

## OLTRE LANZAROTE: LA FRASTAGLIATA CLASSIFICAZIONE SOGGETTIVA DEI DICHIARANTI VULNERABILI (\*)

di Fabio Cassibba

***Abstract.** Il presente contributo riproduce la relazione svolta dall’A. nell’ambito del Convegno su «L’audizione del minore presunta vittima di abusi», tenutosi presso l’Università degli Studi di Milano-Bicocca il 12 e 13 giugno 2014. L’A. – dopo aver posto in luce l’irragionevolezza (e i rischi) di un sistema codicistico in cui la tutela endoprocessuale dei dichiaranti vulnerabili è vincolata a rigide categorie soggettive, individuate ex ante dalla legge – esamina le implicazioni del recepimento della Direttiva 2012/29/UE, in materia di tutela della vittima nel processo penale. La centralità assegnata dalle norme europee alla discrezionalità del giudice nell’individuazione e nella graduazione delle misure di protezione in favore della vittima, quando ne sia accertata la “vulnerabilità”, e, dunque, la non sottoponibilità all’esame incrociato nel dibattimento, deve essere temperata: la deroga alla tipica forma di escussione della fonte di prova nel contraddittorio delle parti, costituzionalmente protetta, non può essere rimessa alle sole scelte degli organi procedenti, in assenza di criteri legislativi volti ad assicurare il bilanciamento fra la tutela del dichiarante vulnerabile, da un lato, e quella del diritto al confronto dell’imputato con il primo, dall’altro.*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo fra presente e futuro. – 2. L’intrinseca irragionevolezza dell’approccio casistico legislativo e le prassi elusive. – 3. L’impatto sistematico delle recenti novelle. – 4. Le inedite prospettive europee alla luce della Direttiva 2012/29/UE: l’*individual assessment* della “vulnerabilità” della vittima. – 5. *Segue*: il necessario temperamento legislativo della discrezionalità giudiziale ai fini dell’*individual assessment*. – 6. Nuove rotte e punti fermi.

### 1. Il quadro normativo tra presente e futuro.

Alcuni anni orsono, la normativa codicistica che, all’epoca, regolava l’audizione delle c.d. fonti di prova vulnerabili mi pareva un mosaico, destinato ad arricchirsi di nuove sfumature a seguito dei numerosi interventi legislativi intervenuti dal 1996 al

---

\* Testo, corredato da un sintetico apparato critico, della Relazione svolta nell’ambito del Convegno su «L’audizione del minore presunta vittima di abusi», tenutosi presso l’Università degli Studi di Milano-Bicocca il 12 e 13 giugno 2014.

2009. Oggi, quell'immagine non mi sembra più attuale: le novelle successive e, da ultimo, quelle dell'autunno 2013 e della primavera del 2014<sup>1</sup> rendono il quadro normativo simile a un'opera cubista, dalla quale si stenta a far emergere un disegno razionale.

In effetti, le numerose riforme succedutesi nell'arco di quasi un ventennio si sono sempre realizzate secondo un approccio di tipo casistico, reputato il più adeguato per offrire una risposta urgente, in chiave repressiva (anche processuale), alla commissione di delitti percepiti, di volta in volta, come di grave allarme sociale. Vero è pure che il legislatore non poteva trovare a livello sovranazionale linee-guida che suggerissero un percorso diverso: anche sul piano europeo, ci si impegnava ad assicurare un'adeguata protezione ad alcune, limitate categorie di soggetti. Rilevava l'esigenza di proteggere le fonti prova "vulnerabili", perché bisognose di una peculiare tutela processuale, allo scopo di evitare la c.d. vittimizzazione secondaria e, dunque, da sottrarre all'esame incrociato nella sua forma tipica, onde garantire anche la genuinità degli elementi di prova raccolti<sup>2</sup>. Emergevano, così, figure individuate alla luce del combinarsi di criteri soggettivi (quali l'età e il genere) e dell'oggetto del procedimento. Difettava, persino, un'univoca definizione di dichiarante vulnerabile, mentre rivestivano un ruolo di primo piano il minore e la donna, vere e proprie «supervittime»<sup>3</sup> di reati che offendono la sfera sessuale.

D'altra parte, il quadro normativo non sembra neppure destinato a rimanere stabile. Sono sempre immaginabili ulteriori interventi di "microchirurgia" normativa (che verrebbero presi sulla scia di quelli con i quali, in passato, si è estesa al di fuori dei delitti sessuali la portata delle audizioni protette), tipici di un legislatore sempre sensibile a logiche emergenziali. Soprattutto, però, entro il 16 novembre 2015 dev'essere recepita la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012<sup>4</sup>, che «istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato». Da qui, il profilarsi di un approccio davvero innovativo alla materia, poiché la protezione "a macchia di leopardo" dei dichiaranti considerati, per definizione, vulnerabili non si allinea a quanto previsto dalla Direttiva in parola.

---

<sup>1</sup> Si allude, rispettivamente, al d.l. 14 agosto 2013 n. 93, conv. in l. 15 ottobre 2013 n. 119, che reca, fra l'altro, «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto alla violenza di genere», e al d.lgs 4 marzo 2014 n. 24, emesso in attuazione della Direttiva 2011/36/UE, approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 5 aprile 2011, «concernente la prevenzione e la repressione della stratta di essere umani e la protezione delle vittime».

<sup>2</sup> Emblematico il Considerando n. 30 della Direttiva del 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, «relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile», ove si afferma che, nell'ambito del procedimento penale, la partecipazione e l'audizione dei minori «non dovrebbe essere, per quanto possibile, la causa di ulteriori traumi dovuti ad audizioni e contatti con l'autore del reato». Inoltre, «un'approfondita comprensione dei minori e del loro comportamento di fronte a esperienze traumatiche contribuirà a garantire un'elevata qualità degli elementi di prova raccolti e a ridurre lo stress cui sono sottoposti i minori in sede di attuazione delle misure necessarie».

<sup>3</sup> S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, p. 13.

<sup>4</sup> Che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI.

L'Unione Europea abbandona la rigida tutela della vittima fondata su figure soggettive individuate *ex ante* dalla legge, mentre spinge il legislatore a prendere consapevolezza che solo la flessibilità propria del *case by case* giudiziale è capace di assicurare alla vittima una tutela effettiva, perché calibrata sulle specificità proprie della singola vicenda giudiziaria.

## 2. L'intrinseca irragionevolezza dell'approccio casistico legislativo e le prassi elusive.

In effetti, la tecnica di predisporre cataloghi di soggetti presuntivamente vulnerabili *ex lege* sconta un'intrinseca debolezza: l'esercizio della discrezionalità del legislatore nel ritagliare variamente tali figure è sempre esposto a dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo del rispetto del canone della ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* E proprio sul principio di uguaglianza ha fatto leva la Corte costituzionale per includere fra i dichiaranti vulnerabili anche soggetti non originariamente considerati dal codice: così è stato per l'estensione dell'esame protetto dei minori di sedici anni in procedimenti relativi al delitto di corruzione di minorenni<sup>5</sup> e per le forme di audizione protetta che devono scattare per il maggiorenne infermo di mente<sup>6</sup>. Del resto, l'intrinseca inidoneità del rigido approccio casistico a fornire un'adeguata tutela soggettiva emerge, indirettamente, anche dalla sentenza resa, nel "caso Pupino", dalla grande sezione della Corte di giustizia delle Comunità europee nel 2005 (C-105/03). Se *ratio* delle previsioni che introducono forme alternative all'esame incrociato dibattimentale è garantire il dichiarante vulnerabile, non si giustifica l'esclusione dalla disciplina protettiva di soggetti altrettanto meritevoli di tutela in forza dei caratteri personali e del delitto oggetto del procedimento<sup>7</sup>.

A loro volta, le «lacune nella trama codicistica» non avrebbero potuto essere colmate da parte di un organo giurisdizionale<sup>8</sup>. Conta il principio costituzionale di legalità processuale (art. 111 comma 1 Cost.), che vieta integrazioni analogiche di previsioni eccezionali: vanno escluse letture *in malam partem* che comprimano diritti costituzionalmente protetti dell'imputato, risolvendosi in un ampliamento delle deroghe al metodo tipico del contraddittorio nella formazione della prova (attraverso l'esame incrociato) o all'acquisizione della prova nell'immediatezza dibattimentale.

---

<sup>5</sup> Cfr. C. cost., sent. 9 luglio 1998 n. 262.

<sup>6</sup> Cfr. C. cost., sent. 29 gennaio 2005 n. 63, nonché, con riguardo alla possibilità di svolgimento dell'esame svolto dal presidente *ex art. 498 comma 4 c.p.p.* nei confronti del testimone maggiorenne infermo di mente, C. cost., sent. 30 luglio 1997 n. 283.

<sup>7</sup> Si pensi, ad esempio, alle vittime o ai testimoni del delitto di incesto o di omicidio, come pure ai delitti commessi prevalentemente ai danni di anziani (come la circonvenzione di persona incapace), che possono implicare uno stato di assoggettamento psicologico, oppure, ancora, al delitto di usura, suscettibili di indurre gravi stati di prostrazione psicologica non solo nella vittima ma anche nei suoi familiari.

<sup>8</sup> L. LUPÁRIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3545.

A questo riguardo emerge – per l'appunto – un paradosso: l'approccio casistico del legislatore si è rivelato inidoneo ad arginare – anzi, forse, ha stimolato – l'espansione giurisprudenziale dell'incidente probatorio “speciale” o delle forme protette di esame. Si pensi a quell'indirizzo della Cassazione che ammette l'incidente probatorio *ex art. 392 comma 1-bis c.p.p.* per l'assunzione delle dichiarazioni del minore testimone infrasedicenne nell'ambito di un procedimento per un delitto (come l'omicidio) non incluso nel catalogo legislativo, senza neppure garantire alla difesa l'integrale conoscenza del fascicolo<sup>9</sup>. Il divieto di analogia cede di fronte al costantemente ribadito interesse superiore del minore.

### 3. L'impatto sistematico delle recenti novelle.

Gli ultimi interventi legislativi, in ordine di tempo, non mostrano un'inversione di rotta: prosegue l'impegno del legislatore a estendere, casisticamente, le situazioni soggettive di vulnerabilità.

Il già rammentato d.l. n. 93 del 2013 si muove in una duplice direzione. Per un verso, estende ai procedimenti per il delitto di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 c.p.) l'audizione protetta dei minorenni (tanto testimoni quanto vittime) di cui all'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p. e l'esame protetto dibattimentale (mediante vetro specchio e impianto citofonico) dei minorenni vittime del reato ai procedimenti per maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli. Per altro verso, introduce il comma 4-*quater* all'art. 498 c.p.p.: quando si procede per i delitti che già consentono l'impiego del “vetro specchio”, «se la persona offesa è maggiorenne, il giudice assicura che l'esame venga condotto anche tenendo conto della particolare vulnerabilità della persona offesa, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede», potendo disporre, «ove ritenuto opportuno, a richiesta della persona offesa o del suo difensore, l'adozione di modalità protette». L'incidente probatorio già prima della riforma in parola poteva essere espletato per assumere la testimonianza della persona offesa maggiorenne dei reati espressamente considerati dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.), senza che, però, scattassero forme protette di esame. Mentre la novella del 2013, per la prima volta, estende l'audizione protetta al maggiorenne vittima di quei reati, tanto nel dibattimento, quanto in incidente probatorio (*ex art. 401 comma 5 c.p.p.*). Dal canto suo, il d. gls. n. 24 del 2014 si muove sulla stessa linea. In forza dell'interpolato art. 398 comma 5-*ter* c.p.p., l'audizione protetta è ammessa «quando fra le persone interessate

---

<sup>9</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 11 marzo 2008, Messina, in *CED*, n. 240321, secondo cui «non dà luogo a nullità l'omesso deposito degli atti d'indagine, prescritto [dall'art. 393 comma 2-*bis* c.p.p.], qualora si sia proceduto all'incidente probatorio di cui all'[art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.] in relazione ad un reato diverso da quelli a sfondo sessuale (nella specie, omicidio) previsti dalla norma citata ... La Corte, richiamando la sentenza della Corte di giustizia CE del 16 giugno 2005, ha precisato che se da un lato deve ritenersi consentita l'estensione dell'incidente probatorio speciale anche ad altri gravi reati a danno del minore di anni sedici, dall'altro la diversa tipologia del reato per cui si procede può giustificare, ai fini di tutela esclusiva del minore, una “*discovery*” limitata ai sensi dell'art. 398 [comma 3 c.p.p.]».

all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede» (art. 398 comma 5-ter c.p.p.).

Tali previsioni – connotate, fra l'altro, da una difettosa tecnica legislativa – amplificano i rischi di interpretazioni non rispettose del principio legalità processuale. Già si è ipotizzato di estendere l'ambito di disposizioni derogatorie delle ordinarie forme di esame a soggetti non espressamente considerati dal legislatore. L'esame del maggiorenne testimone in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche (dunque, non solo) dal tipo di reato per cui si procede, potrebbe sempre avvenire nelle forme protette a prescindere dal tipo di reato, poiché il rinvio all'art. 398 comma 2-bis c.p.p. riguarderebbe solo le forme dell'audizione protetta, non anche il relativo presupposto oggettivo (vale a dire, che si proceda per i delitti ivi indicati)<sup>10</sup>. Ma il paradosso generato da tale interpretazione ne svela l'irragionevolezza. Se così fosse, si assicurerebbe una più ampia sfera di tutela al maggiorenne particolarmente vulnerabile rispetto a quella riservata al minorenni, la cui protezione codicistica resta ancorata all'oggetto del procedimento e non è generalizzata. Allora, il contenuto della previsione di nuovo conio non può che essere un altro: la norma vuole equiparare il minorenni e il maggiorenne particolarmente vulnerabile, per i quali si rende disponibile l'audizione protetta a prescindere dallo *status* di vittima, purché si proceda per i soli delitti espressamente considerati dal legislatore.

#### **4. Le inedite prospettive europee alla luce della Direttiva 2012/29/UE: l'*individual assessment* della "vulnerabilità" della vittima.**

Se quello appena abbozzato è lo stato dell'arte, inedite prospettive, di matrice europea, si affacciano sulla scena e sono destinate ad impegnare seriamente il legislatore nei prossimi mesi.

Secondo la già ricordata Direttiva 2012/29/UE, gli ordinamenti nazionali devono dotarsi di meccanismi processuali volti a consentire una valutazione individualizzata della vittima, fondata sulla discrezionalità del giudice, onde verificare, dapprima, se essa abbia bisogno di specifiche esigenze di protezione e, poi, eventualmente adottare un'adeguata misura protettiva (c.d. *individual assessment ex art. 22* Direttiva 2012/29/UE)<sup>11</sup>. Lo scopo è di assicurare il diritto della vittima di essere ascoltata nel procedimento (art. 10 Direttiva 2012/29/UE), eventualmente con modalità protette (art. 23 commi 2 e 3 Direttiva 2012/29/UE). Il limite è far sempre salvi i diritti della difesa (art. 23 comma 1

---

<sup>10</sup> Cfr. S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell'art. 398 c.p.p. A proposito del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24*, in *questa Rivista*, 14 aprile 2014.

<sup>11</sup> *In primis*, quello di porre domande (ancorché non direttamente) alla fonte di prova e di mettere in discussione (almeno *a posteriori* ma in modo effettivo) le modalità di escussione della fonte quando l'assunzione delle dichiarazioni non sia avvenuta alla presenza della difesa, in vista del giudizio circa l'attendibilità del dichiarante.

Direttiva 2012/29/UE): una «clausola», quest'ultima, «che suona come un monito»<sup>12</sup>, alla luce del delicato gioco di bilanciamento fra il *right to confrontation* dell'imputato e le esigenze di scongiurare che l'esercizio di un tale diritto da parte della difesa si converta in un'"esperienza traumatizzante" per il dichiarante vulnerabile<sup>13</sup>.

L'*individual assessment* implica, dunque, una valutazione in due tempi, con un percorso «potenzialmente valido per tutte le vittime»<sup>14</sup>. Quanto ciò risulti innovativo è emblematicamente rappresentato dalle linee-guida approntate dalla Commissione europea nel dicembre 2013<sup>15</sup>, che – pur meramente esplicative della direttiva (prive, cioè, di valore normativo) – offrono ai legislatori nazionali criteri di orientamento per dare una effettiva attuazione alla Direttiva. Secondo tali linee-guida, la valutazione individualizzata dovrebbe essere espletata anche per la vittima del furto di una bicicletta: con cadenze e forme semplificata rispetto ai casi di violenza sessuale (si affretta a precisare la Commissione europea, forse consapevole della portata dell'esemplificazione), ma senza che si possa escluderne, *a propri*, l'esperimento.

Sul versante soggettivo, occorre, dunque, individuare chi debba essere destinatario delle specifiche misure di protezione.

In linea generale, la Direttiva si focalizza sulla vittima, da intendersi nella sua tipica accezione criminologica e penalistica<sup>16</sup>: da qui, l'esclusione dalla valutazione individualizzata del mero danneggiato dal reato, il quale «non sembra versare in alcuna posizione "di debolezza" ... se non altro perché ... non ha concorrenti interessi di natura penalistica» da far valere nel processo<sup>17</sup>.

In primo luogo, vengono in gioco i minorenni vittime di reato, rispetto ai quali la Direttiva presume la sussistenza di specifiche esigenze di protezione, perché costoro sono particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, nonché di intimidazioni e ritorsioni (art. 22 comma 4 Direttiva 2012/29/UE). Detto altrimenti, per il minorenne vittima non si tratta di valutare se applicare una misura protettiva, ma solo di individuare quale fra di esse debba essere disposta.

La prospettiva "vittimo-centrica" della Direttiva non considera i minorenni meri testimoni, quand'anche il delitto cui essi hanno assistito possa suscitare un forte

---

<sup>12</sup> M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit., p. 88.

<sup>13</sup> V., da ultimo, C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 19 dicembre 2013, Rosin c. Estonia, § 50 ss.

<sup>14</sup> H. BELLUTA, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Giuffrè, 2013, p. 154.

<sup>15</sup> Cfr. *European Commission DG Justice Guidance Document (December 2013), related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012, establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*.

<sup>16</sup> Per quanto la Direttiva sia volta a tutelare la vittima, non si esclude che il diritto alla protezione valga anche per i familiari della vittima, con riguardo all'esigenza di evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, nonché le intimidazioni e le ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi e psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante le audizioni (art. 18 Direttiva 2012/29/UE).

<sup>17</sup> B. LAVARINI, *La costituzione di parte civile: un inutile ostacolo alla ragionevole durata del processo o un fondamentale strumento di tutela della vittima?*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, cit., p. 141.

impatto traumatizzante<sup>18</sup>. Il legislatore nazionale sarebbe comunque libero di estendere le tutele processuali anche ai testimoni, con specifico riguardo ai minori testimoni di peculiari delitti, in quanto soggetti «particolarmente vulnerabili», ai sensi dell'art. 19 comma 4 Direttiva 2011/92/UE. Si sa che le fonti sovranazionali istituiscono *standard* minimi di tutela: così, in forza della c.d. la clausola di non regressione rispetto al livello di garanzie già assicurato dall'ordinamento nazionale, lo statuto protettivo per il dichiarante minorenne dovrebbe valere indipendentemente dall'essere egli vittima o testimone.

In secondo luogo, la Direttiva contempla un articolato catalogo di vittime maggiorenni per le quali l'esigenza di protezione non è presunta, ma la cui valutazione individualizzata implica, per il giudice, una «particolare attenzione»: vengono in gioco le vittime di reati particolarmente gravi (anche alla luce del danno subito); le vittime di reati fondati su ragioni di discriminazione di qualunque genere; le vittime di violenza domestica o esercitata sui luoghi di lavoro; le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di essere umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o per odio; le vittime con disabilità (art. 22 comma 3 Direttiva 2012/29/UE). Superfluo notare lo scarto fra il novero dei soggetti potenzialmente destinatari di norme endoprocessuali protettive rispetto a quello individuabile alla luce dell'odierna disciplina codicistica.

##### **5. Segue: il necessario temperamento legislativo della discrezionalità giudiziale ai fini dell'*individual assessment*.**

Occorre, poi, che il legislatore regoli le forme per lo svolgimento dell'*individual assessment*. Ed è questo – a mio avviso – il profilo di maggiore delicatezza in sede di attuazione della Direttiva.

Quest'ultima, pur rinviando alla legge nazionale, enfatizza la discrezionalità giudiziale. La scelta di forme di audizione protetta della vittima, che derogano all'ordinario esercizio del contraddittorio nella formazione della prova e al diritto al confronto con l'imputato, «affidate al grazioso intervento e alla sensibilità, umana e culturale, di chi arbitra il processo e ne governa le forme»<sup>19</sup> non suona, però, compatibile con i canoni del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. Né, a maggior ragione, la valutazione individualizzata può affidarsi, a questi medesimi fini processuali, a strutture pubbliche di sostegno alla vittima: queste ultime sono investite

---

<sup>18</sup> Su pensi al caso del minorenne che assista alla rapina commessa con modalità particolarmente violente ai danni del genitore oppure all'omicidio commesso dal genitore o da un terzo estraneo. Se il minore fosse testimone dell'omicidio del proprio genitore, gli spetterebbe, invece, la qualifica di vittima nel più ampio significato di cui all'art. 18 Direttiva 2012/29/UE: v. *supra*, nota 16.

<sup>19</sup> C. CESARI, *Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona dal processo: la tutela del testimone fragile nell'evoluzione processualpenalistica*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri-M. Pifferi, Giuffrè, 2011, p. 317.

del compito di vagliarne la condizione allo scopo di approntare misure protettive, di tipo sociale o familiare, ma pur sempre extraprocessuali.

Qui, il legislatore si dovrà muovere su un terreno ignoto. Quali, dunque, i modelli?

Viene in mente il meccanismo già predisposto dall'art. 196 comma 2 c.p.p. per vagliare l'idoneità «fisica o mentale» del testimone al fine di valutare l'attendibilità delle sue dichiarazioni. Al di là del fatto che l'istituto opera solo con riguardo a fonti di prova di cui sia già stato ammesso l'esame testimoniale (mentre la prospettiva della Direttiva è assai più ampia), non ne è neppure sicura l'applicabilità alla vittima, quando essa debba essere esaminata in qualità di parte civile; infine, l'art. 196 comma 2 c.p.p. prevede un accertamento "deformalizzato", che non sembra, di per sé, rispettoso delle indicazioni provenienti alla ben nota sent. cost. n. 238 del 1996, relativa alla necessaria predeterminazione legislativa dei casi e delle forme di esperimento di accertamenti "coattivi", potenzialmente invasivi<sup>20</sup>, almeno se si intenda il concetto di invasività in senso psicologico.

Ecco il punto: la valutazione individualizzata della vittima dev'essere regolata dalla legge anche con riguardo alle forme per il relativo espletamento<sup>21</sup>. Il legislatore deve tenere conto delle caratteristiche personali della vittima (criterio soggettivo) e del tipo, della natura e delle circostanze del reato (criterio oggettivo) (art. 22 comma 2 Direttiva 2012/29/UE). A sua volta, l'esercizio della discrezionalità del giudice per individuare le esigenze protettive della vittima deve mettere in gioco la gravità del reato e del grado di danno apparente subito dalla vittima (art. 22 comma 5 Direttiva 2012/29/UE)<sup>22</sup>.

Mi sembra, così, che la discrezionalità del giudice possa essere temperata sulla base di principi analoghi a quelli di adeguatezza e di proporzionalità, propri della materia cautelare. Le forme di audizione protetta e, *a contrario*, il sacrificio rispetto all'ordinario esercizio del contraddittorio nella formazione della prova devono risultare proporzionati alla gravità del fatto di reato (e del relativo impatto psicologico subito dalla vittima); al contempo, la forma prescelta di audizione protetta deve risultare adeguata a scongiurare il fenomeno della vittimizzazione secondaria o la sua reiterazione oppure ancora gli altri fattori traumatizzanti per la vittima presi in considerazione dalla Direttiva, quali le intimidazioni o le ritorsioni. Eccezion fatta per il minorenni, andrebbero esclusi automatismi e presunzioni legali nell'applicazione delle forme di audizione protetta, perché la prospettiva accolta dalle fonti sovranazionali

---

<sup>20</sup> Per queste considerazioni, cfr. R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis-G.P. Voena, XVI, Giuffrè, 2011, p. 95 ss., che suggerisce di applicare analogicamente l'art. 224-bis comma 1 c.p.p. (*ivi*, p. 104-105).

<sup>21</sup> Cfr. le indicazioni fornite da C. cost., sent. 9 luglio 1996 n. 238 in rapporto all'esigenza di rispettare i principi di tassatività e determinatezza imposti dall'art. 13 Cost.

<sup>22</sup> Inoltre, la valutazione individualizzata dev'essere aggiornata, cioè eventualmente ripetuta nel corso del processo, in una prospettiva di flessibilizzazione delle tutele, se gli elementi posti alla base della prima valutazione siano mutati in modo sostanziale (art. 22 comma 7 Direttiva 2012/29/UE).

esige la piena responsabilizzazione dell'organo giurisdizionale<sup>23</sup>. Sono ben noti, del resto, i reiterati interventi demolitivi da parte della Corte costituzionale rispetto al forzato ampliamento legislativo della sfera dell'art. 275 comma 3 c.p.p.

Quanto al profilo procedimentale *l'individual assessment* della vittima deve, infine, implicare il pieno contraddittorio fra le parti: non è compatibile con il principio costituzionale della parità delle parti e della tutela del diritto di difesa che le deroghe all'esercizio ordinario del contraddittorio nella formazione della prova faccia seguito a una valutazione compiuta *de plano*, su iniziativa officiosa del giudice o, comunque, a seguito della sola richiesta del pubblico ministero. Merita sottolineare come una recentissima pronuncia della Corte europea abbia accertato la violazione dell'equità processuale, sotto il profilo della pubblicità delle udienze dibattimentali e del riconoscimento in favore dell'imputato del diritto al confronto con un testimone di accusa, in un caso in cui il giudice del dibattimento, sulla base della sola richiesta del pubblico ministero e senza neppure consentire alla difesa di discuterne le ragioni, aveva disposto di procedere "a porte chiuse", escludendo anche la partecipazione personale dell'imputato, in forza della necessità di proteggere un testimone<sup>24</sup>.

## 6. Nuove rotte e punti fermi.

Concludo. "Oltre Lanzarote", è il titolo della relazione. Le Canarie, per secoli, hanno rappresentato l'ultimo approdo sicuro prima della navigazione oceanica. Ebbene, oggi, ci stiamo lasciando alle spalle Lanzarote. Occorre evitare che la navigazione del legislatore avvenga "a vista", perché ancora prevalentemente orientata su approcci casistici.

Di ciò sembra consapevole pure il legislatore, se è vero che l'esigenza d'introdurre una valutazione individualizzata della vittima si affaccia, per la prima volta, nel diritto positivo con l'art. 1 d. lgs. n. 24 del 2014, sia pure in una previsione dal forte contenuto programmatico, poco idonea ad essere direttamente applicata, perché sconfessata proprio dalla rigida classificazione codicistica dei dichiaranti vulnerabili.

E', a tal punto, palese la complessità dell'opera che attende il legislatore, chiamato a incidere in profondità su consolidati assetti. La rotta dev'essere nuova ma occorre tenere ben salda la barra su un punto. La necessaria (e irrobustita) tutela processuale della vittima "vulnerabile" non può andare a discapito di diritti dell'imputato costituzionalmente garantiti. Il "bilanciamento" fra le forme di attuazione del diritto al confronto fra l'accusato e la vittima bisognosa di adeguata

---

<sup>23</sup> Pur in relazione a quanto previsto dalla Decisione quadro 2001/220/GAI, nel senso della valorizzazione della discrezionalità dell'organo procedente in rapporto alla scelta delle misure protettive (nel caso di specie, l'incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza di un minorenne particolarmente vulnerabile, perché vittima di delitti a sfondo sessuale, chiesto dalla persona offesa al pubblico ministero, senza che quest'ultimo avesse dato seguito alla richiesta) si orientava C. Giust. C. Eu., sez. II, sent. 21 dicembre 2011, C-507/10, X c. Y., spec. § 32 ss.

<sup>24</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 3 aprile 2014, Artemov c. Russia, § 104 ss.

protezione non può risolversi nella radicale estromissione del ruolo della difesa nell'ascolto della fonte di prova. Va fermamente ribadita la regola di esclusione probatoria di ogni dichiarazione unilaterale, segretamente formata, in assenza di forme attenuate di esercizio del diritto al confronto. «Sono questi gli argini che non possono essere superati, se si vogliono rispettare i precetti degli Atti internazionali sui diritti umani»<sup>25</sup>, per scongiurare il rischio, niente affatto peregrino, che l'imputato diventi vittima "processuale" della vittima "sostanziale".

---

<sup>25</sup> G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale* (2009), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Giuffrè, 2011, p. 143.