutivo del diritto all'identità personale, nell'alveo dei diritti fondamentali della persona; cfr. Corte cost., sentenza n. 221, 21 ottobre 2015. e sentenza n. 180, 13 luglio 2017. Per un approfondimento sull'argomento I.F. Cortes, *Il DDL Zan e il nodo dell'identità di genere*, in questa *Rivista*, n.2, 2021, p. 37-47.

Senza ripercorrere - per questioni di economia e perché tematica di natura sostanziale, estranea al presente lavoro - le ragioni⁴⁴ che hanno decretato il fallimento dell'iter legislativo⁴⁵, così delle numerose obiezioni mosse al disegno riformatore⁴⁶, l'inserimento esplicito dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, oltre a contribuire ad un concreta applicazione delle garanzie previste per i "soggetti fragili"⁴⁷ alle persone LGBT+ in ambito processuale - sempre che il giudice ne riscontri, in concreto, necessità e opportunità - si porrebbe in linea con la recente «Strategia Nazionale LGBT+ 2022 - 2025 per la prevenzione e il contrasto delle discriminazioni per orientamento sessuale e identità di genere»⁴⁸. In coerenza con le convenzioni internazionali, le indicazioni dell'Unione Europea⁴⁹ e il nostro dettato costituzionale, la *Strategia* è volta al rafforzamento delle tutele e alla promozione della parità di trattamento, attraverso azioni specifiche e interventi di più ampia portata, nei quali si andrebbe, indubbiamente, a collocare l'inserimento dei due parametri negli indici di vulnerabilità.

44 *Ex plurimis*, cfr. M. Pelissero, *Il disegno di legge Zan: una riflessione sul percorso complesso tra diritto penale e discriminazione*, in M. Pelissero - A. Vercellone (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, Torino, 2022, p.245-264; L. Giosis, *Un diritto penale antidiscriminatorio?*, cit., 2021, n.2, p.9 e ss.; M. Caielli, *Il DDL Zan tra diritto penale, democrazia e pluralismo. Profili di diritto costituzionale: pari dignità, principio pluralista, libertà di manifestazione del pensiero*, in questa *Rivista*, n., 2021, p. 18-27; A. Schillaci, *A metà del guado: la proposta di legge Zan, tra riconoscimento e solidarietà*, in *Giustizia insieme*, 10 novembre 2020; L. Conte, *Il "Ddl Zan" tra Costituzione e politica legislativa*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2021; L. Giosis, *Sulla riforma dei delitti contro l'uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1521 ss. Sulle forme di discriminazione di persone LGBTQIA+ per le quali vi è un vero e proprio vuoto di tutela, a causa della non approvazione del ddl Zan, e sui tentativi della giurisprudenza di sopperire alla mancanza di intervento legislativo cfr. P. Caroli, *Diritto penale e discriminazione delle persone LGBTQIA+*, in questa *Rivista*, n.1, 2024, p. 80 e ss. Per una proposta "correttiva" del Ddl v. A. Di Martino, *Osservazioni sul D.D.L. «Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità»*, in *Discrimen*, 5 ottobre 2021.

45 Per un approfondimento sull'iter legislativo v. S. Curreri, *Il travagliato iter parlamentare del c.d. disegno di legge Zan*, in questa *Rivista*, n.2, 2021, p. 48-67.

46 Tra i numerosi contributi che hanno animato il dibattito sull'argomento cfr. C. Caruso, *Diritto penale pedagogico o costituzionalmente orientato?*, in *Quaderni costituzionali*, 3 settembre 2021; R. Bartoli, *Costituzionalmente illegittimo non è il d.d.l. Zan, ma alcuni comportamenti incriminati dall'art. 604-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 12 luglio 2021; L. D'Amico, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *Legislazione penale*, 29 giugno 2021, pp. 1 ss. Per una lettura critica: cfr. *ex plurimis* D. Pulitanò, *Sulla discussione sul DDL Zan*, in *Giurisprudenza penale web*, n.3, 2021, p. 7-8, il quale ritiene che l'istigazione a commettere atti di discriminazione prevista dal ddl costituisca una "nuova fattispecie di reato d'espressione". Analogamente L. Conte, *Il "Ddl Zan" tra Costituzione e politica legislativa*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2021, p. 302.

47 Espressione utilizzata dagli stessi giudici costituzionali, in tema di assunzione della testimonianza e necessità di adottare modalità che garantiscono la tutela della personalità del teste e della genuinità della prova; cfr. Corte cost., sentenza n. 108, 1 aprile 2003.

48 https://politichecoesione.governo.it/media/2968/strategia-nazionale-lgbtplus_2022-2025.pdf.

49 In particolare la Strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025 della Commissione Europea (2022/C 61/08) incoraggia gli Stati membri a costruire e a sviluppare i propri piani d'azione sulla parità LGBT+, basandosi sulle migliori pratiche esistenti, con l'obiettivo di contrastare la discriminazione e la violenza nei confronti delle persone LGBT+. Cfr. COM(2020) 698 final, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025*, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, 12 novembre 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0698>.

2. L'escussione del dichiarante vulnerabile

Gli impulsi provenienti dalla normativa europea⁵⁰ hanno condotto, in modo sempre più organico, verso soluzioni in cui la persona offesa, - o meglio, la “vittima”⁵¹ - che versa in condizioni di vulnerabilità, nell’ambito del processo penale che la coinvolge, debba ricevere una serie di tutele processuali.

Se, da un lato, non si può conferire allo *status* di debolezza della vittima un valore assoluto⁵², non sarà neppure possibile stabilire, a priori, il ventaglio di tutele da apprestare alla vittima, persona offesa e/o dichiarante, nel corso del procedimento.

Le diverse esigenze possono richiedere, ora, strumenti di protezione, ora, mezzi di partecipazione attiva; ora, distanza e assenza allo svolgersi del procedimento; ora, un ruolo centrale e narrante; ora, protezione e isolamento; ora, risposte e confronto con l’accusato⁵³.

Ciò perché le esigenze della vittima, e le finalità che la stessa può perseguire, sono diverse, così come differenti sono anche le preoccupazioni e i timori⁵⁴.

Il campionario di strumenti di protezione da approntare dipende dalla gamma di fattori dai quali la persona dovrebbe essere protetta. Se, ad esempio, la vulnerabilità della vittima dipende dalla sua

50 Il legislatore ha tenuto conto, dapprima, delle previsioni della *Convenzione di Varsavia* del 6.05.2005 sulla lotta contro la tratta di esseri umani, nonché della *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale*, siglata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, ratificata e resa esecutiva con legge 1° ottobre 2012, n. 172 (artt. 30, 31 e 35); poi della *Convenzione del Consiglio d'Europa del 11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (cd. *Convenzione di Istanbul*), ratificata dall'Italia con il D.L. 14 agosto 2013 n. 93, convertito in Legge 15 ottobre 2013, n. 119.

51 La categoria di “vittima”, cui fanno esclusivo riferimento le fonti sovranazionali, è avulsa dal nostro ordinamento che preferisce concentrarsi maggiormente sugli effetti del reato anziché sulla persona, riconoscendo le sole categorie di “persona offesa” (che subisce quello che viene definito il “danno criminale”) e “danneggiato” (colui che ha subito un “danno civile”). Al contrario, la locuzione “vittima del reato”, a cui le fonti sovranazionali fanno esclusivo riferimento, incorpora entrambe le categorie. A ben guardare, il termine “vittima” compare nel codice di procedura penale soltanto in quattro disposizioni (nell’ art. 90-bis, co. 1, lett. p); art. 316, comma 1-bis; art. 498, comma 4-ter e art. 539, comma 2-bis c.p.p.), tutte frutto di recentissime modifiche. In questi casi il termine è utilizzato come sinonimo di persona offesa dal reato, ma permangono l’assenza di una qualsiasi riflessione sul reale significato da attribuirgli e di una definizione giuridicamente rilevante. Il tecnicismo sotteso alla terminologia scelta dal legislatore italiano è stato ritenuto indicativo della volontà di prendere le distanze dalla visione di vittima-persona, che avrebbe portato a immettere nel processo penale una carica giustizialista, in mano ai privati, distonica rispetto alla figura del pubblico ministero, incaricato di tutelare anche gli interessi della vittima; sul punto E.M. Catalano, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1 gennaio 2014, p.1791 e s. Per un approfondimento sull’argomento cfr. H. Belluta, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimone*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 148. Parla di una “figura dai lineamenti alquanto ambigui e confusi” G. Tranchina, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Treccani, 1990, p. 1 ss. Sul punto cfr. anche O. Mazza, *Il contraddittorio impedito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in ID., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent’anni dalla grande riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 83, il quale, interrogandosi sull’identità della vittima del reato, afferma che “si potrebbe icasticamente definire “un soggetto in cerca di giustizia privata”.

52 Per un ragionamento più ampio sui fattori strutturali e situazionali dei processi di vittimizzazione cfr. A. Antonilli, F. Di Muzio, *La società della vittimizzazione*, FrancoAngeli, Milano, 2021.

53 L. Parlato, *Vulnerabilità e processo penale*, in G. Spangher e A. Marandola, *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., p. 429.

54 *Considerando 58*, Direttiva 2012/29/UE.

prossimità o dipendenza dal reo, verranno posti in essere accorgimenti che pongono la vittima al riparo dal contatto con l'indagato/imputato, per evitare l'esperienza traumatizzante o per scongiurare il rischio di intimidazioni e ritorsioni; si prediligeranno luoghi diversi, così come condotte recidivanti che possano incidere sulle sue determinazioni. Se, invece, il pregiudizio della persona dipende dalla ripetizione di un disagio e di una sofferenza legate dal “rivivere” l'esperienza traumatica, si mira ad evitare che il dichiarante venga sentito più volte dai diversi organi inquirenti e giudicanti, a meno che non sopraggiungano nuovi fatti. Se le esigenze di protezione dipendono, invece, “dal” procedimento medesimo, questo potrà essere svolto in altri luoghi, le domande poste dal presidente potranno essere mediate dalle parti e il processo potrà svolgersi a porte chiuse.

È evidente che, quanto più elevato sarà il grado di vulnerabilità della persona offesa, tanto maggiore dovrà essere lo sforzo della polizia giudiziaria e della magistratura per scongiurare una sua nuova “vittimizzazione”.

La posta in gioco è elevata: ritenute le specifiche esigenze della vittima, le vanno assicurate speciali forme di protezione, nel corso del procedimento. In caso contrario - oltre a generare, nel dichiarante, conseguenze assimilabili ad un rinnovato contatto con il fatto delittuoso già sofferto - il rischio è che l'interazione con chi ha subito il reato, sia falsata o divenga impossibile, minando, così, la genuinità della prova.

Difatti, le condizioni di vulnerabilità possono diventare, nel processo, elemento utile agli indagati/imputati per indebolire la credibilità della testimonianza della vittima stessa agli occhi del giudice, se non addirittura a strumentalizzarla, come sovente accade, oggi, nei processi penali in cui la vittima è la donna o il minore.

Importante, ad ogni modo, tener distinto il piano della particolare vulnerabilità del dichiarante dalla “capacità a testimoniare”; condizione, quest'ultima, in grado di influire, semmai, solo in sede di convincimento del giudice, circa la valenza probatoria delle dichiarazioni del soggetto fragile.

Con particolare riguardo all'offeso vulnerabile, chiamato a rendere dichiarazioni, il sistema processuale vigente offre al giudice un ampio ventaglio di strumenti di salvaguardia della sua personalità.

Tra le misure di protezione più significative, si pongono i casi di anticipazione della narrazione dei fatti dell'offeso, con una tensione costante a ravvicinare, temporalmente, la deposizione al fatto criminoso. Emblematica, in tal senso, la scelta introdotta dalla legge nazionale, con la legge 69/2019, sulla violenza domestica e di genere, di assumere le informazioni della persona offesa o del denunciante entro tre giorni dall'iscrizione della *notitia criminis*; così da imprimere celerità alla prima “presa di contatto”⁵⁵ della vittima con l'autorità giudiziaria.

Tuttavia, il nostro paese ha iniziato a trattare il tema del dichiarante di speciale debolezza – offeso o, semplicemente, testimone – con un certo ritardo rispetto alle indicazioni europee. Lo ha fatto senza un'organica riscrittura delle norme codicistiche, ma con interventi che si sono susseguiti in modo frammentario e disordinato, incidendo sulle stesse regole, a più riprese, nell'arco di pochi anni.

2.1. La progressiva “liberalizzazione” dell'incidente probatorio e gli altri strumenti processuali di protezione della vulnerabilità

L'impianto originario di protezione della vulnerabilità si è concentrato, dapprima, sulla tutela degli interessi del minore infrasedicenne, in ordine ai soli delitti a sfondo sessuale, sia nel corso delle indagini

55 Art. 4 della Direttiva 2012/29/UE.

che in fase dibattimentale, per poi estendersi a tutti i soggetti "particolarmente vulnerabili", nell'accezione già illustrata (cfr. par.1.1.) e prescindendo dalla tipologia di reato.

In particolare, con la legge n. 66 del 1996, di contrasto alla violenza sessuale, si è assistito all'introduzione dell'incidente probatorio "speciale o atipico"⁵⁶, in quanto svincolato dall'ordinario presupposto della non rinviabilità dell'acquisizione della prova al dibattimento, fondato sull'esistenza di quei requisiti di indifferibilità che caratterizzano l'istituto⁵⁷.

L'incidente probatorio, da parentesi istruttoria votata pressoché, esclusivamente, ad assumere, in via anticipata, la prova a rischio di dispersione - prevenendone la successiva irripetibilità ed il conseguente limite fisiologico d'utilizzo - ha acquisito, progressivamente, l'obiettivo di proteggere il dichiarante dalla *vis* dibattimentale⁵⁸.

Tuttavia, nella sua formulazione originaria, non riguardava tutti i procedimenti, ma solo quelli per particolari reati.

Con il d. lgs. 4 marzo 2014 n. 24⁵⁹, prima, e il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212⁶⁰, unitamente alla specifica normativa a protezione delle donne⁶¹, poi, si è assistito ad una progressiva "liberalizzazione" della fattispecie, a presidio della persona offesa *tout court*, che "vers(i) in condizioni di particolare vulnerabilità"; indipendentemente dal fattore anagrafico e/o dal reato per cui si procede.

L'evoluzione legislativa sopra descritta, costituisce il punto di arrivo di un processo che parte dalla nota sentenza della Corte di giustizia europea sul caso *Pupino*⁶². Già in quella sede, infatti, i giudici di Strasburgo avevano riconosciuto, all'istituto in esame, la natura di strumento idoneo a tutelare gli interessi delle vittime vulnerabili, "nella misura in cui favorisce la contrazione delle audizioni giudiziali e consente l'esame in condizioni "protette", ... umanizzanti di quelle che caratterizzano ordinariamente l'udienza pubblica".

56 Corte Cost., sentenza. n.92, 21 febbraio 2018.

57 Tale disposizione è stata, poi, sostituita dalla legge 2012 n. 172, di ratifica ed esecuzione della *Convenzione di Lanzarote* del 2007, per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale.

58 La legge n. 66, 15 febbraio 1996, di contrasto alla violenza sessuale, giustificava il suo impiego con l'esigenza di tutelare la dignità e la riservatezza del minore, costruendo un ambito protetto in cui acquisire il suo contributo conoscitivo, facendo in modo che egli sia "toccato" al minimo dal circuito processuale; facilitando, così, il processo di rimozione del ricordo dell'offesa e del trauma subiti. Tale *ratio* extraprocessuale è stata resa maggiormente evidente dalla legge 3 agosto 1998, n. 26 (*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*) che, aggiungendo all'art. 190-bis c.p.p. un comma 1-bis, ha stabilito che il minore infrasedicenne, già escusso in sede di incidente probatorio, non potesse essere chiamato a deporre nuovamente in dibattimento, se non quando ciò apparisse "assolutamente necessario".

59 In attuazione della Direttiva europea 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

60 Per un approfondimento cfr. S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. Luparia, *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra direttive dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Milano, 2015.

61 D.L. 14 agosto 2013 n. 93 convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119, in attuazione della *Convenzione di Istanbul*, nonché Legge n. 69/2019, meglio conosciuto come *Codice rosso*. Si tratta di interventi normativi orientati, più in generale, a consentire la massima partecipazione possibile della persona offesa al procedimento penale, in linea con lo sforzo di dare maggiore protezione alle vittime particolarmente vulnerabili, e a quelle dei reati cd. "di genere".

62 Corte di giustizia delle Comunità europee, C – 105/03. In argomento v. L. Lupària, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cassazione penale*, 2005, p. 3541 ss.; V. Manes, *L'incidenza delle «decisioni quadro» sull'interpretazione in materia penale*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 1150 ss.; S. Allegrezza, *Il caso Pupino: profili processuali*, in V. Manes e F. Sgubbi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia university press, 2007, p. 53 e ss.

Gli argomenti a favore della vistosa deroga sono molteplici: necessità di limitare l'impatto che il processo avrà sul soggetto vulnerabile; favorire l'uscita di quest'ultimo dal sistema processuale; proteggere la personalità di una “fonte fragile”; fare in modo che il contributo dichiarativo acquisito sia il più possibile veritiero.

È opportuno, fin da ora, evidenziare come l'anticipazione della raccolta della prova del vulnerabile, che sia presunto o atipico, non esaurisce la sua *ratio*, nella tutela della persona offesa dal trauma del processo. Rappresenta un presidio della genuinità stessa della prova, “dato che la reiterazione e la dilazione di testimonianze del vulnerabile, secondo massime di esperienza consolidate, è potenzialmente rischiosa per la credibilità dei contenuti accusatori in ragione sia della difficoltà di riedizione di eventi ad alto impatto traumatico a distanza di tempo, sia dell'elevata probabilità di inquinamento di tali contenuti, correlato alla pluralità delle audizioni”⁶³.

Se l'anticipazione della testimonianza è lo strumento ideato dal legislatore per garantire la tutela sia della *persona* del vulnerabile che della *prova* dichiarativa, dallo stesso proveniente, il giudice, funzionalmente competente, è chiamato ad effettuare un duplice apprezzamento. Nello stabilire se procedere alla contrazione della prova, o ad attivare altri strumenti di protezione, da un lato, dovrà essere in grado di dimostrare che il rinvio dell'audizione non si risolve nell'inflizione al dichiarante di traumi da processo (connessi alla dilazione ed alla reiterazione delle audizioni) tipici della *vittimizzazione secondaria*; dall'altro, anche in assenza della condizione di vulnerabilità, verificherà che il rinvio, nel caso specifico, non mini la genuinità della testimonianza in sé.

Come ribadito anche recentemente⁶⁴, l'esercizio di un sindacato discrezionale sull'attivazione della misura di protezione è legittimato dal fatto che le fonti internazionali non prevedono alcun automatismo in sede probatoria.

Oltre all'attivazione della procedura incidentale, la legge del 1996 è intervenuta sulle modalità con le quali viene assunta la testimonianza in questa sede. Il comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p. stabilisce la possibilità, per il giudice, di individuare tempo, luogo e modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, per i reati indicati, tutte le volte in cui, tra le persone interessate all'assunzione della prova, vi siano minori di anni sedici⁶⁵.

La disposizione è stata interessata, negli anni a seguire, da un progressivo ampliamento del suo campo applicativo, in larga misura omologo a quello che ha investito l'ipotesi di incidente probatorio atipico di cui al comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. Soggetti interessati, oltre ai minori, per i quali vige una presunzione di vulnerabilità quasi strutturale, anche i «*maggioresni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede*»⁶⁶.

La discrezionalità del giudizio investe, pertanto, il *luogo* dell'assunzione della prova, potendo il

⁶³ Cass. pen., Sez. II, 24 marzo 2023, n. 29363.

⁶⁴ Corte di cassazione, Sez. VI penale, 6 marzo 2024, n. 17521. Vedi anche Corte di cassazione, Sez. VI penale, 15 luglio 2020 n. 279604. L'art 20 della direttiva 2012/29 UE sancisce, infatti, che “*fatti salvi i diritti della difesa e nel rispetto della discrezionalità giudiziale, gli Stati membri provvedono a che durante le indagini penali: a) l'audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia relativa a un reato presso l'autorità competente*”. Pertanto, il diritto dell'unione non elide, anzi lascia integro l'ambito di discrezionalità del legislatore nazionale.

⁶⁵ Si noti come il legislatore, anziché integrare la disposizione dell'art. 498 c.p.p., relativa alla deposizione dibattimentale – applicabile anche in sede di incidente probatorio, in virtù del richiamo alle «*forme stabilite per il dibattimento*», contenuto nell'art. 401, comma 5, c.p.p. – ha preferito, alquanto singolarmente, collocare, le regole in questione, nell'ambito della disciplina dell'incidente probatorio, limitandone così (in origine) la portata applicativa all'esame del minore condotto in tale sede. Tale disparità è stata rimossa solo con la successiva legge n. 269 del 1998, che, aggiungendo il nuovo comma 4-*bis* all'art. 498 c.p.p., ha esteso le “modalità protette” anche all'escussione dibattimentale.

⁶⁶ Comma aggiunto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24.

giudice disporre che l'esame del minore avvenga *extra moenia*, ed eventualmente – quando ciò sia richiesto dalle contingenze – in località diversa da quella in cui ha sede l'ufficio giudiziario. Può calibrarsi, altresì, discrezionalmente il *tempo* dell'esame, con la fissazione dell'udienza di là dal limite temporale di dieci giorni previsto dall'art. 398, comma 2, lettera c), c.p.p. Da ultimo, il giudice può stabilire modalità *particolari* di escussione, adeguate alle circostanze: formula ampia e generica, che abbraccia la generalità delle forme di acquisizione della prova. Le speciali modalità di escussione vengono attivate alla luce delle concrete esigenze di tutela, apprezzabili non solo in termini di *necessità*, ma di semplice *opportunità*.

Altre contromisure, sempre in linea con le prescrizioni europee, sono ravvisabili nelle disposizioni di cui agli artt. 351 e 362 c.p.p., che prevedono, pur senza sanzioni espresse nel caso di mancata nomina (cfr. *infra*), l'assistenza di un esperto di psicologia o psichiatria⁶⁷ nell'ascolto da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria.

Viene, altresì, assicurata la mancanza di un contatto con la persona sottoposta alle indagini.

Parimenti all'incidente probatorio, con riguardo alla prima forma d'audizione protetta, il legislatore ha previsto le medesime “particolari” modalità anche in fase dibattimentale⁶⁸, con lo scopo di porre il dichiarante al riparo dalla virulenza della *cross examination* e con l'interposizione di un vetro di separazione dalle parti, in presenza dei reati di cui all'art. 498, co. 4-*ter*, c.p.p. A denotare proprio la disorganicità degli interventi legislativi in commento, si fa rilevare che l'esame “schermato” resta riferito solo ad alcune fattispecie di reato.

A completare il quadro delle misure di protezione, vanno annoverate le riproduzioni audiovisive previste dall'art. 134 c.p.p., come regola che va oltre l'assoluta indispensabilità e sulle quali ci si soffermerà più approfonditamente nel proseguo.

Il corredo di cautele, arricchitosi, via via, con ulteriori riforme, è stato definitivamente cristallizzato con il già citato D.lgs. 2012/2015, attuativo della *direttiva vittime*, che ha declinato un vero e proprio “statuto” di prerogative, scomponibile nei fondamentali diritti di comprensione, informazione, assistenza, partecipazione e protezione nel procedimento penale.

Si tratta, ancora una volta, di forme di attenuazione del contraddittorio, inteso come diritto al confronto diretto col proprio accusatore, variabilmente declinabili in ciascuna ipotesi.

Gli interventi legislativi appena descritti, come evidente, sono il risultato di una “navigazione a vista” che ha proceduto per intuizioni, anziché attraverso una rimeditazione sistematica della materia.

Tale agire disorganico ha generato non poche “sfasature” di sistema⁶⁹ come quella che si rinviene, ad esempio, tra giudizio ed incidente probatorio. Se in dibattimento, le modalità protette possono riguardare solo gli esami testimoniali, in incidente probatorio le cautele protettive (art. 398 co. 5-*bis* c.p.p.) operano per tutti quei mezzi di prova che riguardano la fonte vulnerabile, come il confronto, la ricognizione, l'esperienza giudiziale o la perizia. Inoltre, mentre in sede incidentale, di fronte al maggiorenne particolarmente vulnerabile, le speciali modalità protette sono applicabili solo se si proceda per uno dei reati indicati dall'art. 398 co. 5-*bis*, in giudizio, lo strumentario dell'audizione protetta prescinde dalla tipologia di reato.⁷⁰

⁶⁷ Secondo un'attenta dottrina, il mediatore⁶⁷, se da un lato mira ad una dichiarazione più chiara e utile processualmente, dall'altra rischia di rappresentare un'ingerenza sui contenuti da rendere. V. sul punto E. Pilla, *L'incidente probatorio e l'audizione protetta*, in *Giustizia Insieme*, 13 gennaio 2019.

⁶⁸ Art. 498, co. 4, c.p.p.

⁶⁹ Per un approfondimento sulle discrasie di attuazione della direttiva cfr. N. Pascucci, *La testimonianza delle persone offese particolarmente vulnerabili alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, n.7/2020.

⁷⁰ Sebbene la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma in commento, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha affermato: “l'art. 401, co. 5, del codice di procedura penale, relativo alle modalità di svolgimento

Infine, il mancato puntuale coordinamento tra il comma 1-*bis* dell’art. 392 c.p.p. e il comma 1-*bis* dell’art. 190-*bis* c.p.p., accompagnato alla “fluidità” delle indicazioni normative in sede di assunzione di sommarie informazioni, per lo più prive di cogenza e sfornite di sanzioni processuali, non impediscono la sottoposizione della persona offesa all’esame dibattimentale.

Al di là delle innegabili criticità, tutte le ragioni sopra evidenziate, sostenute dalla tensione della normativa sovranazionale verso la tutela della vittima - segnatamente dalle indicazioni cogenti della Direttiva 2012/29/UE - sono state ritenute prevalenti rispetto all’ordinario metodo del contraddittorio e hanno portato a configurare una disciplina specifica per la testimonianza dei soggetti vulnerabili, tanto da potersi parlare di essa come di *species* del *genus* testimonianza.

3. Gli ostacoli alla rapida fuoriuscita del dichiarante dal circuito processuale

Al di là ed oltre i diversi punti di caduta rispetto al diritto di difesa - alla cui disamina ci si dedicherà approfonditamente nel corso della riflessione - l’osservazione in atto restituisce l’idea di un meccanismo che fatica a realizzare, pienamente, gli espresi obiettivi di difesa del dichiarante fragile.

Le ragioni sono molteplici.

La prima. La previsione dell’art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., per cui la testimonianza del minore e dell’offeso di particolare vulnerabilità, acquisita in incidente probatorio, neutralizza, di regola, analoghi richiesta istruttoria in dibattimento, opera *pro futuro* e non in via retroattiva. L’incidente probatorio non impedisce che polizia giudiziaria (art. 351 comma 1-*ter* c.p.p.) e pubblico ministero (art. 362 comma 1-*bis* c.p.p.) possano disporre preventive audizioni investigative.

La seconda criticità è ancorata ai soggetti a cui spetta l’attivazione della procedura incidentale.

Nel caso dell’incidente probatorio, l’offeso non può chiedere direttamente l’incidente probatorio, né partecipare al contraddittorio cartolare che precede l’ordinanza del giudice. Spetta all’organo di accusa la richiesta, anche su sollecitazione della persona offesa. Tuttavia il pm potrebbe trovare controproducente tale mossa, a ragione della *discovery* anticipata di tutto il suo materiale investigativo (art. 393 comma 2-*bis* c.p.p.); obbligo, quest’ultimo, sancito, a pena di nullità della prova, per violazione del contraddittorio (art. 178 comma 1 lett. c c.p.p.), ove gli atti omessi abbiano obbiettiva incidenza rispetto all’oggetto di prova⁷¹. Dal canto della difesa, quest’ultima difficilmente potrà orientarsi in tal senso, stante la disparità delle posizioni di accusa e difesa⁷² e la limitazione di un contraddittorio, fondato su di una ricostruzione del fatto di reato ancora in divenire.

Inoltre, la barriera dell’art. 190-*bis* c.p.p., che limita la decisione sull’ammissibilità della prova, già assunta in contesti garantiti, alla diversità dei fatti o circostanze, da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni, oppure alla necessità della valutazione sulla base di specifiche esigenze, si presenta

dell’udienza per l’incidente probatorio, dispone che “le prove sono assunte con le forme stabilite per il dibattimento”. Pertanto, se il nuovo co. 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, co. 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 [...], le modalità particolari di assunzione della testimonianza del minore infrasedicenne, previste dall’art. 398, co. 5-*bis*, possono trovare applicazione”; così, Corte costituzionale, sentenza del 9 maggio 2001, n. 114. Sul tema cfr. H. Belluta, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, 2015, p. 266-267.

71 Corte di cassazione, Sez. III penale, 24 febbraio 2021, n. 16673.

72 A. Presutti, *Le audizioni protette. Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, p. 386.

poco rassicurante nel garantire che l'esame testimoniale dell'offeso non sarà ripetuto in dibattimento.

Infine, è d'obbligo sottolineare come, nonostante il dato letterale dell'art. 392 c.p.p., non vige alcun obbligo, in capo al giudice, di accogliere la richiesta presentata nei casi del comma 1-*bis*. La Suprema corte, a più riprese, respingendo ogni forma di automatismo⁷³, ha riaffermato, con forza, il potere discrezionale di giudizio circa la decisione sulla fondatezza della richiesta di incidente probatorio, anche con riguardo all'assunzione della testimonianza di persona offesa minorenni, formulata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. Ciò a fronte del delicato bilanciamento degli interessi contrapposti che la decisione deve contemperare, nella prospettiva della rilevanza della prova da assumere ai fini dibattimentali⁷⁴.

Il giudice, pertanto, conserva autonomia di valutazione circa l'opportunità di disporre, o meno, l'incidente probatorio, limitandosi alle ipotesi in cui emerga un interesse da considerarsi preminente rispetto a quello di protezione dalla vittimizzazione secondaria della vittima, che le stesse fonti internazionali ritengono bisognoso di prioritaria tutela.

Un “*filtro allentato*”⁷⁵, dunque, che, sino alle modifiche introdotte dalla cd. *riforma Cartabia*⁷⁶, si trascinava anche in sede di appello, dove si legittimava la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del dichiarante già escusso nella sede garantita dell'incidente probatorio⁷⁷.

A tali criticità si aggiunge, in termini più generali rispetto all'attivazione della parentesi incidentale, l'assenza di una disciplina procedimentale della dichiarazione di particolare vulnerabilità dell'offeso, che la *direttiva vittime* rimetteva, come già esaminato, integralmente al legislatore interno, attraverso la predisposizione delle “ *procedure nazionali*”⁷⁸. Il nostro ordinamento, al contrario, non ha previsto né un *iter* procedurale finalizzato a verificare la particolare vulnerabilità (con la “finestra di giurisdizione” che tale procedura avrebbe comportato) né i soggetti preposti a compiere tale valutazione. Si può intuire che si tratta, caso per caso, del pubblico ministero, del giudice e, in generale, degli operatori che entrano in contatto con la vittima, ma il codice non lo esplicita e non chiarisce, neppure, se sia d'obbligo nominare un esperto per coadiuvare l'operatore giuridico, in valutazioni di tipo psicologico, sulla particolare vulnerabilità⁷⁹.

73 Corte di cassazione, Sez. III penale, 14 maggio 2021, n. 440056; Corte di cassazione, Sez. III penale, 12 maggio 2021, n. 37605.

74 Corte di cassazione, Sez. VI penale, 28 ottobre 2021, n. 46109; Corte di cassazione, Sez. III penale, 28 maggio 2021, n. 29594.

75 E. Guido, *Vittima del reato e tutela processuale a due facce*, in *Archivio Penale* n.2, 2023, p.19.

76 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150: *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*. Si consideri, peraltro, che l'originario decreto delegato n. 150/2022 (pubblicato negli ultimi giorni del precedente governo Draghi) è stato oggetto dei correttivi promossi dal neo insediato governo Meloni e dal nuovo Ministro della giustizia Carlo Nordio, all'immediata vigilia della sua entrata in vigore, per effetto delle modifiche introdotte dal decreto legge 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, nella legge 30 dicembre 2022, n. 199.

77 Tale opzione non sembra più praticabile a seguito della riformulazione dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. ex art. 34 comma 1 lett. i d.lgs. n. 150 del 2022, che limita, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento, per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo alle “ *prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all'esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli articoli 438, comma 5, e 441 comma 5*”. Sulle ragioni di efficienza sottese a tale modifica cfr. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sistema penale*, 2 novembre 2022, p.79.

78 Art. 22 *direttiva vittime*.

79 Per una disamina delle difficoltà di individuazione della vulnerabilità e della discrezionalità del potere conferito al magistrato cfr. H. Belluta, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie naziona-*

Ad aggravare la fluidità del quadro normativo, sta il fatto che lo stesso è, per lo più, privo di coerenza e sfornito di sanzioni processuali. Ad eccezione della mancata videoregistrazione delle dichiarazioni, assunte dalla persona particolarmente fragile, sanzionata espressamente da inutilizzabilità (cfr. par.5), al mancato riconoscimento o all'erroneo riconoscimento di schermi protettivi da parte degli operatori, non si accompagnano espresse conseguenze sanzionatorie⁸⁰.

Questo, in palese distonia con l'effetto vincolante delle regole internazionali e del loro “ruolo di sollecitazione e coerenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione”⁸¹.

4. I rischi di *unfair trial*: tra “modelli partecipativi” e “fattori di compensazione”

Sulla scia delle indicazioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della lettura, costituzionalmente orientata, dell'art.111 C., è evidente il rischio di affievolimento a cui il diritto di difesa è, certamente, esposto per garantire un'efficace tutela dei diritti del dichiarante vulnerabile.

Si richiede allora, in sede processuale, una complessa operazione che, alla protezione della vittima, sappia contemperare i principi del *giusto processo* e le garanzie dell'accusato, attorno a cui ruota il processo penale; valori di pari rilievo costituzionale.

È bene precisare che non tutte le misure di protezione, approntate dal legislatore, possono interferire con un pieno ed effettivo esercizio dei diritti dell'imputato. Basti pensare a tutte i presidi volti a garantire la tempestività dell'attività investigativa o l'adeguato apporto informativo e di coinvolgimento delle vittime⁸².

A dover esigere un bilanciamento sono le sole contromisure che si raccolgono attorno al ruolo della vittima come fonte di prova dichiarativa. Le regole di escussione testimoniale, pensate per il dichiarante vulnerabile, derogano alla normale modalità di acquisizione della prova nel contraddittorio tra le parti in quanto, come visto, anticipano l'assunzione stessa alla fase delle indagini oppure introducono dei “filtri” all'esame condotto in dibattimento.

In entrambi i casi, quello che si realizza è un contraddittorio “ridotto”.

In particolare, all'aumento esponenziale dei casi in cui è possibile fare ricorso al contraddittorio incidentale, corrisponde una parallela *cartolarizzazione* della testimonianza⁸³. La prova dichiarativa,

li, in *Legislazione penale (web)*, 4 luglio 2016, p. 20 ss; F. Trapella, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, cit.; S. Quattrocolo, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Torino, 2017, 317 ss.; A. Presutti, *Le audizioni protette*, in M. Bargis-H. Belluta, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, cit., 7, p. 381; P. Gualtieri, *sub art. 90-quater*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. I, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 955.

80 L'idea di sanzione forte, presente nei lavori preparatori del D.lgs. 212/2015, sarebbe possibile solo con un'interpretazione non formalistica dell'art. 191 c.p.p. che restituirebbe al vizio *de quo* quell'assolutezza e, quindi, quella capacità di colpire gli errori “di sostanza” nel processo.

81 Corte di cassazione, Sezioni Unite, 29 gennaio 2016, n. 10959.

82 Per una disamina cfr. F. Di Muzio, *La tutela processuale delle vittime “vulnerabili”*, in *questa Rivista*, 5 febbraio 2024.

83 Critico sul punto O. Mazza, *Il contraddittorio impedito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 81 ss. L'a. rileva che “lo spostamento dell'assunzione della testimonianza dei soggetti vulnerabili dal dibattimento all'incidente probatorio rappresenta plasticamente l'involutione del metodo dialettico. Nell'incidente probatorio il contraddittorio è riplasmato dal legislatore e dalla prassi fino ad assumere la mera parvenza del con-

piuttosto che formarsi di fronte al giudice che decide, è, sempre più frequentemente, trasfusa in *documenti* – i supporti delle videoregistrazioni – che consentono di rinnovare la valutazione circa l’attendibilità intrinseca e la credibilità dei contenuti accusatori, durante l’intero sviluppo del processo⁸⁴. Ciò a discapito del principio di oralità, che va interpretato in una nuova dimensione, così come dell’immediatezza che si concretizza non solo nella percezione diretta, ma anche in quella mediata dell’evento-testimonianza, che si ottiene attraverso la visione delle videoregistrazioni (cfr. par. 5).

Davanti al nuovo “volto processuale” della vittima, così come ridisegnata dal d.lgs. 212/2015, la Suprema Corte si è affrettata a precisare come, con il nuovo impianto normativo, non vengono stravolte “*le linee portanti del sistema*” e che la riforma “*non mette in discussione la funzionalità primaria, tradizionale, delle garanzie del processo penale quale insieme di regole orientate, anzitutto, a rendere equo il giudizio nei confronti della persona imputata o accusata che vi è sottoposta*”, in cui “*imputato e parte civile esprimono due entità soggettive fortemente diversificate...non omologabili*”⁸⁵.

La stessa *direttiva vittime* si è preoccupata di chiarire che l’armamentario di tutele apprestate non può incidere negativamente sui diritti di difesa dell’imputato e che, il delicato bilanciamento, è lasciato alla valutazione degli organi nazionali⁸⁶.

È doveroso, allora, chiedersi fino a che punto è possibile potenziare i meccanismi atti a tutelare tali soggetti, senza compromettere del tutto i canoni del giusto processo, inteso come «*luogo di esercizio della funzione da parte di un giudice terzo ed imparziale, nel rispetto della legalità, davanti alle parti, in condizioni di parità e attraverso il metodo cognitivo dell’immediatezza/partecipazione*»⁸⁷.

Gli interventi a favore della tutela effettiva della vittima, se sbilanciati, potrebbero rischiare di condurre ad un *unfair trial* che vede l’imputato, a sua volta, vittima di un processo ingiusto e contrario ai principi fissati dalla carta costituzionale.

Si pensi, ad esempio, all’applicazione delle eccezioni al principio del contraddittorio nella formazione della prova, sancite dal quinto comma dell’art. 111 della carta costituzionale. Nella prassi, i casi di «*accertata impossibilità oggettiva*», così come quelli di «*irripetibilità sopravvenuta*», sono stati estesi, in modo alquanto disinvolto, ad alcune ipotesi di «*blocco psicologico-emotivo*»⁸⁸ del dichiarante, che connota la *vittimizzazione secondaria*, o di sospetto delle condotte illecite previste dalla *vittimizzazione ripetuta*⁸⁹. Nel secondo caso, ad esempio, eventuali ritrattazioni potrebbero essere lette come

fronto dialettico”. Sull’argomento – nell’ambito di una ormai vastissima bibliografia – E.M. Catalano, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, cit., p. 1801 ss.; D. Ferranti, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell’attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Penale Diritto e Procedura* (web), 29 gennaio 2016, p. 1 ss.

84 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*, 1/2017, p. 73.

85 Corte di cassazione, Sezioni Unite, 21 dicembre 2017, n. 14800.

86 C. Amalfitano, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’unione europea*, cit., p. 311.

87 C. Iasevoli, *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, in *Sistema Penale*, n.11 del 2022, p.14-15.

88 Cfr. Corte di cassazione, Sez. III penale, 25 settembre 2000, n. 3059; Corte di cassazione, Sez. III penale, 16 aprile 2013, n. 39766.

89 Pur risultando il significato di tali espressioni ormai noto allo studioso del procedimento penale, appare opportuno un richiamo ai due concetti enucleati dalla Raccomandazione Rec (2006)8 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa: *vittimizzazione secondaria* è intesa come quella sofferenza subita in ragione della riviviscenza dell’esperienza vissuta, a causa di negligenze o inadeguatezze da parte dell’autorità durante il processo (minimizzazione delle sofferenze, domande che costringono a ripercorrere fatti indesiderati, senso di inadeguatezze della risposta sanzionatoria o cautelare). I giudici della Consulta, con sentenza del 27 aprile 2018, n. 92, identificano la vittimizzazione secondaria in tutti quei meccanismi (tra cui il procedimento penale) che portano chi ha subito il reato a “*rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momen-*

prova di un condizionamento evincibile dalla stessa denuncia o querela, con il rischio di un cortocircuito per il quale l'offeso, con la sola denuncia, potrebbe, di fatto, «*preconstituire una prova della colpevolezza dell'imputato*»⁹⁰, sintomatica delle situazioni di eccezione al principio del contraddittorio nella formazione della prova, codificate all'art. 500, comma 4⁹¹ c.p.p.

Nei casi di anticipazione della prova, ad essere sacrificati appaiono non solo i principi d'immediatezza⁹² e di oralità, quanto il contraddittorio nella formazione della prova *tout court*.

Il ricorso alla videoregistrazione, nonostante gli innegabili benefici apportati sia al dichiarante come all'imputato (cfr. par.5), non può garantire che la complessità della ricostruzione di una vicenda umana del passato – che il processo è deputato, in una certa maniera, a far rivivere – sia accertabile, *tout court*, con le cadenze dello svolgimento di un filmato. In effetti, un video che riproduce l'escusione del dichiarante, non sembra perfettamente sovrapponibile al diretto svolgimento dell'esame incrociato: «*non è stare nell'evento, ma è osservare quell'evento come altro da sé*»⁹³.

Pertanto, il canone del contraddittorio – in forza del quale l'accusato deve essere posto in grado di confrontarsi in modo diretto con il materiale probatorio e, in specie, con le prove dichiarative - seppur formalmente rispettato, sembra comunque svilito nella sua essenza, a causa della diversa base conoscitiva. Quest'ultima, nonostante l'obbligo di deposito integrale degli atti d'indagine, sancito dall'art. 393, co. 2-*bis* c.p.p., difficilmente sarà sovrapponibile a quella su cui le parti si sarebbero potute confrontare in sede di giudizio.

Il contraddittorio in forma “attenuata”, tipico delle audizioni protette e mediate dal giudice o dal tecnico/psicologo, a cui lo stesso ricorre, priva la difesa della facoltà di interagire direttamente con il testimone e di accedere ad uno strumento difensivo fondamentale, quale è il controesame, anche attraverso la posizione di domande suggestive.

4.1. I parametri necessari alla decisione di attivazione del “doppio binario” della prova dichiarativa?

Per rispondere al quesito iniziale, circa il corretto punto di equilibrio tra difesa della vittima e garanzia della difesa, sembra necessario risalire, dapprima, alla griglia di riferimento che l'organo decisore dovrebbe adottare nel predisporre i particolari dispositivi processuali, affidati alla sua ampia valutazione discrezionale.

Torna, così, particolarmente utile il modello processuale *partecipativo*⁹⁴, delineato dalla giuri-

to della commissione del fatto”. Per *vittimizzazione ripetuta* si intende quella provata dalla vittima durante il processo a seguito di possibili minacce, ritorsioni o violenze da parte dell'autore di reato. Sui concetti di vittimizzazione secondaria e ripetuta cfr. ex plurimis 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, p. 523 e ss.

⁹⁰ M. Busetto, *Ancora sulla prova della condotta illecita” ex art. 500, comma 4 e 5 c.p.p.: recenti indirizzi e nodi irrisolti*, in *Rivista Penale*, 2011, p. 1248.

⁹¹ Per una critica a siffatta impostazione v. R. Casiraghi, *Commento all'art. 6 Cedu*, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Milano, 2016, p. 224.

⁹² D. Chinnici, *L'immediatezza nel processo penale*, 2005, Giuffrè Editore, Milano, p. 68 ss.

⁹³ F. Morelli, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, n. 2, 2021, p. 486. Critico anche C. Iasevoli, *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, cit.

⁹⁴ S. Buzzelli, R. Casiraghi, F. Cassibra, P. Concolino, L. Pressacco, *Diritto a un equo processo*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di F. Viganò' e G. Ubertis, Giappichelli, Torino, 2016, p. 210 e ss.

sprudenza del Corte europea, secondo il quale costituisce una violazione dell'art. 6 CEDU, l'utilizzazione di dichiarazioni rese da soggetti non controesaminati dalla difesa, quando rappresentano la prova esclusiva, o determinante, a carico dell'imputato⁹⁵.

Si tratta di un orientamento dei giudici di Strasburgo formatosi intorno ai testimoni vulnerabili, appartenenti alle tre tipologie di prove dichiarative (i.e. assenti, anonimi e vulnerabili in senso stretto), che determinano significative deviazioni dal modello *classico* di prova dichiarativa, delineata dall'art. 6 CEDU e trasfusa nel riformato art. 111 C.

Come noto, il principio convenzionale, pietra miliare del giusto processo, stabilisce che ogni accusato ha il diritto ad esaminare i testi a carico, imponendo così che, prima che un accusato possa essere condannato, gli elementi di prova a suo carico debbano essere prodotti alla sua presenza in udienza pubblica, in vista del confronto in contraddittorio. Eventuali eccezioni possono sussistere solo a condizione che venga concessa, all'accusato, un'occasione adeguata e sufficiente di contestare le testimonianze a suo carico e di interrogare gli autori.

Da questo principio discendono due corollari individuati dalla giurisprudenza.

Il primo. La mancata comparizione dei testimoni deve essere legata a valide ragioni, in quanto occorrono tutti gli sforzi ragionevoli per assicurarne la presenza.

Il secondo. Se una condanna è basata principalmente (*sole or decisive rule*) su una deposizione di persone, che l'accusato non ha avuto possibilità di interrogare o far interrogare, durante la fase delle indagini o nel corso del dibattimento, i diritti di difesa, sanciti dall'art.6 CEDU, sono incontrovertibilmente compromessi. Si noti che la Corte fornisce una lettura del principio del contraddittorio slegata da una rigida separazione funzionale delle fasi: questo può spiegarsi in fase di indagini, davanti agli organi inquirenti, così come in dibattimento⁹⁶.

La condanna, pertanto, potrà fondarsi anche sulle dichiarazioni rese dal teste nel corso delle indagini, sempre che alla difesa sia stata concessa la possibilità di controesaminare il dichiarante. In caso contrario, la forza probatoria delle dichiarazioni subisce un notevole ridimensionamento, non potendo rappresentare l'unico o il principale elemento di prova, a fondamento del giudizio di condanna⁹⁷.

L'impostazione fornita dalla giurisprudenza europea vede sì un allargamento del materiale decisivo del giudice ma privilegia il valore determinante delle sole fonti di prova sottoposte al controesame della difesa.

È doveroso, tuttavia, evidenziare il successivo orientamento giurisprudenziale che ha fortemente ridimensionato il ruolo del modello processuale appena delineato, sull'altare dell'equità processuale.

A partire dal 2011⁹⁸, i giudici di Strasburgo hanno riportato il principio summenzionato nell'alveo del contesto nazionale in cui deve essere applicato. Se dall'esame complessivo dell'equità processuale, si rivengono adeguati "*fattori di bilanciamento*", tali da garantire un'equa e congrua valutazione di at-

⁹⁵ Corte Europea dei Diritti Umani, 16 maggio 2000, *Camilleri c. Malte*; 13 novembre 2014 *Bosti c. Italia*; 5 dicembre 2019, *Makeyan e altri c. Armenia*.

⁹⁶ A. Balsamo, *Il profilo europeo*, in G. Spangher e A. Marandola, *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., p. 67.

⁹⁷ A. Quattrocchi, *L'efficienza probatoria del "precedente difforme" utilizzato per le contestazioni al testimone nella giurisprudenza della Specialist Chamber della Corte Costituzionale del Kosovo*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, n. 3, 2020, p. 305 e ss.

⁹⁸ Corte Europea dei Diritti Umani, Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-khawaja e Tahery c. Regno Unito*. Il principio di compensazione è stato ulteriormente rafforzato con la sentenza Corte Europea dei Diritti Umani, Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili, c. Germania*, Per una puntuale sintesi ragionata della pronuncia in esame, cfr. M. Stellin, *Scenari - Corti Europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 2, p.23 ss.; nonché Sutherland, *Schatschaschwili v Germany (Report)*, in *Criminal Law Review*, 2017, p.140 ss. Tra le successive pronunce che ribadiscono il nuovo principio di compensazione *ex plurimis*, cfr. Corte Europea dei Diritti Umani, 27 aprile 2017, *Zherdev c. Ucraina*; Corte Europea dei Diritti Umani, Grande Camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*; Corte Europea dei Diritti Umani, 4 giugno 2019, *Farrugia c. Malta*.

tendibilità della prova, l'utilizzazione di dichiarazioni, rese da soggetti non controesaminati dalla difesa, non costituisce, automaticamente, una violazione convenzionale⁹⁹.

Tra i cd. *fattori di compensazione*, in ambito di prove dichiarative, è stata individuata una copiosa casistica, di cui si elencano alcuni esempi, senza pretese di esaustività: una motivazione dettagliata sulle ragioni dell'attendibilità; la riproduzione di videoregistrazione della deposizione, in grado di fornire un'opinione di attendibilità alle parti e al giudice; la raccolta di prove che corroborano la testimonianza; la possibilità, per la difesa, di porre le proprie domane indirettamente (per iscritto, ad esempio)¹⁰⁰.

In particolare, viene individuato anche il ricorso alla registrazione del primo esame investigativo della vittima, con messa a disposizione della documentazione fonica e audiovisiva alla difesa, al momento della *discovery*, seguita dalla possibilità di porre domande, sebbene mediate, in occasione di un nuovo esame, con la presenza dell'imputato anche da remoto, in grado di osservare il contegno e contestarne la credibilità delle dichiarazioni¹⁰¹.

Con particolare riguardo alla categoria dei testimoni vulnerabili, la Corte ha riconosciuto come sufficiente anche un rapporto “mediato” tra la difesa e la fonte di prova¹⁰².

Nella valutazione dell'equità globale del processo, vengono inclusi la celerità di un eventuale accertamento psichiatrico o di esami medico-legali per verificare, ad esempio, l'esistenza di abusi; oltre all'estrema cautela nella trattazione delle dichiarazioni testimoniali¹⁰³.

L'armamentario di principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte sulle “*declinazioni speciali*”¹⁰⁴ del contraddittorio, può fungere da criterio guida da utilizzare in rapporto alle fonti normative interne, anche in sede di valutazione della prova stessa.

Sulla stessa scia, recenti pronunce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, pur ammettendo ragionevoli eccezioni ai canoni dell'oralità-immediatezza, ritengono sia comunque indispensabile la predisposizione di *meccanismi compensativi*¹⁰⁵.

Sul piano interno, la disciplina apprestata ai soggetti con particolare vulnerabilità, individuati con

⁹⁹ Critica R. Casiraghi, *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti*, in *Cassazione penale*, n.2, 2016. L'a. afferma che i giudici europei sembrano perseverare, nell'orientare buona parte delle compensazioni, non tanto a ristorare il *vulnus* arrecato ai diritti difensivi, bensì a garantire l'affidabilità della prova *untested*. Ancora sulla perdita delle garanzie processuali, in nome dell'equità del processo, attraverso i meccanismi di compensazione di creazione giurisprudenziale europea cfr. M. Caianiello, *You Can't Always Counterbalance What You Want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, volume 25, Issue 4, maggio 2017, p. 291.

¹⁰⁰ Sull'argomento cfr. A. Balsamo, *Il profilo europeo*, in G. Spangher e A. Marandola, *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., p. 69 e ss.

¹⁰¹ Corte Europea dei Diritti Umani, 16 dicembre 2003, *Magnusson c Svezia*; Corte Europea dei Diritti Umani, 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*.

¹⁰² Corte Europea dei Diritti Umani, 20 gennaio 2005, *Accari e altri c. Italia*.

¹⁰³ Corte Europea dei Diritti Umani, 7 luglio 2009, *D. c Finlandia*.

¹⁰⁴ C. Amalfitano, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'unione europea*, cit.

¹⁰⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 132, 29 maggio 2019, con nota di M. Daniele, *Le “ragionevoli deroghe” all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 3, p. 1551 C. In argomento, critico D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Archivio Penale*, 2019, p.4 il quale definisce tale posizione della Corte come un “*sapiente oscuramento della dimensione di diritto individuale insita nel principio di immediatezza sulla giostra delle compensazioni tipica delle pronunce di derivazione sopranazionale*”; vedi anche P. Ferrua, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Archivio penale Web*, 2019, 2. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Corte di cassazione, Sezioni Unite, 30 maggio 2019, n. 41736.

i parametri ex art. 90-*quater* c.p.p., sembra soddisfare, sebbene con le opportune cautele, i criteri individuati dai giudici di Strasburgo; sia nella fase delle indagini che in quella processuale.

Ne rappresentano un esempio la facoltà di accesso alle fono-video registrazioni dell'interrogatorio della vittima espletato dalla polizia, così come la salvaguardia del diritto delle parti di *chiedere* chiarimenti al teste protetto, su circostanze ritenute rilevanti mediate dal giudice, dalla polizia o da un mediatore¹⁰⁶; oltre al richiamo ad una particolare prudenza nella valutazione della prova dichiarativa del vulnerabile (come il carattere vago delle risposte e la potenziale suggestività delle domande). L'adesione dell'esame alle richieste di parte è, infatti, una condizione di legittimità della testimonianza, che deve essere verificabile attraverso la lettura del verbale, dove dovranno essere riportate le richieste delle parti e le decisioni del giudice, in ordine alla eventuale inammissibilità o irrilevanza dei temi di prova proposti; pena l'eccezione di nullità a regime intermedio.

Rientrerebbe tra le misure di compensazione, anche l'opportunità di assistere all'esame con modalità idonee ad evitare la visibilità della persona offesa¹⁰⁷.

La particolare attenzione apprestata all'utilizzo dell'incidente probatorio - in ragione della concreta portata di prova riconosciuta al contributo dichiarativo da raccogliere¹⁰⁸ e con la necessaria richiesta di parte - rappresenta un ulteriore criterio compensativo, che va nella direzione del bilanciamento richiesto. La mancanza dell'impulso di parte potrebbe, infatti, generare un vizio della procedura che si tradurrebbe in una violazione del diritto di difesa, ovvero in una nullità generale a regime intermedio, con i conseguenti oneri di tempestiva eccezione.

In conclusione. La facoltà di un confronto, anche indiretto con la difesa, non va sacrificata, a priori, sull'altare della tutela della vittima.

Sarebbe, forse, più corretto interpretare la protezione della vulnerabilità, non come causa che giustifica la delega al principio del contraddittorio, quanto, piuttosto, come una differente modalità di realizzazione dello stesso¹⁰⁹.

5. La “documentazione rafforzata” della prova dichiarativa come nuova misura di compensazione

Il metodo epistemologicamente più affidabile, di cui il rito penale può disporre, resta, in ogni caso, il contraddittorio, in connubio con i tradizionali criteri di immediatezza e oralità.

Trasformando la “capsula incidentale” da *eccezione* a *regola*, si assiste ad un'innegabile trasformazione del principio di oralità. La prova dichiarativa decisiva - in tutti i casi in cui il dichiarante non abbia, presuntivamente o in seguito a valutazione specifica, la capacità relazionale necessaria per affrontare il contraddittorio ordinario - non viene assunta di fronte al magistrato procedente, ma innanzi al giudice per le indagini preliminari, che raccoglie e “confeziona” una prova destinata ad essere valutata da altri.

La tensione con il principio di oralità, nella sua configurazione tradizionale, sarebbe stata ancora più dirompente se l'operazione non fosse stata accompagnata, come anticipato, dal diffuso ricorso alla

106 In tal senso, chiaramente, si esprime la Corte Europea dei Diritti Umani, 20 gennaio 2005, *Accardi c. Italia*.

107 Cfr. tra gli altri, sentenze 10 aprile 2012, *E. S. e M. c Regno Unito*; 23 giugno 2014, *B.e D. c Turchia*; 1 febbraio 2018, *A. c. Fyrom*.

108 Corte di cassazione, Sez. VI, n. 24996, 15 luglio 2020.

109 A. Balsamo, *Il profilo europeo*, in: G. Spangher e A. Marandola, *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., 76.

videoregistrazione¹¹⁰ delle audizioni e degli esami delle dichiarazioni per le persone particolarmente vulnerabili.

Sebbene non vi sia un vero e proprio obbligo¹¹¹ (cfr. *infra*), la registrazione permette di compensare – sia pure solo in parte – la perdita dell’oralità-immediatezza del contraddittorio dibattimentale, oltre a consentire un controllo sulle modalità di conduzione dell’esame; aspetto, anch’esso, sostanziale per la valutazione della genuinità della testimonianza.

Meglio di quanto non consenta un verbale, la videoregistrazione permette al giudice, che è chiamato a decidere sulla colpevolezza dell’imputato, di rivivere, per quanto possibile, l’intera esperienza probatoria con tutti i suoi contenuti, verbali ed extraverbali. Più precisamente, si tenta di recuperare quell’oralità intrinseca della prova tipica della *cross examination*. Pur non concorrendo direttamente alla formazione della prova, il giudice e le parti vengono messe a conoscenza – sia pure *ex post* ed *ab extrinseco* – dei tratti del discorso, così come della forza conoscitiva delle dichiarazioni.

Com’è noto, la legge delega 134/2021, recepita col d.lgs. n. 150 del 2022, nel dettare i criteri per la modifica del codice di procedura penale, ha esteso l’uso della videoregistrazione delle dichiarazioni assunte alla generalità dei dichiaranti, sia nella fase dibattimentale che in incidente probatorio¹¹². In particolare, per la parentesi incidentale, si sottolinea come sia «*particolarmente pressante l’esigenza di ridurre il vulnus ai principi di immediatezza ed oralità*»¹¹³, in quanto le prove sono, tendenzialmente, oggetto di valutazione di un giudice diverso da quello che ha presieduto all’assunzione. Anche in tale sede, l’audio-registrazione assume a modalità generalizzata di documentazione.

Quello della “documentazione rafforzata”, a ben guardare, è l’unico intervento di innovazione sull’incidente probatorio e, più in generale, sul tema della prova. Quest’ultima, non trova grande spazio nella visione riformatrice e non avrebbe potuto, trattandosi di un progetto a *focus* efficienza, in termini di celerità¹¹⁴. La riduzione dei tempi del processo penale, imposta dal Piano nazionale di ripresa e resilienza, si sarebbe conciliata poco e male con la valorizzazione del “dispendioso” principio epistemologico del contraddittorio nella formazione della prova¹¹⁵.

Al contrario, il ricorso alla videoregistrazione, come modalità privilegiata di documentazione della prova dichiarativa, sia nel corso delle indagini che del dibattimento, risponde al proposito efficientista di riduzione di sprechi e tempi del processo che connota la riforma¹¹⁶. La sua introduzione è

110 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. 1.

111 L’ultimo comma dell’art. 134 c.p.p., riformato dal d.lgs. n. 212/2015, oggetto di abrogazione a seguito della riforma *Cartabia*, non obbligava ma “consentiva”, appunto, la videoregistrazione delle dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità.

112 Art. 9, comma 1, lett. a); art. 98, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 150 del 2022.

113 *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, p. 22.

114 P. Bronzo, *La riforma Cartabia e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cassazione Penale*, fasc.4, 1 aprile 2022, p. 1.

115 E. Guido, *Vittima del reato e tutela processuale a due facce*, cit., p.20. M. Cassano e C. Conti, *Gli obiettivi della riforma Cartabia: nuovi paradigmi per un processo penale efficiente e garantista*, in *Penale Diritto e Procedura*, n.10, 2023, p.102 sottolineano come il sistema probatorio segua le sorti del dibattimento, ovvero quello di essere relegato ai margini del processo penale, che ha cambiato volto in quanto si chiude prima e al di fuori del dibattimento.

116 A. Ciavola, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Processo Penale e Giustizia*, 1 gennaio 2021. La riforma del principio di immediatezza affonda le sue radici, per espressa previsione, nelle esortazioni della stessa Corte costituzionale a modificare la disciplina della rinnovazione della prova conseguente all’intervenuto mutamento del giudice, utilizzando proprio quelle misure compensative sviluppatesi, in seno alla Corte di Strasburgo, a cui gli stessi giudici fanno riferimento in materia di vulnerabilità. Cfr. Corte cost., sentenza, n. 132, 29 maggio 2019. Per sostenere le proprie te-

sembrata, infatti, legata, piuttosto, all’esigenza di ovviare alla rinnovazione del dibattimento, in caso di mutamento del giudice, che a garantire una forma di documentazione più affidabile, trasparente e genuina, a garanzia che la prova “*resti viva nel tempo*”.¹¹⁷ Ciò con un’evidente eterogenesi dei fini¹¹⁸.

Ad ogni buon conto, per i fini che qui interessano, la novella legislativa – pur “ufficializzando” il sacrificio, almeno parziale, del principio di immediatezza sull’altare dell’efficienza del giudizio¹¹⁹ - ha introdotto, stavolta sistematicamente, all’interno del processo, uno di quei *fattori di compensazione* individuati dalla giurisprudenza internazionale, in grado di fornire un adeguato bilanciamento tra i diritti imputato – persona offesa vulnerabile.

La riproduzione di videoregistrazione della deposizione, da mezzo straordinario a tutela della vulnerabilità, si trasforma in modalità ordinaria di documentazione, oggetto di *discovery* delle parti, in grado di fornire un’opinione di attendibilità alle stesse, oltre che al giudice¹²⁰.

Uno strumento che può rivelarsi utile anche per le parti stesse, nel rendere più efficace la propria opera di persuasione, in sede di discussione finale.

Il ricorso alla videoregistrazione della prova dichiarativa, *tout court* - di cui, da tempo, si invoca la valorizzazione - diviene quanto mai opportuna, soprattutto nelle dichiarazioni in sede di indagini, in quanto consente di verificare l’assenza di possibili abusi tesi a coartare la volontà del soggetto sottoposto ad interrogatorio o, quanto meno, l’insussistenza di pressioni psicologiche; ciò a prescindere dal momento di individuazione della condizione di vulnerabilità da parte degli operatori.

Proprio per i soggetti in condizione di particolare vulnerabilità, vengono introdotti rafforzamenti ulteriori. Per questi ultimi, a differenza degli altri casi in cui non è ravvisabile una sanzione, il comma 2-*quater* dell’art. 373 c.p.p. sancisce espressamente, in caso di violazione della prescrizione nella fase delle indagini, la sanzione dell’inutilizzabilità. Inoltre, sempre per tali categorie di soggetti, l’obbligo di documentazione integrale, con audio o video registrazione, delle dichiarazioni rese, viene estesa anche al difensore in sede di investigazioni difensive.

si, la Consulta sottolineava come il divieto della rinnovazione superflua dell’audizione della vittima, sancito dall’art. 20 della Direttiva vittime, “*facesse comunque salvi i ‘diritti della difesa’, tra i quali si iscrive, in posizione eminente, il diritto al contraddittorio nella formazione della prova*”. La Corte suggeriva al legislatore di ricorrere proprio a misure che salvaguardassero “*l’efficienza dell’amministrazione della giustizia penale*”, quali, ad esempio, “*la videoregistrazione della prova dichiarativa*”; strumento effettivamente individuato dalla riforma *Cartabia*, a distanza di più di due anni dalla pronuncia. La sentenza è stata ampiamente commentata, *ex multis*, v. P. Ferrua, O. Mazza, D. Negri e L. Zilletti, *Confronto di idee su: La postimmediatezza nella nuova giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza n. 132 del 2019)*, in *Archivio penale*, n. 2, 2019.

117 C. Bonzano, *Documentazione delle dichiarazioni: ancora incompiuto l’incerto cammino verso il sinolo aristotelico di sostanza e forma*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pacini, Pisa, 2022, p. 116.

118 L’art. 510 c.p.p., aggiunge un nuovo comma 2-*bis*, secondo cui “*l’esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell’art. 210, nonché gli atti di ricognizione e confronto, sono documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva, salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico*”. La norma va, però, coordinata con l’art. 93-*bis* che, a proposito del mutamento del giudice nel corso del dibattimento, stabilisce la nuova disciplina dell’art. 495, comma 4-*ter*, c.p.p. secondo cui “*se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l’esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni...salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso la rinnovazione dell’esame può essere disposta quando il giudice la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze*”.

119 M. Bargis, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sistema Penale*, 6 aprile 2020.

120 Sulla valenza delle videoregistrazioni a sostituire la ripetizione testimoniale P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 124, considera il contatto diretto del giudice con la fonte probatoria “*non surrogabile con altrettanta efficacia dalla videoregistrazione*”.

In entrambi i casi, tuttavia, il legislatore si preoccupa di introdurre la generale clausola di salvaguardia - adottata in tutti i casi di dichiarazioni, ad eccezione di quelle rese in sede di interrogatorio del soggetto *in vinculis* - consistente nell'indisponibilità di strumenti di riproduzione fonografica o di personale tecnico e nella sussistenza di particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto. Mentre, in tutti gli altri casi, si dovrà procedere alla documentazione «*anche mediante riproduzione fonografica, (sempre) salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione*»¹²¹.

Un'attenta dottrina¹²² ha, opportunamente, rilevato come, almeno per la categoria dei dichiaranti fragili, sarebbe stata auspicabile – anche in linea con gli impulsi sovranazionali¹²³ - una disciplina più rigorosa, analoga, quantomeno, a quella prevista per l'interrogatorio della persona in stato di detenzione ex art. 141-*bis* c.p.p. Anziché considerare un'equipollenza tra videoregistrazione e fonoregistrazione, l'introduzione di un vero e proprio obbligo di registrazione audio-video, assistito dalla sanzione “secca” della inutilizzabilità, senza eccezioni, specie se il mancato utilizzo è legato alla indisponibilità della strumentazione necessaria, avrebbe, indubbiamente, rafforzato la tutela del dichiarante vulnerabile. In caso di indisponibilità della strumentazione o del personale tecnico dedicato, si sarebbe potuto, parimenti, procedere con le forme della perizia o della consulenza tecnica.

Sullo sfondo della riforma restano alcuni fattori di criticità, stavolta di natura “operativa”, valevoli per tutte le categorie di dichiaranti, non solo per quelli particolarmente vulnerabili.

Il legislatore, pur avendo ampliato i casi in cui le dichiarazioni assunte nel corso delle indagini sono audio o video-registrate, non si è preoccupato di specificare le modalità di acquisizione in dibattimento. Se, infatti, nelle fasi precedenti esiste ancora un unico fascicolo che contiene sia le dichiarazioni verbalizzate che le registrazioni, e dunque il giudice può accedere ad entrambe per la decisione, in dibattimento sorge spontaneo chiedersi se può il giudice, autonomamente, decidere se e quando ascoltare o visionare il documento fono o video registrato. Inoltre, ci si interroga sulla necessità o meno di un'udienza *ad hoc*, in contraddittorio tra le parti, o di un momento di riproduzione della registrazione in aula. Altro quesito ad oggi ancora irrisolto, sta nell'applicazione della regola prevista dall'art. 511, comma 5, c.p.p. e nella possibilità di sostituire la visione delle deposizioni con la mera indicazione delle stesse, trattandosi di atti contenuti nel fascicolo del dibattimento.

Si tratta di interrogativi che, allo stato, sono stati perlopiù formulati dagli operatori con riguardo alla nuova regolamentazione della rinnovazione della prova dibattimentale, ma che rivestono una portata generale.

Nonostante le perplessità indicate, è indubbio che tale modifica, è da salutare con favore, nell'ottica della tutela del rafforzamento della vulnerabilità e non solo.

Le motivazioni sono diverse e, in parte, già evidenziate. Riassumiamole.

Oltre all'evidente recupero di una maggiore valenza probatoria - restituendo al giudice, almeno in parte, il contributo dichiarativo senza il filtro della verbalizzazione, per sua natura, manipolativa – l'obbligo di registrazione “generalizzata” esonera l'applicazione normativa dalla valutazione discrezionale dell'operatore. Come anticipato, la *direttiva vittime* non aveva posto un obbligo di videoregi-

121 Art. 391-*ter*, comma 3, c.p.p.

122 C. Bonzano, *Nuove norme in tema di documentazione di atti di indagine a contenuto dichiarativo*, in *Penale Diritto e Procedura*, n.1, 2023, p. 133.

123 La *Convezione di Lanzarote* (art. 35) e la *Direttiva 2012/29 UE* stabiliscono che per tutte le audizioni, in particolare se si tratta di un minore, occorre che siano oggetto di registrazione audiovisiva e che tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali. Analoga raccomandazione è espressa dagli esperti del settore: sia la *Carta di Noto* (art. 10) che le *Linee Guida Nazionali sull'ascolto del minore* (art. 3.10) sottolineano l'utilità della videoregistrazione al fine di documentare gli aspetti non verbali della comunicazione, anch'essi considerati importanti per una corretta valutazione della dichiarazione.

strare le audizioni e gli esami¹²⁴ e, pertanto, l’art. 134 c.p.p., così come riformato dal d.lgs. n. 212/2015, si limitava a “consentirla”, quando ad essere sentito era un soggetto appartenente a tale categoria, “anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità”. Oltre a sgomberare il campo da valutazioni discrezionali, la nuova formulazione pone al riparo dal rischio di una mancata, errata o, semplicemente, tardiva, individuazione della condizione di vulnerabilità del soggetto dichiarante. Si è già evidenziata la fluidità e la rilevante discrezionalità accordata agli operatori, per i contorni piuttosto sfuggenti dell’art. 90-*quater* c.p.p., e la mancata disciplina sia di un *iter* procedurale di verifica della particolare vulnerabilità, che della specificazione dei soggetti preposti a compiere tale valutazione oltre alla necessità (non prevista) di un loro affiancamento da parte di un esperto¹²⁵. Tali elementi sono causa di non poche criticità ed errori nell’individuazione della vulnerabilità¹²⁶. Con l’estensione della videoregistrazione a tutti i dichiaranti, a prescindere dall’individuazione di quelli maggiormente fragili, si consente di superare tali criticità.

Infine, non certo per importanza, il rafforzamento della documentazione delle dichiarazioni va letta anche nella prospettiva di “*counterbalancing factor*”¹²⁷, rispetto al diritto al confronto dell’imputato con il proprio accusatore, cui non è stata sempre serbata la giusta attenzione. Rientrando a pieno titolo tra i *fattori di compensazione* di matrice giurisprudenziale europea, la videoregistrazione riduce sensibilmente il pericolo di eteroinduzione dei contenuti accusatori del dichiarante, soprattutto nella fase investigativa¹²⁸. Un rischio, questo, particolarmente rilevante per i soggetti in condizione di particolare vulnerabilità dove, una domanda o un comportamento suggestivi, possono modificare in maniera permanente e irreversibile il ricordo¹²⁹; come evidenziato, non a caso, dalla *Carta di Noto* che, ad esempio, per i minori, prescrive l’obbligatorietà della documentazione rafforzata¹³⁰.

Ecco che la riforma in tema di videoregistrazione finisce, così, con l’assumere anche una funzione

124 Secondo l’art.23, par. 1, lett. *a*, le dichiarazioni rese durante le indagini dalle vittime minorenni possono essere registrate ed utilizzate durante il procedimento. La disposizione contempla, comunque, una “clausola di salvaguardia”, in base alla quale “*le norme procedurali per le registrazioni audiovisive (...) e la loro utilizzazione sono determinate dal diritto nazionale*”. Inoltre il *Considerando* n. 53 della direttiva si riferisce a scelte di opportunità.

125 Art. 22, par. 1, direttiva 2012/29/UE.

126 Sulla necessità di disciplinare il procedimento di valutazione individuale cfr. F. Delvecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l’adeguamento dell’Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 9; G. Illuminati, *La vittima come testimone*, in L. Lupària (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, cit., p. 76; A. Presutti, *Le audizioni protette*, cit., p. 385 ss.; S. Recchione, *La vittima del reato e l’attuazione della direttiva 2012/29/UE. Le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, (web), 25 febbraio 2015, p. 11.

127 Corte Europea dei Diritti Umani, 24 febbraio 2005, *Sottani c. Italia*; Corte Europea dei Diritti Umani, 12 febbraio 2004, *Perez c. Francia*, §72. Corte Europea dei Diritti Umani, Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, cit., che ha dichiarato iniquo (per violazione dell’art. 6, paragrafi 1 e 3, CEDU) un procedimento in Germania in cui l’imputato era stato condannato, fondamentalmente, sulla base delle dichiarazioni rilasciate in sede di indagini dalle due persone offese che, poi, non era stato possibile esaminare al dibattimento.

128 Così la Commissione Giustizia, sul punto, aveva così argomentato: “*l’obbligo di registrazione delle audizioni investigative avrebbe uno straordinario effetto sulla semplificazione e velocizzazione dei procedimenti. Si tratta di una misura coerente anche con le indicazioni della giurisprudenza della Corte di legittimità che assegna un valore inquinante alle domande suggestive (che possono essere poste anche all’inizio della progressione dichiarativa, ovvero durante le audizioni investigative, senza che la correttezza dell’esame sia controllabile) ... Fase a volte «oscura», che la videoregistrazione renderebbe finalmente fruibile a garanzia dell’accusato e della parte lesa*”. Testualmente, D. Ferranti, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Uno sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell’attuazione della direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 8.

129 N. Pascucci, *La testimonianza delle persone offese particolarmente vulnerabili alla luce della direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 9.

130 La videoregistrazione è prescritta dai punti 8 e 21 della *Carta di Noto*.

di bilanciamento rispetto alla contrazione del contraddittorio, generata dagli strumenti di tutela del vulnerabile.

È evidente che si tratta di un atto non sufficiente, di per sé, a compensare l'affievolimento del contraddittorio, in quanto formato unilateralmente, senza il diritto, per l'imputato, di confrontarsi con la vittima, contrariamente all'indirizzo giurisprudenziale della Corte europea.

L'Italia, tuttavia, rientra tra i Paesi già dotati di importanti "fattori di bilanciamento" normativi,¹³¹ come quelli già indicati in precedenza.

6. Brevi considerazioni conclusive

Le riflessioni sulla natura definita, suggestivamente, "anfibia"¹³² delle misure di protezione (della *persona* vulnerabile e della *prova* dichiarativa) - specialmente laddove le vittime rappresentano la principale prova d'accusa - consentono di avvalorare, maggiormente, la tesi della sostanziale "tenuta" del sistema, così come congeniato dal legislatore interno; seppure con le descritte cautele.

Se la ripetizione dell'esame incrociato di un dichiarante può considerarsi come un'attività *intrinsecamente* irripetibile, poiché "*i fatti e i comportamenti dell'uomo sono, per loro natura, imprevedibili, contingenti, scanditi, in linea teorica, da una rigida irripetibilità*"¹³³, tale caratteristica si accentua, maggiormente, quando subentra il fattore della vulnerabilità che, per sua natura, tende, come visto, a condizionare l'agito del dichiarante, oltre che il suo ricordo.

È proprio tale carattere di *irripetibilità*, intesa nella sua accezione di *variabilità*, a far rientrare la condizione di fragilità del dichiarante tra le ipotesi di "attenuazione" (per non voler utilizzare il termine "eccezione") del contraddittorio nella formazione della prova; quantomeno nella sua accezione tradizionale.

Se la tutela dell'equilibrio psicofisico del teste è direttamente proporzionale all'attendibilità del contributo probatorio, il ricorso agli strumenti di anticipazione delle dichiarazioni o, comunque, di contrazione del contraddittorio, predisposti dal legislatore interno, trovano una loro legittimazione sul piano interno, al di là ed oltre le legittime ragioni di tutela internazionale accordata, tradizionalmente, alla vittima di reato.

Il doppio binario processuale, che si è venuto a formare, deve essere applicato con prudenza, tenendo nella dovuta considerazione l'adeguatezza delle "*misure di compensazione*" approntate dal legislatore, volte ad attenuare le possibili ripercussioni sulle prerogative defensionali dell'accusato.

Tale necessità è ancora più pregnante se si pensa che, l'assenza pressoché totale di regole in tema di declaratoria della condizione di particolare vulnerabilità - quanto a tempi, modalità e autorità incaricata della valutazione - può ostacolare, di fatto, l'imputato stesso, e il suo difensore, ad attivare l'incidente probatorio *allargato*; con la conseguente lettura delle dichiarazioni, precedentemente rese dal dichiarante vulnerabile, *ex art. 512 c.p.p.*¹³⁴ e buona pace, per l'imputato, di una vera elaborazione

¹³¹ S. Recchione, Atti del convegno, *Questioni in tema di prova dichiarativa Alla continua ricerca di un equilibrio*, Corte di cassazione, Roma, 6 giugno 2022.

¹³² M. Stellin, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Sistema penale*, n. 1, 2015, p. 13.

¹³³ S. Buzzelli, *Le letture dibattimentali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 68.

¹³⁴ Corte di cassazione, sez. III pen., 25 settembre 2000, n.3059 con nota di S. Ardita, *La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cassazione. penale*, 2002, p. 616. La Corte stabilisce, espressamente, che il requisito dell'impossibilità di cui all'art. 512 c.p.p. non dev'essere circoscritto alle ipotesi in cui l'esperimento istruttorio non sia ripetibile sotto il profilo materiale, ma dev'essere esteso ai

dialettica della prova.

casi “in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni del soggetto che lo rendono non più escutibile”. Per un approfondimento sul tema cfr. M. Stellan, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit.