

**“Declinazioni speciali” del contraddittorio a protezione del dichiarante vulnerabile.
Le misure di compensazione ai rischi di *unfair trial*, anche alla luce della nuova
disciplina delle videoregistrazioni *post* Riforma Cartabia**

di Sarah Grieco

avvocata e ricercatrice di procedura penale nell'Università di Cassino

La vulnerabilità è, da tempo, all'origine di trattamenti diversificati, a favore dei soggetti fragili. Il procedimento penale non fa eccezione. Esiste un'altalena costante tra il rafforzamento dei diritti dell'imputato e quelli della persona offesa. Quando quest'ultima presenta caratteristiche personali (fisiche o psicologiche), 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. Questa indagine è volta ad approfondire la tematica delle dichiarazioni della vittima, alla luce dello statuto della prova dichiarativa del soggetto vulnerabile, rispetto ai rischi di eccessiva contrazione del contraddittorio; laddove anche la recente riforma Cartabia può giocare un suo ruolo.

Sommario: 1. Le ragioni che sottendono le cautele processuali a difesa della vulnerabilità; 2. Le misure di protezione a tutela dei “soggetti deboli”. L'escussione del dichiarante vulnerabile; 2.1. Gli ostacoli alla rapida fuoriuscita del dichiarante dal circuito processuale; 3. Tra “modelli partecipativi” e “fattori di compensazione”: come attenuare i rischi di *unfair trial*; 4. Il rafforzamento delle tutele introdotto dalla documentazione della prova dichiarativa post riforma Cartabia; 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. Le ragioni che sottendono le cautele processuali a difesa della vulnerabilità

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 il 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,

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

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.

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. 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* c.p.p.

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, comporta.

Se da un lato non è possibile conferire allo *status* di debolezza della vittima un valore assoluto⁷, 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'accusato⁸.

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 timori⁹.

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 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.

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. Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091. In senso contrario Cass. pen., Sez. III, 15 febbraio 2023 n.6333; Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 2023, n.46821; Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2017, n. 49030; Cass. pen., sez. I, 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 ragionamento più ampio sui fattori strutturali e situazionali dei processi di vittimizzazione cfr. A. ANTONILLI, F. DI MUZIO, *La società della vittimizzazione*, Milano, Franco Angeli, 2021.

⁸ L. PARLATO, *Vulnerabilità e processo penale*, in G. SPANGHER e A. MARANDOLA, *La fragilità della persona nel processo penale*, cit.p.429.

⁹ *Considerando 58*, Direttiva 2012/29/UE, cd. *Direttiva vittime*.

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”; tale ultima condizione potrà, semmai, influire solo in sede di convincimento del giudice circa la valenza probatoria delle dichiarazioni del soggetto fragile.

2. Le misure di protezione a tutela dei “soggetti deboli”. L’escussione del dichiarante vulnerabile

Gli impulsi provenienti dalla normativa europea¹⁰ hanno spinto, in modo sempre più organico, verso soluzioni in cui la persona offesa, - o meglio, la “vittima”¹¹ - che versa in condizioni di vulnerabilità, nell’ambito del processo penale che la coinvolge, debba ricevere una serie di tutele processuali.

¹⁰ 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. Quanto al diritto dell’Unione europea, si rammentano la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (artt. 2, paragrafo 2; 3, paragrafo 3; 8, paragrafi 3 e 4), la direttiva europea 2011/36/UE relativa alla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, sostituita dalla direttiva 2012/29/UE, del 25 ottobre 2012, - cd. *Direttiva vittime* - che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, (artt. 19, paragrafo 1; 22, paragrafo 4; 23).

¹¹ 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*, 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 Aimonetto*, Giuffrè, 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, 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”*”.

Il sistema processuale vigente offre al giudice un ampio ventaglio di strumenti di salvaguardia della personalità dell'offeso vulnerabile, chiamato a rendere dichiarazioni.

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»¹² della vittima con l'autorità giudiziaria.

Tuttavia, il nostro paese ha iniziato a trattare il tema del dichiarante – offeso o, semplicemente, testimone – di speciale debolezza, 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.

L'impianto originario di protezione della vulnerabilità si è concentrata, dapprima, sulla tutela degli interessi del minore infrasedicenne, in ordine ai soli delitti a sfondo sessuale, sia nel corso delle indagini che in fase dibattimentale, per poi estendersi a tutti i soggetti «particolarmente vulnerabili»¹³ 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»¹⁴, 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'istituto¹⁵.

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* dibattimentale.

In origine, il suo impiego è stato giustificato 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. 26¹⁶ 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».

L'incidente probatorio cd. “allargato”, di cui al comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., nella sua formulazione originaria, non riguardava tutti i procedimenti, ma solo quelli per particolari reati.

Con il d. lgs. 4 marzo 2014 n. 24¹⁷, prima, e il D.lgs. 15 dicembre 2015 n.212¹⁸, unitamente alla specifica normativa a protezione delle donne¹⁹, poi, si è assistito ad una progressiva “liberalizzazione”

¹² Art. 4 della Direttiva 2012/29/UE.

¹³ Definizione inserita nell'art. 90 *quater* c.p.p. introdotto nel nostro ordinamento con il d.lgs. 212/2015, in attuazione della Direttiva 2012/29/UE.

¹⁴ Corte Cost., sentenza. n.92, 21 febbraio 2018.

¹⁵ 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.

¹⁶ “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”.

¹⁷ In attuazione della direttiva europea 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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

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*²⁰. 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».

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 (cfr. *infra*), non esaurisce la sua *ratio*, nella tutela della persona offesa dal trauma del processo. Rappresenta, come anticipato, 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»²¹.

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 - nello stabilire se procedere alla contrazione della prova nel caso concreto, così come ad attivare altri strumenti di protezione - è chiamato ad effettuare un duplice apprezzamento. 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 cd. *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 recentemente²², 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. stabiliva 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 fossero minori di anni sedici. 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. - il legislatore ha preferito, alquanto singolarmente, collocare, le regole in questione, nell'ambito della disciplina dell'incidente probatorio, limitandone così (in origine) la portata

linea con lo sforzo di dare maggiore protezione alle vittime particolarmente vulnerabili, e a quelle dei reati cd. "di genere".

²⁰ 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.

²¹ Cass. pen., Sez. II, 24 marzo 2023, n. 29363.

²² Cass. pen., Sez. VI, 6 marzo 2024, n.17521. Vedi anche Cass. pen., Sez. VI, 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.

applicativa all'esame del minore condotto in tale sede²³. 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 «quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede»²⁴.

La discrezionalità del giudizio investe, pertanto, il *luogo* dell'assunzione della prova, potendo il 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 psichiatria nell'ascolto da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria; mediatore che, secondo un'attenta dottrina²⁵, se da un lato mira ad una dichiarazione più chiara e utile processualmente, dall'altra rischia di rappresentare un'ingerenza sui contenuti da rendere.

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 dibattimentale²⁶, 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 con il già citato D.lgs. 2012/2015, attuativo della direttiva vittime, che ha declinato uno “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 sistema²⁷ 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'esperimento giudiziale o la perizia. Inoltre, mentre in sede incidentale, di fronte al

²³ 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.

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

²⁵ E. PILLA, *L'incidente probatorio e l'audizione protetta*, in *Giustizia Insieme*, 13 gennaio 2019.

²⁶ art. 498, co. 4, c.p.p.

²⁷ Per un approfondimento sulle discrasie di attuazione della direttiva cfr. N. PASCUCI, *La testimonianza delle persone offese particolarmente vulnerabili alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, n.7/2020.

maggiormente 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 per cui si procede.²⁸

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.

2.1 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 espressi obiettivi di difesa del dichiarante fragile.

Le ragioni sono diverse.

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, analoga 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 osservazione è ancorata ai soggetti a cui spetta l'attivazione della procedura incidentale.

Nel caso dell'incidente probatorio, l'organo di accusa 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 prova²⁹. Dal canto della difesa, è difficile pensare che, quest'ultima, possa orientarsi in tal senso, stante la disparità delle posizioni di accusa e difesa³⁰ 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 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.

²⁸ 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 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 cost., n. 114, 9 maggio 2001. 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, pp. 266-267.

²⁹ Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2021, n. 16673.

³⁰ A. PRESUTTI, *Le audizioni protette. Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, p.386.

La Suprema corte, a più riprese, respingendo ogni forma di automatismo³¹, 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 proprio in considerazione del delicato bilanciamento degli interessi contrapposti che la decisione deve considerare, nella prospettiva della rilevanza della prova da assumere ai fini dibattimentali³².

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*”³³, dunque, che, sino alla riforma Cartabia, si trascinava anche in sede di appello, dove si è considerata legittima la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del dichiarante già escusso nella sede garantita dell'incidente probatorio³⁴.

A tali criticità si aggiunge, in termini più generali rispetto all'attivazione della parentesi incidentale, una generale difficoltà di individuazione della condizione di vulnerabilità, che coinvolge tutto l'armamentario di tutele apprestate, dal legislatore, al dichiarante fragile.

Pur non rientrando a pieno titolo nell'oggetto di disamina, è opportuno rilevare, brevemente, come manchino, nel nostro sistema, criteri operativi in grado di individuare i fattori di vulnerabilità. Benché la *direttiva vittime* rimetta ai singoli Stati la predisposizione delle “*procedure nazionali*”³⁵ per effettuare la valutazione individuale, l'ordinamento 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 vulnerabilità³⁶.

Ad aggravare la fluidità del quadro normativo, sta il fatto che lo stesso è, per lo più, privo di cogenza e sfornito di sanzioni processuali. Ad eccezione della mancata videoregistrazione delle dichiarazioni, assunte dalla persona particolarmente fragile, sanzionata espressamente da inutilizzabilità, con la recente Riforma Cartabia - come si vedrà in seguito - al mancato riconoscimento o all'erroneo riconoscimento di schermi protettivi da parte degli operatori, non si accompagnano espressioni

³¹ Cass. pen., Sez. III, 14 maggio 2021, n. 440056; Cass. pen., Sez. III, 12 maggio 2021, n. 37605.

³² Cass. pen., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 46109; Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 2021, n. 29594.

³³ E. GUIDO, *Vittima del reato e tutela processuale a due facce*, in *Archivio Penale* n.2, 2023, p.19.

³⁴ 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.

³⁵ Art. 22, par. 1, direttiva 2012/29/UE.

³⁶ 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 nazionali*, 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, 2017, p. 955.

conseguenze sanzionatorie³⁷. Questo, in palese distonia con l'effetto vincolante delle regole internazionali e del loro «ruolo di sollecitazione e cogenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione»³⁸.

3. Tra “modelli partecipativi” e “fattori di compensazione”: come attenuare i rischi di *unfair trial*

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 quelle volte a garantire la tempestività dell'attività investigativa o l'adeguato apporto informativo e di coinvolgimento delle vittime³⁹.

A dover esigere un bilanciamento sono le solo contromisure che si raccolgono attorno al ruolo della vittima come fonte di prova dichiarativa.

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»⁴⁰.

Come ampiamente esaminato, le regole di escussione testimoniale, pensate per il dichiarante vulnerabile, derogano alla normale modalità di acquisizione della prova nel contraddittorio tra le parti, o in quanto anticipano l'assunzione stessa alla fase delle indagini oppure perché introducono dei “filtri” all'esame condotto in dibattimento.

In entrambi i casi, il contraddittorio 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 testimonianza⁴¹.

La prova dichiarativa, 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 della credibilità dei contenuti accusatori

³⁷ 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.

³⁸ Cass. Pen., Sez. U, sentenza n. 10959 del 29 gennaio 2016.

³⁹ Per una disamina cfr. F. DI MUZIO, *La tutela processuale delle vittime “vulnerabili”*, in *GenLus*, 5 febbraio 2024.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. U., 21 dicembre 2017, n.14800.

⁴¹ 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. il quale rileva che «lo spostamento dell'assunzione della testimonianza dei soggetti vulnerabili dal dibattimento all'incidente probatorio rappresenta plasticamente l'involuzione del metodo dialettico. Nell'incidente probatorio il contraddittorio è riplasmato dal legislatore e dalla prassi fino ad assumere la mera parvenza del confronto 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.

durante l'intero sviluppo del processo⁴². 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. 4).

È doveroso, tuttavia, chiedersi fino a che punto è possibile potenziare i meccanismi atti a tutelare tali soggetti, senza compromettere del tutto le regole processuali, alla base del nostro metodo di accertamento processualpenalistico.

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 dall'art. 111 della 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 Costituzione. 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»⁴³ del dichiarante, che connota la *vittimizzazione secondaria*, o di sospetto delle condotte illecite previste dalla *vittimizzazione ripetuta*⁴⁴. Nel secondo caso, ad esempio, eventuali ritrattazioni potrebbero essere lette come 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, «precostituire una prova della colpevolezza dell'imputato»⁴⁵, sintomatica delle situazioni di eccezione al principio del contraddittorio nella formazione della prova, codificate all'art. 500, comma 4⁴⁶ c.p.p.

Nei casi di anticipazione della prova, ad essere sacrificati appaiono non solo i principi d'immediatezza⁴⁷ 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.4), 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'escussione 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»⁴⁸.

Pertanto, il canone del contraddittorio – in forza dei quali 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

⁴² 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, pag. 73.

⁴³ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059; Cass. pen., Sez. III, 16 aprile 2013, n. 39766.

⁴⁴ 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 riviscenza 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 momento 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.

⁴⁵ 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, pag. 1248.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale, 2005*, Giuffrè Editore, Milano, p.68 ss.

⁴⁸ F. MORELLI, *Principio di immediatezza e diritto di difesa*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2021, 2, p. 486.

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.

La *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 nazionali⁴⁹.

Per rispondere al quesito iniziale (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.

A parere di chi scrive, potrebbe tornare particolarmente utile il modello processuale *partecipativo*⁵⁰, delineato dalla giurisprudenza 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'imputato⁵¹.

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 dibattimento⁵².

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 condanna⁵³. L'impostazione fornita dalla giurisprudenza europea vede sì un allargamento del

⁴⁹ C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'unione europea*, cit., p. 311.

⁵⁰ 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. VIAGNO' e G. UBERTIS, Torino, 2016, p. 210 e ss.

⁵¹ Corte EDU, 16 maggio 2000, *Camilleri c Malte*; 13 novembre 2014 *Bosti c. Italia*; 5 dicembre 2019, *Makeyan e altri c. Armenia*.

⁵² A. BALSAMO *Il profilo europeo*, in G. SPANGHER e a. MARANDOLA, *La fragilità della persona nel processo penale*, Giappichelli editore, Torino, 2021, p.67.

⁵³ 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*, fasc. 3/2020, p. 305 e ss

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 2011⁵⁴, 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 attendibilità della prova, l'utilizzazione di dichiarazioni, rese da soggetti non controesaminati dalla difesa, non costituisce, automaticamente, una violazione convenzionale⁵⁵.

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)⁵⁶.

Viene individuato, come punto di equilibrio, 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 dichiarazioni⁵⁷.

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 prova⁵⁸. In particolare, le garanzie adeguate ad assicurare il diritto di difesa si concretano in due passaggi essenziali: la registrazione del primo esame investigativo della vittima, da porre nella disponibilità della difesa; la possibilità per quest'ultima di porre domande, anche per il tramite di un intermediario in occasione di un nuovo esame, a cui l'imputato deve poter assistere, anche mediante collegamento audiovisivo, per osservare contegno e contestare credibilità e dichiarazioni, ponendo domande⁵⁹.

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 testimoniali⁶⁰.

⁵⁴ Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-khawaja e Tahery c. Regno Unito*. Il principio di compensazione è stato ulteriormente rafforzato con la sentenza Corte EDU, 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 EDU, 27 aprile 2017, *Zherdev c. Ucraina*; Corte EDU, Grande Camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*; Corte EDU, 4 giugno 2019, *Farrugia c. Malta*.

⁵⁵ Critico R. CASIRAGHI, *Conferme e smentite della Grande Camera in materia di testimoni assenti*, in *Cassazione penale*, 2016, il quale 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*, 2017, p. 291.

⁵⁶ 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

⁵⁷ Corte EDU, 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*.

⁵⁸ Corte EDU, 20 gennaio 2005, *Accari e altri c. Italia*.

⁵⁹ Corte EDU, 16 dicembre 2003, *Magnusson c. Svezia*.

⁶⁰ Corte EDU, 7 luglio 2009, *D. c Finlandia*.

L'armamentario di principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte sulle “*declinazioni speciali*”⁶¹ 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*⁶².

Sul piano interno, la disciplina apprestata ai soggetti con particolare vulnerabilità, individuati con 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 mediatore⁶³; 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.

Rientra tra le misure di compensazione, anche l'opportunità di assistere all'esame con modalità idonee ad evitare la visibilità della persona offesa⁶⁴.

La particolare attenzione apprestata all'utilizzo dell'incidente probatorio - in ragione della concreta portata di prova riconosciuta al contributo dichiarativo da raccogliere⁶⁵ e con la necessaria richiesta di parte - rappresenta un ulteriore criterio compensativo, che va nella giusta 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, una differente modalità di realizzazione dello stesso⁶⁶.

⁶¹ C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'unione europea*, cit.

⁶² Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132 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. Cass. pen., Sez. U., 30 maggio 2019, n. 41736.

⁶³ In tal senso, chiaramente, si esprime la Corte EDU, 20 gennaio 2005, *Accardi c. Italia*.

⁶⁴ Cfr. tra gli altri Corte EDU, 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*.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. VI, n.24996, 15 luglio 2020.

⁶⁶ A. BALSAMO, *Il profilo europeo*, in SPANGHER e A. MARANDOLA, *La fragilità della persona nel processo penale*, cit., 76.

4. Il rafforzamento delle tutele introdotto dalla documentazione della prova dichiarativa *post* riforma Cartabia

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 videoregistrazione⁶⁷ delle audizioni e degli esami delle dichiarazioni per le persone particolarmente vulnerabili. Sebbene non siamo in presenza di un vero e proprio obbligo⁶⁸ (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 27 settembre 2021 n. 134 (meglio conosciuta come *riforma Cartabia*)⁶⁹, nel dettare i criteri ai quali il legislatore delegato si è attenuto 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 probatorio, per effetto del rimando di cui all’art. 401, comma 5 c.p.p.. In particolare, per quest’ultimo si rivela «particolarmente pressante l’esigenza di ridurre il vulnus ai principi di immediatezza ed oralità»⁷⁰, 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 assurge 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 celerità. 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 prova⁷¹.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Per un approfondimento cfr. *ex plurimis* P. BRONZO, *La riforma Cartabia e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cassazione Penale*, fasc.4, 1 aprile 2022.

⁷⁰ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022*, n. 150, p. 22

⁷¹ 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*, 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.

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 riforma⁷². La sua introduzione è 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».⁷³ Ciò con un'evidente eterogenesi dei fini⁷⁴.

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 giudizio⁷⁵ - 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 giudice⁷⁶.

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 invocava 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

⁷² 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, con sentenza del 29 maggio 2019, n. 132, 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. Per sostenere le proprie tesi, 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*, 2019, n. 2.

⁷³ 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*, Pisa, Pacini, 2022, p. 116.

⁷⁴ 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».

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Sulla valenza delle videoregistrazioni a sostituire la ripetizione testimoniale P. FERRUA, *La prova nel processo penale, I, Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 124, considera il contatto diretto del giudice con la fonte probatoria «non surrogabile con altrettanta efficacia dalla videoregistrazione».

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.

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»⁷⁷.

Un'attenta dottrina⁷⁸ ha, opportunamente, fatto rilevare come, almeno per la categoria dei dichiaranti fragili, sarebbe stata desiderabile – anche in linea con gli impulsi sovranazionali⁷⁹ - 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, estesa alla generalità dei dichiaranti, fa sì che la previsione normativa non rientri più nella valutazione discrezionale dell'operatore. Come anticipato, la *direttiva vittime* non

⁷⁷ art. 391-*ter*, comma 3, c.p.p.

⁷⁸ C. BONZANO, *Nuove norme in tema di documentazione di atti di indagine a contenuto dichiarativo*, in *Penale Diritto e Procedura*, 2023, p. 133.

⁷⁹ 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.

aveva posto un obbligo di videoregistrare le audizioni e gli esami⁸⁰ 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 esperto⁸¹. Tali elementi sono causa di non poche criticità ed errori nell'individuazione della vulnerabilità, col rischio di compromettere, inevitabilmente, anche il più efficiente degli impianti legislativi di protezione⁸². Con l'estensione della videoregistrazione a tutti i dichiaranti, a prescindere dalla 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*»⁸³, 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 investigativa⁸⁴. 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 ricordo⁸⁵; come evidenziato, non a caso, dalla Carta di Noto che, ad esempio, per i minori, prescrive l'obbligatorietà della documentazione rafforzata⁸⁶.

Ecco che la riforma in tema di videoregistrazione finisce, così, con l'assumere anche una funzione di bilanciamento rispetto alla contrazione del contraddittorio, generata dagli strumenti di tutela del vulnerabile.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Art. 22, par. 1, direttiva 2012/29/UE

⁸² 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.

⁸³ Corte EDU, 24 febbraio 2005, *Sottani c. Italia*; Corte EDU, 12 febbraio 2004, *Perez c. Francia*, §72. Corte EDU, 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

⁸⁴ 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.

⁸⁵ N. PASCUCCI, *La testimonianza delle persone offese particolarmente vulnerabili alla luce della direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 9.

⁸⁶ La videoregistrazione è prescritta dai punti 8 e 21 della *Carta di Noto*.

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 (cfr. par. 3).

L'Italia, tuttavia, rientra tra i Paesi già dotati di importanti "fattori di bilanciamento" da un punto di vista normativo,⁸⁷ come quelli già indicati in precedenza.

5. Alcune considerazioni conclusive

Le riflessioni sulla natura suggestivamente definita "anfibia"⁸⁸ delle misure di protezione, quale strumento di tutela della *persona* vulnerabile e della *prova* dichiarativa dalla stessa proveniente - specialmente laddove le vittime rappresentano la principale prova d'accusa - consentono di avvalorare, maggiormente, la tesi sulla 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»⁸⁹, 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 matrice europea, con la tradizionale tutela internazionale accordata 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 - ostacola, 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.⁹⁰ e buona pace, per l'imputato, di una vera elaborazione dialettica della prova.

⁸⁷ S. RECCHIONE, Atti del convegno, *Questioni in tema di prova dichiarativa Alla continua ricerca di un equilibrio*, Corte di cassazione, Roma, 6 giugno 2022.

⁸⁸ M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Sistema penale*, 1/2015, pag. 13.

⁸⁹ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 68.

⁹⁰ Cass. pen., sez. III, 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 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. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit.