



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2019, n. 3

EDITORIALE
SCIENTIFICA





Indice-Sommario

2019, n. 3

Editoriale

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere: qualche considerazione sugli sviluppi normativi in materia di cooperazione giudiziaria p. 1
Angela Di Stasi

Saggi e Articoli

Integrazione degli immigrati e rispetto della diversità culturale nel diritto dell'Unione europea p. 9
Paolo Fois

La circolazione degli atti pubblici nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia p. 20
Alessandra Zanobetti

La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado p. 36
Rosario Espinosa Calabuig

Commenti e Note

Litispendenza comunitaria ed *electio fori*: la deroga al criterio della prevenzione temporale secondo l'art. 31, par. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012 p. 58
Michela Capozzolo

La Corte di giustizia UE afferma l'irrevocabilità della qualità di rifugiato e il carattere assoluto del divieto di respingimento. Quali indicazioni per il giudice nazionale? p. 83
Nicola Colacino

Il principio dei "*best interests of the child*" e la tutela della vittima minorenni nello spazio giuridico e giudiziario europeo p. 106
Alessio Gaudieri

Tristes, Solitarias y Finales: la Convenzione di Strasburgo del 1964 e la decisione quadro 2008/947/GAI sulla sorveglianza all'estero delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive p. 139
Alessandro Rosanò

DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo - Consigliere della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Claudia Morviducci, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente del Consiglio ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Professore a contratto, Università Cattolica - già Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Termano, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



IL PRINCIPIO DEI “*BEST INTERESTS OF THE CHILD*” E LA TUTELA DELLA VITTIMA MINORENNE NELLO SPAZIO GIURIDICO E GIUDIZIARIO EUROPEO

Alessio Gaudieri*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sul principio dei “*best interests of the child*” nel diritto onusiano. – 2. Interesse superiore del fanciullo e tutela dei minorenni nello spazio giuridico e giudiziario europeo. – 3. “Declinazioni” del principio nella giurisprudenza costituzionale: l’interesse superiore del fanciullo e la tutela della vittima minorenni nella sentenza della Corte costituzionale n. 92/2018. – 4. La vittima vulnerabile nelle fonti internazionali e l’adattamento della terminologia di vittima nell’ordinamento italiano. – 5. La tutela del minorenni tra “*best interests of the child*” e diritti della vittima nell’Unione europea. – 6. L’attuazione della direttiva 2012/29/UE nell’ordinamento spagnolo ed italiano. – 7. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. Considerazioni preliminari sul principio dei “*best interests of the child*” nel diritto onusiano

Mentre si registra il crescente riconoscimento in capo all’individuo di forme, sia pur limitate, di soggettività internazionale¹, il richiamo al principio dei “*best interests of the*

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche - curriculum internazionalistico-europeo-comparato, Università degli Studi di Salerno. Tirocinante giudiziario presso il Tribunale di Salerno - Sezione GIP/GUP. Indirizzo e-mail: agaudieri@unisa.it.

¹ Così B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2018, p. 23 ss. V. anche A. DI STASI, *La personalità internazionale dell’individuo: contenuto e limiti di una possibile “soggettività attiva” nell’ordinamento internazionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2011, pp. 191-222. Tale teoria trae spunto dal moltiplicarsi di norme convenzionali che obbligano gli Stati a tutelare i diritti fondamentali dell’uomo, anche con il ricorso da parte dell’individuo – che gode di un potere di azione – ad organi internazionali. Del pari, è innegabile che ancora oggi la comunità internazionale resta legata ad una struttura composta da governanti e non da governati, seppur tale condizione vada sbiadendosi nel tempo. Sulla personalità internazionale dell’individuo, si veda, *ex multis*, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1974, p. 348; G. SPERDUTI, *L’individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950; G. ARANGIO-RUIZ, *L’individuo e il diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 561 ss.; A. CASSESE, *Individuo (dir. intern.)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1971, p. 184; A. CLAPHAM, *The Role of the Individual in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 25 ss.; R. MC CORQUODALE, *The individual and the international legal system*, in *International law*, a cura di M.D. EVANS, Oxford, 2006, 307; G. GAJA, *The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 11 ss.; B. GRZESZICK, *Rechte des Einzelnen im Völkerrecht*,

child” quale garanzia dell’interesse preminente del fanciullo, è divenuto sempre più ricorrente tanto negli atti internazionali che nella prassi giurisprudenziale.

Come è noto, tale principio si pone a fondamento della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989², ma esso è richiamato, altresì, in molteplici fonti sovranazionali, ove spesso assume qualità e significati ulteriori.

Siffatta Convenzione afferma che il minore necessita di una protezione e di cure particolari a causa della mancanza di maturità fisica ed intellettuale, ivi compresa una protezione legale appropriata. Pur ponendosi come fonte principale di affermazione di tale principio, essa rammenta che nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, le Nazioni Unite proclamarono la sussistenza del diritto a un aiuto ed a un’assistenza particolari nella sfera giuridica dei fanciulli, evidenziando la necessità di concedere una protezione speciale ai bambini che era già enunciata nella Dichiarazione di Ginevra del 1924 sui diritti del fanciullo e nella Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo adottata dall’Assemblea Generale il 20 novembre 1959 e riconosciuta non solo nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, ma anche nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici³ e nel Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali⁴.

in *Archiv des Völkerrechts*, 2005, p. 312 ss.; F. ORREGO-VICUÑA, *Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, p. 53 ss.; K. PARLETT, *The Individual and Structural Change in the International Legal System*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 60 ss.; A. PELLET, *Le droit international à l’aube du XXIème siècle*, in *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, Pamplona, 1997, I, p. 83; R. PISILLO MAZZESCHI, *International Obligations to Provide for Reparation Claims?*, in *Colloquium on Individual Reparation Claims Entailed by Human Rights Violations*, Berlino, 1997; R. QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padova, 1935; P.P. REMEC, *The position of the individual in international law*, The Hague, 1960; G. SALVIOLI, *L’individuo in diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1956, p. 5 ss.; F.A. SATCHIVI, *Les sujets de droit – Contribution à l’étude de la reconnaissance de l’individu comme sujet direct du droit international*, Parigi, 1999, p. 592; M.R. SAULLE, *Individuo (nell’ordinamento internazionale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990; L.B. SOHN, *The New International Law: Protection of the Rights of the Individuals rather than States*, in *The American University Law Review*, 1982, p. 1 ss.; O. SPIERMANN, *The LaGrand case and the Individual as a Subject of International Law*, in *Austrian Journal of Public and International Law*, 2003, p. 197 ss.; J. SPIROPOULOS, *L’individu et le droit international*, in *Recueil des Cours*, V- 1929, p. 158 ss.

² La Convenzione è stata ratificata dall’Italia con Legge del 27 maggio 1991, n. 176 ed è attualmente il trattato sui diritti umani maggiormente ratificato al mondo. La sua adozione da parte dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite (nel 2019 si celebra il 30° anniversario) è stata determinante nel migliorare la vita di bambini, bambine e adolescenti e ha contribuito a cambiare la percezione relativa all’infanzia e all’adolescenza, garantendo a bambini e ragazzi un nuovo protagonismo. È composta da 54 articoli e da tre Protocolli opzionali, relativi ai bambini in guerra, allo sfruttamento sessuale e alle procedure di reclamo, che consente anche ai minorenni (singolarmente o in gruppo) di sollevare reclami relativi a specifiche violazioni dei propri diritti. Il testo è suddiviso in tre parti. La prima contiene l’enunciazione dei diritti (artt. 1-41), la seconda individua gli organismi preposti e le modalità per il miglioramento ed il monitoraggio della Convenzione (artt. 42-45), la terza descrive la procedura di ratifica (artt. 46-54). La Convenzione ha adottato anche un meccanismo di controllo sull’operato degli Stati, i quali devono presentare al Comitato ONU sui diritti dell’infanzia un rapporto periodico sull’attuazione dei diritti dei bambini e degli adolescenti nel proprio Paese. A gennaio 2019 l’Italia ha presentato il nuovo rapporto a tale Comitato al fine di consentire la verifica dello stato di attuazione della Convenzione.

³ In particolare, negli artt. 26 e 24.

⁴ In particolare, all’art. 10.

Al riguardo, l’art. 3 della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza ritiene preminente l’interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni relative a quest’ultimo di competenza delle istituzioni sia pubbliche sia private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi. Pertanto, gli Stati si impegnano ad assicurare ai fanciulli la protezione e le cure necessarie al loro benessere, adottando tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati⁵.

La scaturigine del principio è, sì recente, ma certamente precedente alla Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza. L’interesse superiore del fanciullo («*best interests of the child*»), considerazione preminente («*a primary consideration*») di quest’ultimo in tutte le decisioni che lo riguardano, si è affermato già nel corso dell’Ottocento nell’ambito del diritto privato di famiglia degli ordinamenti nazionali, quale criterio guida per le decisioni giudiziali relative ai minori, con riguardo ai contenziosi aventi ad oggetto l’affido dei figli in seguito alla separazione dei genitori e la disciplina dell’adozione⁶. Nel Novecento esso si consolida nell’ambito del diritto internazionale⁷, sino ad assurgere a principio fondamentale sotteso alla già citata Convenzione onusiana.

⁵ L’art. 4 della Convenzione pone, poi, specifici doveri in capo agli Stati, affinché adeguino i propri ordinamenti interni a tali principi anche con norme e provvedimenti di dettaglio. Nello specifico, gli Stati si impegnano ad adottare «tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi ed altri, necessari per attuare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione».

⁶ Così S. SONELLI, *L’interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, n. 4, p. 1373 ss. Sul punto, si veda anche E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; L. LENTI, *Interesse del minore e scissione della famiglia in diritto comparato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, n. 4, p. 38. Per una ricostruzione storica sulla nascita del concetto di *best interest of the child*, v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 86 ss. Con riferimento all’ordinamento francese e alla rilevanza del criterio nella giurisprudenza interna precedente l’adozione della CRC, si veda J. RUBELLIN DEVICHI, *The Best Interests Principle in French Law and Practice*, in P. ALSTON (ed.), *The Best Interests of the Child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford-New York, 1994, p. 259 ss. Per un’analisi dell’evoluzione del principio come affermatosi nella giurisprudenza degli Stati Uniti e della Gran Bretagna, si veda L. M. KOHM, *Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence*, in *Journal of Law and Family Studies*, 2008, p. 337 ss. Nel contesto anglo-americano la dottrina ha avviato un’ampia discussione causata da uno sviluppo precoce ed un’applicazione estesa e consolidata del principio. Sul punto, si veda M. FREEMAN, *Children’s Rights*, Aldershot-Burlington, 2004; C. BREEN, *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*, The Netherlands, 2002. KOHM afferma che «*the doctrine of the best interests of the child is genuinely and uniquely American*» (p. 339; v. anche p. 351). In realtà ai tempi dei lavori preparatori della Convenzione lo *standard*, o comunque la sua *ratio*, risultava familiare a molti ordinamenti nazionali, anche se inteso e declinato in modo differente a livello nazionale: cfr. P. ALSTON, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, in P. ALSTON (ed.), *The Best Interests of the Child*, op. cit., p. 5: «[...] despite its very limited jurisprudential origins, the principle has come to be known in one form or another to many national legal systems and has important analogues in diverse cultural, religious and other traditions. This commonality contrast sharply, however, and potentially very revealingly, with the very diverse interpretations that may be given to the principle in different settings».

⁷ Ad esempio, si veda la Convenzione delle Nazioni Unite sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna, adottata il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, artt. 5, lett. b) e 16, par. 11, lett. d). L’art. 24, par. 1 del Patto Onu sui diritti politici e civili, adottato il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, incorpora il diritto ad una particolare protezione del minore in considerazione del suo *status*.

Rispetto ai precedenti strumenti che accolgono una visione del minore come soggetto passivo, la Convenzione adotta una concezione del minore inteso come soggetto attivo, dotato di una propria autonomia e titolare dei diritti (*rights-holder*). Il minore non è più solo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive o di rapporti giuridici, ma è anche visto come titolare di situazioni giuridiche soggettive, esprimendo così una relazione esistente tra esso e le stesse situazioni giuridiche soggettive⁸.

La Convenzione delle Nazioni Unite non precisa cosa debba intendersi per interesse superiore del minore, ma il *General Comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* del Comitato dei diritti del fanciullo ne individua la finalità⁹. In primo luogo, il principio è declinato al plurale – in termini di *best interests* – lasciando intendere che non esiste un unico interesse del fanciullo, piuttosto un insieme di interessi preminenti da tutelare.

In secondo luogo, nell'affermare che l'art. 3, par. 1 costituisce un principio fondamentale finalizzato alla corretta interpretazione ed applicazione dei diritti previsti, il Comitato chiarisce che l'obiettivo dei *best interests* del minore è la garanzia del pieno ed effettivo godimento di tutti i diritti sanciti dalla Convenzione, oltre che uno sviluppo «olistico» del fanciullo¹⁰.

Il Comitato propone, dunque, tre definizioni: con la prima il *best interests of child* è inteso quale diritto sostanziale («*a substantive right*») ad ottenere la valutazione dei propri interessi – da considerare primari – quando devono essere vagliati interessi diversi e contrapposti in gioco al fine di raggiungere una decisione, e quale garanzia che tale diritto sarà garantito ogni volta che si deve prendere una decisione su un bambino, un gruppo di bambini identificati o non identificati, o minori come categoria generale. Esso rappresenta una intrinseca obbligazione in capo agli Stati contraenti, per cui è norma *self-executing* e può essere invocata direttamente innanzi un tribunale¹¹.

Una seconda definizione afferma che il “*best interests of the child*” è un principio interpretativo fondamentale («*a fundamental interpretative legal principle*»), ovvero se una disposizione è suscettibile di più interpretazioni, deve essere scelta quella che più efficacemente rispetta i *best interests of the child*¹².

⁸ Sui concetti giuridici di soggettività come centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive e di titolarità, v. classicamente A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 116 nonché N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico. (Obbligo-onere)*, Napoli, 1973, p. 44 ss.; ID., *Sul concetto di titolarità (persona fisica ed obbligo giuridico)*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1970, p. 501; P. PERLINGIERI, *Filosofi del diritto e civilisti a confronto*, in *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 315; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 673 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, p. 55; ID., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 2018, ove l'A. affronta ampiamente i temi.

⁹ Per il testo del commento generale n. 14 si rimanda al link: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en>.

¹⁰ Cap. V, A.2.

¹¹ Cap. I, par. 6, lett. a).

¹² Cap. I, par. 6, lett. b).

La terza nozione contenuta nel General Comment No. 14 ritiene che esso costituisca una regola di procedura («*a rule of procedure*»): ogni volta che occorre adottare una decisione che interessa un determinato minore o un gruppo di minori o i minori in generale, il processo attraverso cui si arriva alla decisione deve includere una valutazione del possibile impatto che tale decisione può avere sul minore o sui minori interessati.

Questi tre aspetti non danno un’idea precisa e definitiva di cosa siano i *best interests*, poiché esso è solo riconducibile a delle linee applicative. Infatti, si tratta di un concetto dinamico e sottoposto a più variabili, tanto che non è possibile “*to prescribe what is best for the child in any given situation at any point in time*” e il suo contenuto va quindi determinato caso per caso¹³.

La valutazione dei *best interests of child* richiede, tra l’altro, delle garanzie processuali come l’emersione nella motivazione della decisione del processo operato dal giudice e dei criteri di bilanciamento degli interessi in gioco.

Essendo dinamico, complesso, flessibile ed adattabile, il principio va declinato alla luce delle peculiarità e delle circostanze del caso concreto in cui è coinvolto il minore¹⁴. Nell’applicare la clausola generale dell’interesse del fanciullo, il giudice deve tener conto non di un interesse astratto, ma dell’interesse concreto del fanciullo, inteso come persona nella sua unicità ed irripetibilità della sua vicenda esistenziale, del contesto personale, familiare, sociale ed economico in cui egli vive. Solo considerando tali aspetti, calati in quel determinato momento storico ed in quell’ambiente, potrà assumere la decisione che meglio realizzi i suoi diritti¹⁵.

Ad ogni modo, il Comitato riconosce come in talune circostanze i *best interests of the child* possano entrare in conflitto con altri interessi o diritti. Questi vanno risolti in concreto, caso per caso, mediante un bilanciamento di interessi contrapposti e ricercando un adeguato compromesso («*suitable compromise*»); se poi non è possibile armonizzare le diverse posizioni contrapposte, i diritti vanno bilanciati tenendo presente che gli interessi del minore hanno un’alta priorità rispetto alle altre considerazioni¹⁶.

2. Interesse superiore del fanciullo e tutela dei minorenni nello spazio giuridico e giudiziario europeo

La tutela dell’interesse superiore del minore è un obiettivo ritenuto meritevole anche – anzi, soprattutto – in ambito europeo. Attualmente esso trova protezione sia nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea all’art. 24, sia nella Convenzione europea dei

¹³ Così in dottrina, L. PALADINI, *Best interest del minore e obblighi internazionali nella recente giurisprudenza italiana*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, n. 10, p. 2274.

¹⁴ Cap. IV, A, par. 3.

¹⁵ In tal senso, G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Politica del diritto*, 1998, n. 1, p. 169 ss.; C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, n. 4, p. 981 ss.

¹⁶ Cfr. Cap. IV, A, par. 4. Proprio in virtù di tale alta priorità, il Comitato suggerisce il carattere eccezionale delle circostanze in cui l’interesse del minore debba cedere dinanzi ad altre considerazioni («*other considerations override the best interests of the child*»): cfr. cap. V, B, lett. f).

diritti dell'uomo (CEDU) all'art. 8, così come interpretato dai giudici di Strasburgo. Entrambe le fonti sono richiamate dall'art. 6 TUE come parte integrante del diritto dell'Unione europea.

Invero, la CEDU non prevede espressamente il principio dell'interesse superiore del minore, ma è possibile ricavarlo dalle disposizioni generali della Convenzione così come interpretate dalla Corte. Il principio dell'interesse superiore del fanciullo si è, infatti, lentamente affermato nella giurisprudenza di Strasburgo parallelamente all'affermazione dei diritti dei minori. Sul punto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente fatto riferimento alla Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza quale strumento interpretativo nonché agli atti del Comitato dei diritti del fanciullo, in quanto organo di controllo istituito dalla Convenzione di New York¹⁷. In alcune sentenze si fa esplicito riferimento al *General Comment No. 14* ed alle indicazioni in esso contenute¹⁸: il tutto perché la Corte interpreta le norme della Convenzione anche alla luce degli altri strumenti e degli altri testi internazionali, tra cui la stessa Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha concesso una tutela dei minori sempre maggiore perché la giurisprudenza ha con il tempo riconosciuto i minori come titolari dei diritti in essa enunciati, assicurando loro un accesso diretto al meccanismo di tutela¹⁹. Ciò è avvenuto, ad esempio, anche con riferimento all'art. 6 in materia di giusto processo, laddove la situazione di vulnerabilità dei minori esige particolari garanzie nei contesti di restrizione della libertà personale e del processo²⁰.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, tuttavia, ritenuto necessario bilanciare l'interesse superiore del minore con altri interessi e diritti. Nel compiere tale bilanciamento, è obbligatoria la motivazione della decisione adottata al fine di individuare come la prospettiva di salvaguardia del minore è stata presa in carico.

¹⁷ In tal senso, S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, cit., p. 1373 ss. Sul principio dei “best interests of the child” nella giurisprudenza CEDU, si veda approfonditamente anche L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 148 ss.; In modo critico si è espressa B. CONNOLLY, *Best interests of the child v. the right to procreate: or how far does the law on surrogacy protect the best interests of the child?*, in *International Family Law Journal*, 2016, n. 2, p. 111 ss.

¹⁸ Tra i quali: Corte EDU, sentenza 16 luglio 2015, *Nazarenko c. Russia*, n. 39438/2013, par. 43 ss.; Corte EDU, sentenza 8 gennaio 2016, *Vujica c. Croazia*, n. 56163/2012, par. 56, 101-103; Corte EDU, sentenza 2 maggio 2016, *N.T.S. e altri c. Georgia*, n. 71776/2012, par. 41 ss., con riferimento sia al commento generale n. 14 sia al commento generale n. 12 in tema di diritto all'ascolto.

¹⁹ Sulla legittimazione ad agire e le condizioni di ricevibilità del ricorso, si veda A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, II ed., Milano, 2018, p. 62 ss.; A. SACCUCCI, *Commento all'art. 34 della Cedu*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 626 ss. e p. 628: «[...] la costante giurisprudenza degli organi convenzionali ha ammesso che questi [ndr. i minori] possano instaurare la procedura dinanzi agli organi convenzionali sia per tramite dei loro genitori o legali rappresentanti [...], sia in proprio ove abbia raggiunto un'età sufficientemente matura [...]».

²⁰ Sul punto, si veda Corte EDU, sentenza del 23 marzo 2016, *Blokhin c. Russia*, n. 47152/2006 e la giurisprudenza ivi citata.

L’interesse del minore deve, pertanto, essere oggetto di un accertamento in concreto, valutato caso per caso²¹.

In tale contesto, inoltre, vale la pena segnalare la Convenzione europea del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, che è uno strumento internazionale avente l’obiettivo di predisporre un compendio normativo utile alla prevenzione e repressione dello sfruttamento sessuale, sotto forma di pornografia e prostituzione in cui sono coinvolti i minorenni. Al suo interno è previsto un catalogo di regole da osservare nel caso di interviste ai minorenni, anche se testimoni dei fatti, finalizzate ad evitare gli eccessi investigativi tendenti a compromettere la stabilità psicologica del minore e la genuinità del risultato probatorio dichiarativo, nonché a gestire attraverso specialisti il percorso di sofferenza legato al ricordo traumatico di un evento subito dal minore e che egli deve rievocare²².

3. “Declinazioni” del principio nella giurisprudenza costituzionale: l’interesse superiore del fanciullo e la tutela della vittima minorenne nella sentenza della Corte costituzionale n. 92/2018

Procedendo con un equo bilanciamento tra il principio dell’interesse preminente del fanciullo e gli altri interessi e diritti contrapposti, la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 92/2018, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 398, comma 5, e 133 del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento all’art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli artt. 3 e 4 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Lecce.

Ivi la Consulta, dopo aver offerto un quadro generale dei principi e delle garanzie forniti dalla disciplina relativa alle modalità di ascolto del minore nel processo penale, evidenzia le problematiche applicative racchiuse nella normativa di riferimento. Nel

²¹ In tal senso, Corte EDU, sentenza 8 novembre 2016, *El Ghatet c. Svizzera*, n. 56971/2010, par. 47: «*In line with the principle of subsidiarity, it is not the Court’s task to take the place of the competent authorities in determining the best interests of the child, but to ascertain whether the domestic courts secured the guarantees set forth in Article 8 of the Convention, particularly taking into account the child’s best interests, which must be sufficiently reflected in the reasoning of the domestic courts*». V. anche, Corte EDU, sentenza 7 settembre 2017, *M.L. c. Norvegia*, n. 43701/2014, par. 58. Sulla valutazione in concreto, si veda, *inter alia*, il caso Corte EDU, 8 gennaio 2009, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, n. 41615/2007, par. 138.

²² In particolare, l’art. 35 della Convenzione di Lanzarote, rubricato “colloqui con il bambino”, afferma che le conversazioni con il minore abbiano luogo senza alcun ingiustificato ritardo dopo che i fatti siano stati segnalati alle autorità competenti, così da consentire di avviare nel più breve tempo possibile un percorso di rielaborazione del trauma subito, al fine di evitare danni psicologici; i colloqui abbiano luogo, ove opportuno, presso locali concepiti o adattati a tale scopo, mediante l’ausilio di professionisti, e il minore sia accompagnato dal suo legale rappresentante o da un maggiorenne di sua scelta, salvo decisione contraria, motivata e assunta nei riguardi di tale persona; il numero dei colloqui sia limitato al minimo strettamente necessario alle esigenze della giustizia e, ove opportuno, che siano registrati mediante riprese audiovisive, così da poter essere utilizzate come prova durante il procedimento penale. Inoltre, l’art. 36 della stessa Convenzione prevede la possibilità dello svolgimento del processo a porte chiuse e l’audizione a distanza.

motivare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, ha modo di chiarire che il giudice di prime cure ha sviluppato le proprie argomentazioni attraverso una visione eccessiva dell'obbligo da parte dello Stato italiano di considerare preminente l'interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni che riguardano il suo benessere, in ragione di una disciplina di cui agli artt. 3 e 4 dell'evocata Convenzione di New York che risulta essere generalissima.

Per rispondere al giudice di merito, la Consulta utilizza il consueto canone del bilanciamento dei valori contrapposti, ponendo, da un lato, la tutela della personalità del minore ed i *best interests of the child*; dall'altro i principi e le garanzie del processo penale, come il principio del contraddittorio, del diritto di difesa, della competenza territoriale e del giudice naturale. Tale bilanciamento operato dalla normativa processuale vigente risulta adeguato e pienamente rispettoso della protezione del minore.

A parere della Corte, l'esigenza cui si fa fronte con tale disciplina è la preservazione del minore dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre in ragione della specifica condizione in cui versa il soggetto vulnerabile, e non quella di evitare qualsiasi tipo di disagio inevitabilmente connesso all'ufficio assunto. Del resto, la Corte non può tacere sul fenomeno principale che ha spinto il legislatore ad intervenire ai fini di una maggior tutela del soggetto vulnerabile: la cd. "vittimizzazione secondaria"²³.

La questione posta alla Corte costituzionale era indubbiamente rilevante e non manifestamente infondata. Infatti, nel giudizio *a quo* si procedeva per il reato di maltrattamenti contro familiari o conviventi, a danno di una persona offesa minore di anni diciotto, la quale asseriva di aver subito violenze dal convivente della madre. A seguito di tali fatti, il ragazzo si trasferiva in una regione diversa dal luogo dove si consumò presumibilmente il delitto, mentre il processo si incardinava correttamente innanzi al giudice competente per territorio.

Nel corso dell'udienza preliminare, l'imputato, previa istanza, richiedeva che si procedesse con incidente probatorio²⁴ all'escussione del minore, ai sensi dell'art. 392,

²³ Infatti, i minori possono subire un trauma psicologico proprio a causa dell'insieme di fattori di matrice processuale idonei ad incidere sulla propria sfera emozionale come, ad esempio, la deposizione in pubblica udienza in un'aula di tribunale, in presenza dell'imputato, operata anche attraverso la risposta ad una serie di domande – molto spesso a batteria – suscettibili di generare tensione. Situazione, quest'ultima, che ben può incidere in maniera determinante sulla capacità della vittima vulnerabile di comunicare in modo cristallino, rievocando correttamente e con precisione i fatti che l'hanno coinvolta, con il serio rischio di minare la genuinità della prova.

²⁴ Sull'incidente probatorio si veda, *ex multis*, L. KALB, *Incidente probatorio*, in A.A. DALIA (a cura di), *Il giudizio di primo grado*, 1991, p. 281 ss. Sulla possibilità di disporre l'incidente probatorio anche in udienza preliminare, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 1994, si veda, nell'ampissima dottrina, M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Milanofiori Assago, 2015, p. 487; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 871 s.; G. GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996, p. 214 ss.; L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, p. 545 e s.; K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, a cura di G. GARUTI, III, Torino, 2009, p. 599 ss.; S. SAU, *Art. 392 c.p.p.*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2007, p. 3505 ss.; G. SPANGHER, *L'incidente probatorio*, in *La pratica del processo penale*, Padova, 2012, p. 199 ss.; L. SURACI, *L'Incidente probatorio*, in L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino, II, 2015, p. 892 ss.; P. TONINI, *L'incidente probatorio*

comma 1-*bis*, c.p.p. Il giudice, con ordinanza, accoglieva tale richiesta, fissando una nuova udienza davanti a sé per l’espletamento dell’incidente probatorio. Però, il minore, che ormai aveva stabilito la propria dimora in un luogo non compreso nel circondario del Tribunale presso cui è il giudice che procedeva, si rifiutava di comparire, adducendo uno stato di ansia e di forte disagio che lo investiva al pensiero di incontrare l’imputato e di ritornare nei luoghi che egli associava ai fatti di maltrattamento subiti e che gli attribuisce.

Il giudice, non ravvisando né i presupposti per poter delegare l’incidente probatorio al giudice del luogo ove dimora il minore, né le condizioni per un ascolto di questi a domicilio, disponeva l’incidente probatorio innanzi a se stesso, con le cautele ritenute necessarie per evitare qualsiasi tipo di contatto diretto, anche solo visivo, tra la persona offesa e l’imputato, stabilendo non solo orari diversi di arrivo per entrambi, ma anche il divieto per l’imputato di comparire prima di un determinato orario, in modo da garantire al minore la possibilità di raggiungere i luoghi destinati all’esame in modalità protetta, creando così una forma di isolamento tra i due, funzionale alla tutela delle garanzie del soggetto vulnerabile. Disponeva, inoltre, che l’escussione del minore venisse effettuata mediante l’uso di un vetro specchio, in presenza di uno psicologo, e con videoregistrazione²⁵.

Inoltre, confermava l’inesistenza dei presupposti che gli avrebbero consentito di esperire l’esame del teste a domicilio, tanto ai sensi dell’art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.²⁶, quanto ai sensi dell’art. 502 c.p.p., atteso che il forte senso di disagio non avrebbe costituito una ipotesi di assoluta impossibilità a comparire, derivante da legittimo impedimento.

nell’udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa, in *Cassazione penale*, 1994, p. 1994 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIX edizione, Milano, 2018, p. 640 ss.

²⁵ Il giudice precisava che l’esperimento dell’incidente probatorio presso i luoghi di dimora del minore non avrebbe offerto nessuna garanzia ulteriore rispetto a quelle già predisposte, atteso che, ai sensi dell’art. 401, comma 3, c.p.p., l’imputato aveva comunque il diritto di assistere all’incidente probatorio quando questo consista nell’esame di un testimone, e che le esigenze del minore erano state già considerate e tutelate con l’applicazione delle disposizioni dell’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., avendo previsto che il suo esame avvenisse in modalità protetta presso idonee strutture appositamente attrezzate, reperibili sul territorio del circondario presso il Tribunale che procedeva. Da tali premesse, il giudice ne ricavava l’inesistenza di controindicazioni all’esame del minore nel circondario presso il giudice che procedeva, eliminando – a suo dire – qualsiasi ostacolo anche al pieno esercizio del diritto di difesa dell’imputato, altrimenti caricato di difficoltà (soprattutto economiche) non necessarie, e preservando, inoltre, il principio che assegna la competenza territoriale al giudice del *locus commissi delicti*.

²⁶ Il giudice aveva modo di chiarire che la norma consente l’esame a domicilio solo laddove non esistano strutture specializzate di assistenza. La *ratio*, infatti, non sarebbe quella di limitare i disagi di un’eventuale trasferta, piuttosto risponderebbe alle esigenze di tutela delle persone che potrebbero essere lese da un esame che avvenisse in udienza in presenza delle parti. Dunque, il legislatore avrebbe considerato le particolari difficoltà emotive, che potrebbero sfociare in danni psicologici ed evolutivi, cui andrebbe incontro un minore sottoposto ad esame e controesame nell’aula d’udienza in diretto contatto con le parti, ivi compresi i soggetti che avrebbero eventualmente abusato di lui. Allora, la tutela si appresterebbe solo in funzione dei luoghi in cui si tiene il processo (inteso, ad esempio, come aula d’udienza), e non anche in funzione dei luoghi in cui si è consumato il presunto reato (inteso come territorio geografico) e che indirettamente potrebbero influenzare l’escussione della testimonianza, qualora il luogo geografico della consumazione del reato coincida con quello dell’incidente probatorio. Si tratterebbe, dunque, di una protezione dal processo e non dai luoghi di consumazione del reato in cui si tiene il processo.

All'udienza fissata per l'esperimento dell'incidente probatorio il minore, però, non comparve. Pertanto, il rimettente riteneva che l'unico strumento che avesse a disposizione fosse quello dell'accompagnamento coattivo ad opera della forza pubblica. Tuttavia, era pienamente consapevole che tale atto avrebbe potuto cagionare un non lieve danno al benessere del minore, il quale avrebbe potuto subire un ulteriore trauma a causa delle modalità con cui gli agenti della polizia giudiziaria avrebbero agito nei suoi confronti. Per questo, poneva dubbi circa la legittimità costituzionale di tale quadro normativo. Una simile situazione, caratterizzata dall'arretramento degli interessi del minore rispetto a quelli dell'imputato e del processo, si sarebbe posta, quindi, in contrasto con il dettato dell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, ratificata con legge n. 176 del 27 maggio 1991²⁷.

Rifacendosi a quanto indicato dalla stessa Corte costituzionale con le «sentenze gemelle» del 2007²⁸ circa la vincolatività delle convenzioni internazionali, il giudice *a quo* sollevava la questione di legittimità costituzionale degli artt. 398, comma 5 e 133, c.p.p., in quanto violerebbero l'art. 117, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, poiché in contrasto con le norme della Convenzione sui diritti del fanciullo²⁹.

²⁷ Tale disposizione impone alle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, ai tribunali, alle autorità amministrative e agli organi legislativi di considerare preminente l'interesse superiore del fanciullo in tutte le decisioni che lo riguardano, e quindi anche nella disciplina degli atti processuali, così assicurandogli la protezione e le cure necessarie al suo benessere.

²⁸ In sintesi, le sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale affermano che l'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali. Tali obblighi limitano l'attività normativa dello Stato, poiché si pongono in una posizione intermedia tra le norme costituzionali e le norme ordinarie, essendo "norme interposte". Infatti, l'art. 117 Cost. realizzerebbe un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente. In caso di contrasto tra norma interna e l'obbligo internazionale, il giudice nazionale, in sede di applicazione della norma, deve individuare, ove possibile, l'interpretazione compatibile con l'obbligo internazionale. Nel caso in cui ciò non sia possibile, dovrà rilevare il contrasto con tale obbligo, mediante l'art. 117, comma 1, Cost., e promuovere il giudizio di legittimità costituzionale. Per un approfondimento, sul punto di veda A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 87 e ss.

²⁹ Tali norme, infatti, avrebbero generato un *vulnus* nella tutela della minore, in quanto non consentendo di delegare, nei casi considerati, l'incidente probatorio al giudice del luogo di residenza del minore e, di conseguenza, imponendo di azionare l'istituto dell'accompagnamento coattivo, davano, di fatto, prevalenza alle esigenze di «razionale distribuzione degli affari e di agevolazione del diritto di difesa» su quelle della serenità e del benessere del minore, destinate ad essere principi recessivi rispetto alle prime.

Infatti, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Lecce aveva dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 398, comma 5 e 133 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost. con riferimento ai principi di cui all'art. 3 e 4 della Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con legge n. 176/1991, nella parte in cui non prevedono che, laddove la mancata comparizione del testimone minore sia dovuta a situazioni di disagio che ne compromettono il benessere, e sia possibile avviare ad esse procedendo all'esame del minore presso il tribunale competente in relazione al luogo della sua dimora, non possa ritenersi giustificata la sua mancata comparizione e rogarsi il compimento dell'incidente al GIP del tribunale nel cui circondario risiede il minore.

In sentenza, la Corte costituzionale ha evidenziato lo sforzo del legislatore di approntare uno strumentario capace di preservare la serenità del testimone, garantendo, al contempo, una completa ed attendibile ricostruzione dei fatti. Gli attrezzi contenuti nella cassetta del giudice – via via riempitasi di nuove strumentazioni – sono compendati analiticamente in sentenza.

Nel ricostruire sistematicamente le regole stabilite per l'esame del minore, la Corte costituzionale ha modo di soffermarsi sui criteri con cui l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. modella le modalità di tutela del minore, in virtù del grado di vulnerabilità da esso patito. La disposizione lascia in capo al giudice un'ampia discrezionalità circa la scelta delle modalità di escussione del teste minorenne. Infatti, tale scelta deve basarsi sulle concrete esigenze di tutela del soggetto vulnerabile, da valutare secondo i criteri della necessità e della opportunità, fermo restando il rispetto del principio del contraddittorio.

Ma, probabilmente, la chiave di volta del caso, che ha consentito di portare al rigetto della questione sollevata, sta nella circostanza per cui il giudice *a quo* non ha escluso di potersi recare fuori dal circondario per assumere la testimonianza del minore, «quando ciò occorra»³⁰.

Infatti, se l'obiettivo della Convenzione di New York è quello di preservare il benessere del fanciullo, non vi si ravvisa alcun nesso funzionale tra tale obiettivo e la necessità di delegare l'incidente probatorio ad altro giudice³¹. Pare più opportuno, invece, che, nel ritenere i “*best interests of the child*” come principio interpretativo fondamentale, l'ordinanza si concentrasse sulla rimozione di alcuni ostacoli posti nella normativa, pur nel pieno rispetto dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa³².

Orbene, il sistema processuale vigente offre già al giudice un ampio e duttile complesso di strumenti di salvaguardia della personalità del minore chiamato a rendere la testimonianza. Infatti, tale assetto è stato valutato dalla Corte adeguato ai fini della soddisfazione, da una parte, delle esigenze di protezione del minore; dall'altra, delle esigenze che derivano dal diritto di difesa e del contraddittorio.

La Consulta, però, si spinge oltre, sino a ritenere che, se anche il ricco *corpus* normativo di cui dispone il giudice non fosse idoneo a rimuovere tutte le difficoltà emotive connesse all'esame, comunque dovrebbe rilevarsi che l'esigenza da soddisfare non è quella di evitare al minore i disagi necessariamente connessi al fatto di dover rendere testimonianza, ma sarebbe unicamente quella di preservare il teste vulnerabile dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre in rapporto alla peculiare condizione del soggetto. Se così è, bisognerebbe allora ammettere che il

³⁰ È proprio in questa possibilità che si manifesta in maniera dirompente l'ampia portata dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.: se è possibile per il giudice spostarsi in un luogo fuori dal circondario, allora «la pretesa di delegare l'incombenza al giudice per le indagini preliminari del luogo», in assenza dei presupposti dell'urgenza e dell'impossibilità dello svolgimento dell'incidente probatorio innanzi al giudice competente, come indicato dall'art. 398, comma 5, c.p.p., è «eccentrica», anche in riferimento alle norme internazionali evocate.

³¹ Cioè, non si ravvisa alcuna tutela del benessere del minore nella possibilità di poter demandare ad altro giudice l'escussione testimoniale, poiché è del tutto indifferente che la testimonianza venga assunta dal giudice che ha disposto l'incidente probatorio o dal giudice del luogo in cui la prova deve essere espletata. Pertanto, sulla base di tali motivazioni, la Costituzionale dichiarava non fondata la questione di legittimità costituzionale.

³² Ed infatti, chiedere un nuovo strumento di tutela alternativo alla già ampia gamma esistente è risultata scelta poco efficace, in quanto la Corte costituzionale, con estrema facilità, ha poggato l'infondatezza delle censure sulla constatazione che l'ordinamento assicura nel complesso un grado di protezione soddisfacente al testimone minorenne. In tal senso, C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, n. 2, p. 0815C ss.

processo stesso è una sanzione – sempre e comunque – non solo per l'imputato ma anche per la vittima e che la vittima è costretta a subirla.

È, dunque, necessario comprendere come applicare ed interpretare le norme a tutela delle vittime vulnerabili alla luce del principio dell'interesse preminente del fanciullo quando in gioco vi è la tutela di una vittima minorenni. In particolare, l'interrogativo da porsi è in che modo il principio dei “*best interests of the child*” si leghi indissolubilmente ai principi che governano la tutela della vittima vulnerabile, al fine di valutare la completezza e l'idoneità degli strumenti attualmente utilizzabili, nonché delle fonti poste a tutela del minore che assume lo *status* di vittima.

4. La vittima vulnerabile nelle fonti internazionali e l'adattamento della terminologia di vittima nell'ordinamento italiano

Nell'occuparsi della vittima vulnerabile minorenni, oltre a considerare il principio dell'interesse superiore del fanciullo, bisogna correttamente applicare anche i diritti – sia generali sia particolari – riconosciuti alle vittime in generale. Ma cosa si intende per vittima? Tale terminologia è adottabile nell'ordinamento italiano?

La dottrina, quasi unanimemente, ritiene improprio l'utilizzo del termine “vittima” nell'ordinamento italiano³³, nonostante sia le fonti sovranazionali sia le fonti nazionali utilizzino con maggior frequenza tale termine³⁴. Si preferisce parlare piuttosto di soggetto passivo del reato, con riferimento al titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice violata, di persona offesa e di danneggiato sull'assunto che l'ordinamento del diritto penale e processuale penale italiano riconosce e prevede la tutela di due diverse categorie di soggetti: chi ha subito l'offesa o chi il danno dal reato³⁵.

³³ In tal senso, *ex multis*, F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 110 ss.; L. BRESCIANI, *Persona offesa dal reato*, in *Digesto (discipline penalistiche)*, Torino, 1995, p. 527; G. DARAIÒ, *La rilevanza del «sapere» della vittima del reato ai fini del giudizio sulla fondatezza dell'accusa penale e della connessa pretesa risarcitoria*, in *Le Corti salernitane*, 2005, n. 1, p. 191 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, p. 189; G. GULLOTTA, *La vittima*, Milano, 1976; R.E. KOSTORIS, *La tutela della persona offesa nel procedimento penale*, in *La vittima del reato, questa dimenticata, Atti dei Convegni dei Lincei*, n. 175, Roma, 2001, p. 46 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 2017, p. 223 ss.; A. PAGLIARO, *La rilevanza della vittima nel diritto penale sostanziale*, in *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001, p. 29; P. NUVOLONE, *La vittima nella genesi del diritto*, in *L'indice penale*, 1973, p. 640; A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 41 ss.; F. RUGGERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 4329; G. TRANCHINA, *Premesse per uno studio sulla rilevanza della vittima nella dinamica dei fatti criminosi*, in *Tommaso Natale*, 1975, p. 36 ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, p. 2; G.P. VOENA, *La tutela del danneggiato nel processo penale*, in *La vittima del reato, questa dimenticata, Atti dei Convegni dei Lincei*, n. 175, Roma, 2001, p. 5s.

³⁴ Si pensi all'ordinamento francese, dove il termine “*victime*” è ormai utilizzato frequentemente nelle fonti, già a partire dal 1970, anno in cui compare per la prima volta nel codice di procedura penale, senza però darne una definizione. Nell'ordinamento anglosassone ed in quello anglo-americano si utilizza il termine “*victim*”, in Germania “*der Verletzter*”, mentre in Spagna “*víctima*”.

³⁵ In tal senso, P.P. PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, 1, Milano, 2008, p. 593; A.A. SAMMARCO, *La tutela della “vittima” del reato*, in L. KALB (a cura di), «*Spazio europeo*

Recentemente, anche il legislatore italiano, restò ad intervenire in materia, ha mutuato tale terminologia introducendola nel codice di procedura penale, recependo quindi gli influssi provenienti dagli altri ordinamenti, in particolar modo quelli sovranazionali³⁶. Inoltre, la Corte costituzionale ha dimostrato di essere fortemente innovativa, cominciando ad utilizzare tale termine³⁷. Ciò è giustificato dall’assunto che, nonostante non sia stata adottata una definizione di vittima nelle fonti interne, è comunque possibile mutuare quest’ultima dalle fonti sovranazionali, in particolare da quelle dell’Unione europea. Infatti, pur non coincidendo le due nozioni di persona offesa e danneggiato dal reato, pare ammissibile che le due discipline si sovrappongano³⁸.

In ambito internazionale, l’Onu ha mostrato interesse al tema della tutela della vittima di reato a partire dal 1980 quando ha iniziato ad elaborare una serie di atti in materia di protezione delle vittime a seguito del VI congresso mondiale sulla prevenzione del

di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali, Torino, 2012, p. 381. Altra parte della dottrina ritiene che l’utilizzo di tale terminologia, anche se oggetto di critica poiché ritenuta impropria in quanto atecnica ed evocante implicitamente prospettive socio-psicologiche, sembra che meglio sottolinei la dimensione individualistica dell’offesa subita con il reato, rispetto alla locuzione “persona offesa”. L’assunto che le fonti sovranazionali e la Costituzione italiana sanciscono il principio di innocenza induce a ritenere più corretto far riferimento alla “presunta vittima” (*alleged victim*) fino a quando la responsabilità dell’accusato non sia stata dimostrata in giudizio o fintanto che non si sia verificata in giudizio l’esistenza storica del fatto-reato e la sua riferibilità – dal lato passivo – ad un determinato soggetto. Per un approfondimento su quest’ultima tesi, L. SCOMPARIN, *Il ruolo della vittima nella giurisdizione penale internazionale: alla ricerca di una possibile mediazione fra modelli processuali*, cit., p. 365 ss.

³⁶ Il termine “vittima” è utilizzato nel codice di procedura penale per quattro volte in tre articoli: nell’art. 498, comma 4-ter, c.p.p. in tema di audizione dei testimoni con modalità protette e, a seguito delle modifiche introdotte con L. 11 gennaio 2018, n. 4, negli artt. 316, comma 1-bis, c.p.p. e 539, comma 2-bis c.p.p. È stato osservato che con l’attuazione nell’ordinamento italiano della Direttiva 2012/29/UE si è definitivamente ampliato il concetto di vittima, ricomprendendovi anche soggetti che – pur non subendo direttamente il reato – sono costretti ad assistervi, con conseguente stemperamento della distinzione tra persona offesa e testimone: sul punto, v. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in www.laegislazionepenale.eu, 4 luglio 2016, p. 28. Per uno studio in tema di diritto di accesso al giudice della vittima, v. M. GIALUZ, *Il diritto alla giurisdizione dell’imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell’ordinamento italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, n. 1, p. 75 ss., che riproduce e approfondisce il testo della relazione orale presentata al XXXII Convegno nazionale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale Giandomenico Pisapia su “*Diritti e nuove sfide del processo penale*”, Salerno, 25-27 ottobre 2018.

³⁷ Ad esempio, si veda la sentenza della Corte costituzionale del 13-29 gennaio 2005, n. 63, e da ultime, la nota sentenza del 7 giugno 2019, n. 141 in tema di libertà sessuale e favoreggiamento della prostituzione e la sentenza del 18 luglio 2019, n. 188 relativa alla legittimità dell’art. art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà).

³⁸ Si pensi all’ipotesi in cui l’offeso sia anche danneggiato dal reato. In tale caso, le due discipline si cumulano: il soggetto che ricade nel regime di doppia tutela, nella fase delle indagini preliminari, potrà esercitare i poteri riconosciuti dal codice in quanto persona offesa dal reato, mentre, nelle successive fasi del processo penale, in quanto danneggiato, potrà acquisire lo *status* di parte processuale mediante la costituzione di parte civile finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno cagionato dal reato. Sul punto, v. A.A. SAMMARCO, *La tutela della “vittima” del reato*, cit., p. 382; A.A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, p. 491 ss.

crimine e sul trattamento dei criminali, ove viene elaborata l'idea di un *corpus* contenente i diritti della vittima³⁹.

La definizione più risalente nell'ordinamento giuridico internazionale è, invece, contenuta nella Dichiarazione dei principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 29 novembre 1985⁴⁰. Ai sensi dell'art. 1 le vittime sono coloro i quali, individualmente o collettivamente, abbiano subito un pregiudizio, in particolare un'offesa alla propria integrità fisica o mentale, una sofferenza morale, una perdita materiale, un attentato grave ai propri diritti fondamentali, in ragione di atti o di omissioni che abbiano infranto la legge penale⁴¹.

Nel contesto europeo, hanno assunto un notevole rilievo la già citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali⁴², nonché la Raccomandazione del Consiglio d'Europa sull'assistenza delle vittime di reato⁴³.

In particolare, la Raccomandazione R(2006) n. 8 rappresenta il più rilevante atto di indirizzo elaborato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, poiché contiene indicazioni sulle modalità di tutela ed assistenza che ogni Stato parte dovrebbe riservare

³⁹ Il progetto del *corpus* contenente i diritti delle vittime decolla grazie all'importante contributo dei maggiori esperti di vittimologia dell'epoca. Nel 1982, in occasione del IV Simposio Internazionale di vittimologia, svoltosi in Giappone, venne costituita un'apposita commissione (*Committee on Codes of Conduct for Victims*) mentre nel 1983 il presidente della commissione, I. Walzer, presentò un documento sulla "protezione e assistenza alle vittime di atti criminali" in occasione del IX International Conference on Victimology.

⁴⁰ UN.Doc. A/Res/40/34, 29 novembre 1985.

⁴¹ Si tratta di un tentativo di superamento della frammentazione delle legislazioni penale, anche se il rinvio ad esse quanto all'individuazione degli illeciti rilevanti comporta una estensione o riduzione non controllabile dei soggetti tutelati o tutelabili. In tal senso, 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, n. 2, p. 523. La Dichiarazione ricomprende tra le vittime anche i familiari della vittima diretta e le persone che abbiano subito un pregiudizio intervenendo in suo soccorso, assistendola o tentando di prevenire il danno (Cfr. art. 2 della Dichiarazione dei principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 29 novembre 1985), ma non lega la condizione di vittima all'autore del reato, rendendola del tutto autonoma dall'accertamento della responsabilità penale, bensì opera un nesso genetico tra l'individuo considerato vittima e il fatto storico, indipendentemente da una valutazione che coinvolga mediante identificazione, perseguimento o condanna l'autore della violazione. Inoltre, tale Dichiarazione riconosce alla vittima cinque diritti fondamentali: il diritto al trattamento rispettoso della dignità umana; il diritto di accesso alla giustizia, di partecipazione al processo penale e di informazione; il diritto al risarcimento del danno nei confronti del colpevole o, in subordine, nei confronti dello Stato qualora il danno non possa essere pienamente risarcito dal colpevole o da altri soggetti; il diritto di assistenza a carico delle strutture pubbliche o di volontariato, comprensivo di assistenza medica, psicologia e sociale; il diritto alla protezione, inteso sia come tutela della loro *privacy*, sia come adozione di misure volte alla difesa della loro sicurezza, dei loro familiari e dei loro testimoni da eventuali atti di intimidazione o di ritorsione.

⁴² Per un'analisi dettagliata della Convenzione di Lanzarote, si rimanda a S. MARTELLI, *Le convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015, p. 31 ss. In Italia, il legislatore ha attuato tale Convenzione con L. 1° ottobre 2012, n. 172.

⁴³ Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa R(2006) 8, 14 giugno 2006.

alle vittime di reato. Tale atto, dopo aver dato una definizione di vittima di reato⁴⁴ (v. *supra* par. 3) e di vittimizzazione secondaria, afferma, quale principio fondante l’azione dei legislatori nazionali a tutela di tali soggetti, la necessità di «*respect the[ir] security, dignity, private and family life [...] and recognise the negative effects of crime on victims*» (art. 2)⁴⁵. La dottrina ha rilevato la carenza di regole dettagliate dedicate alle vittime vulnerabili, benché l’art. 3, par. 4, sembra che introduca un approccio orientato all’*individual assessment* di cui si trova più chiaro riscontro in alcuni atti vincolanti adottati negli ultimi decenni dal Consiglio d’Europa⁴⁶.

La vittima di reato, invece, non è mai menzionata nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. L’art. 5, par. 5 CEDU⁴⁷, però, nomina la vittima di arresto o di detenzione; mentre, colui che ha subito un processo non equo non è qualificato di per sé come “vittima”, ma può far valere i diritti di cui all’art. 6 CEDU⁴⁸, solo qualora acquisti lo *status* di parte nel processo penale o nei casi in cui voglia far valere la sua pretesa risarcitoria derivante da responsabilità *ex delicto* dell’imputato, mediante, ad esempio, la costituzione di parte civile nel processo penale⁴⁹.

⁴⁴ All’art. 1, è stabilito che la vittima è «una persona fisica che ha subito danni, tra cui lesioni fisiche o mentali, sofferenza emotiva o perdita economica, causata da atti o omissioni che violano la legge penale di uno Stato membro. Il termine vittima include anche, ove appropriato, la famiglia o le persone a carico immediato della vittima diretta».

⁴⁵ A tal fine, si raccomanda l’adozione di misure specifiche di assistenza (art. 3) e la predisposizione di servizi di supporto delle vittime (art. 5), volti ad alleviare le sofferenze derivanti dall’aver subito un delitto, specie se la vittima è persona che versa in condizione di “particolare vulnerabilità”, da valutare alla luce delle caratteristiche personali della vittima e delle specificità del crimine subito (art. 3, par. 4). Inoltre, si raccomanda che le vittime siano tempestivamente informate, sin dal primo momento di contatto con l’autorità giudiziaria procedente, dei loro diritti e dei servizi di assistenza di cui possono usufruire (art. 6). È, altresì, richiamata l’attenzione sulle misure di protezione, al fine di tutelare l’integrità fisica e psicologica dei soggetti lesi, specie se assumono la veste di testimone contro l’autore dell’illecito con l’obiettivo di garantire che non si sviluppino conseguenze nocive, quali vittimizzazione secondaria e ripetuta o indebite intrusioni nella privacy (art. 10). Infine, oltre a disposizioni sulle modalità di formazione del personale (art. 12) e sull’esigenza di far maturare una maggior consapevolezza “pubblica” delle sofferenze delle vittime (art. 16), la raccomandazione sottolinea anche la necessità di incentivare i processi di mediazione tra autore del reato e persona offesa, specificando che si tengano sempre in considerazione le esigenze della vittima in tali processi (art. 13).

⁴⁶ Così, C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, cit., p. 523.

⁴⁷ L’art. 5, par. 5 CEDU recita: «Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione». Sulla giurisprudenza relativa a tale articolo, v. L. KALB, *La privazione della libertà personale (art. 5 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, p. 251 ss.

⁴⁸ In tema di garanzie di cui all’art. 6 CEDU, nella sterminata letteratura, v. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., p. 474 ss.; e A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, op. cit.; D. J. HARRIS, M. O’BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, p. 373 ss.; P. LEANZA, O. PRINDAL, *The right to a fair trial*, Alphen aan den Rijn, 2014; L. G. LOUCAIDES (ed.), *The European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2007, p. 216 ss.

⁴⁹ Però, qualora questi ritenga che vi sia stata la violazione di tale articolo, potrà ritenersi vittima ai sensi dell’art. 34 CEDU ed adire la Corte europea dei diritti dell’uomo al fine di veder riconosciuti i propri diritti ed ottenere la riparazione delle conseguenze della violazione per conto dell’Alta Parte contraente, nonché, eventualmente – quando ciò non è possibile – vedersi riconosciuta da parte della Corte EDU un’equa soddisfazione.

I giudici di Strasburgo hanno rilevato la violazione degli artt. 2, 3, 4 e 8 da parte degli Stati che non incriminavano o semplicemente non proteggevano adeguatamente le vittime dai reati di violenza sessuale, lavoro forzato, aggressione al benessere dei minori, tratta degli esseri umani e violenza domestica⁵⁰.

Bussola per i giudici di Strasburgo è stata proprio la condizione di soggettiva e/o oggettiva vulnerabilità in cui versavano le vittime rispetto alle fattispecie criminose. Recentemente, la Corte sembra muoversi verso una direzione maggiormente garantista e direttamente volta alla protezione delle vittime poiché ha ritenuto non sufficiente la mera previsione formale di una sanzione penale, dovendo questa essere effettiva e sufficientemente dissuasiva, al fine di evitare che i precetti posti a tutela dei beni giuridici siano inefficaci e non in grado di realizzare le esigenze di protezione prefissate⁵¹.

La Corte, inoltre, approfondisce criticamente anche il tema delle indagini in caso di vittima vulnerabile, affermando che queste debbano essere effettive ed accurate nonché in grado di condurre ad un processo nei confronti dell'indagato in un ragionevole margine di tempo, prevedendo, inoltre, forme di prevenzione e di tempestiva ed immediata protezione delle vittime, così da non arrecare ulteriori sofferenze alle persone offese durante l'*iter* delle indagini preliminari⁵².

Nel più ampio quadro del dialogo tra la Corte EDU e la Corte di giustizia dell'Unione europea, ai giudici di Strasburgo è stato chiesto se anche le vittime potessero godere del potere di esercitare l'azione penale. All'interrogativo hanno risposto ritenendo che non vi sia alcuna violazione alle norme della Carta dei diritti fondamentali da parte degli Stati che non prevedono il diritto all'esercizio dell'azione penale direttamente in capo alle vittime⁵³, in quanto determinazione riservata alle autorità requirenti competenti.

Nell'analisi delle modalità di protezione delle vittime dal e durante il processo penale, i giudici di Strasburgo si sono concentrati, in particolare, sulla compatibilità delle misure poste a presidio delle vittime vulnerabili ed il principio del *fair trial*, di cui all'art. 6, par. 3, CEDU⁵⁴. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, non sono lesi i diritti della difesa se

⁵⁰ Sul tema, vedi anche le sentenze Corte EDU, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, n. 39272/98, par. 166; Corte EDU, 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, n. 73316/01, par. 112; Corte EDU, 2 marzo 2009, *K.U. c. Finlandia*, n. 2872/02, par. 46; Corte EDU, 10 maggio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, n. 25965/04, par. 284 e 288; Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14, parr. 99-100. V. anche Corte EDU, 12 novembre 2013, *Söderman c. Svezia*, n. 5786/08, par. 78-85, che compendia anni di giurisprudenza in merito agli obblighi, per gli Stati membri, di ricorrere al precetto penale quale unica forma di presidio dinanzi a certi tipi di condotta.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, 4 novembre 2010, *Darraj c. Francia*, n. 34588/07, par. 49 e la giurisprudenza ivi richiamata.

⁵² Il tema è stato diffusamente trattato da Corte EDU, *Talpis c. Italia*, cit., par. 95 ss. Con tale sentenza l'Italia è stata condannata per violazione degli artt. 2, 3, 8, 13 e 14 perché la ricorrente, dopo aver denunciato il convivente in plurime occasioni per forme di violenza domestica, non ha trovato alcuna tutela e, nelle more delle indagini, costui ha tentato di uccidere la donna e ucciso uno dei figli della coppia. Sulla pronuncia v. R. CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 marzo 2017.

⁵³ Cfr. sent. Corte EDU, 29 aprile 1991, *Helmers c. Svezia*, n. 11826/85, par. 29; Corte EDU, 30 marzo 2010, *Mihova c. Italia*, n. 25000/07.

⁵⁴ Sin dalla risalente pronuncia della Corte EDU, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, n. 20524/92, par. 70, si è ammesso che, in casi ben identificati, gli interessi dell'imputato e della vittima sono bilanciabili,

rimane possibile contestare le modalità di conduzione dell’esame e a condizione che sia sempre possibile, seppur con opportuni “filtri”, porre domande al soggetto escusso, sebbene questi sia una vittima⁵⁵. In tali casi, non vi è mai una deroga al contraddittorio, bensì si tratterebbe di un’articolazione particolare di questo principio, in modo tale da consentire alle garanzie fornite alle vittime di reato di evitare che il processo si tramuti in un “calvario”⁵⁶.

In particolare, nell’accertare la violazione dell’art. 8 CEDU, la Corte ha inteso indicare come necessaria attività l’adozione di misure per evitare ulteriori traumi alle vittime vulnerabili, al fine di evitare ogni forma di vittimizzazione secondaria e ripetuta. Tali misure, però, devono comunque risultare sufficienti a garantire la protezione necessaria per trovare un giusto equilibrio tra i diritti e interessi tutelati dall’articolo 8 CEDU ed i diritti alla difesa degli imputati tutelati dall’articolo 6 della Convenzione.

Ed invero, secondo la Corte, è necessario trovare un giusto equilibrio tra i diritti della vittima vulnerabile chiamata a testimoniare nei procedimenti penali, protetti dall’articolo 8, e quelli della difesa, vale a dire il diritto dell’imputato a citare e controesaminare i testimoni di cui all’articolo 6, par. 3, lett. d)⁵⁷.

Inoltre, la Corte ha avuto spesso modo di ribadire che diversi strumenti internazionali, tra cui il diritto dell’Unione europea, affermano che determinati diritti debbano essere concessi, *inter alia*, alle vittime di abusi sessuali, tra cui il dovere dello Stato di proteggerli dal pericolo di intimidazioni e di una vittimizzazione ripetuta quando prestano testimonianza degli abusi.

5. La tutela del minorenne tra “*best interests of the child*” e diritti della vittima nell’Unione europea

poiché sorge comunque l’esigenza di salvaguardare queste ultime. Nello specifico, con un’affermazione assai rilevante, e spesso citata nella successiva giurisprudenza, la Corte ha statuito che «*[i]t is true that Article 6 (art. 6) does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 (art. 8) of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify*». Così, specie per i reati a sfondo sessuale, la Corte EDU ha riconosciuto compatibile con il canone del giusto processo ipotesi di audizioni sottratte alla *cross examination*, e addirittura ha ritenuto ammissibili testimonianze rimaste anonime all’imputato. Sul punto, nella giurisprudenza della Corte, v. Corte EDU, 24 febbraio 2005, *Sottani c. Italia*, n. 26775/02; Corte EDU, 28 febbraio 2006, *Krasnki c. Repubblica Ceca*, n. 51277/99, con specifico riferimento al par. 78 ss. In dottrina, v. C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, cit., p. 523; M. GIALUZ, *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di giustizia*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, op. cit., p. 19, spec. p. 26.

⁵⁵ In particolare, *ex multis*, Corte EDU, 19 febbraio 2013, *Gani c. Spagna*, n. 61800/08, par. 48.

⁵⁶ Corte EDU, sentenza 2 luglio 2002, *S. N. c. Svezia*, n. 34209/96, par. 47.

⁵⁷ In tal senso, Corte EDU, sentenza 28 maggio 2015, *Y. c. Slovenia*, n. 41107/10. Si veda anche Corte EDU, sentenza 10 maggio 2012, *Aigner c. Austria*, n. 28328/03.

L'Unione europea è intervenuta riconoscendo il principio del preminente interesse del fanciullo nonché i diritti delle vittime.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000⁵⁸, nel capo III relativo al principio di uguaglianza, all'art. 24 riconosce i diritti del minore⁵⁹. La norma prevede in capo ai minori il diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, nonché la possibilità di esprimere liberamente la propria opinione. Tale opinione viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano tenendo conto della loro età e della loro maturità⁶⁰.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dal carattere non meramente riaffermativo⁶¹, fa esplicito riferimento ai “*best interests of the child*” dal momento in cui ritiene che debba essere considerato preminente l'interesse del minore nella formazione degli atti relativi ai minori, siano essi compiuti dall'autorità pubblica o da istituzioni private⁶².

⁵⁸ Adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, avente lo stesso valore giuridico dei trattati – e dunque, rango di fonte primaria – grazie all'espressa previsione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea come modificato in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁵⁹ Per un approfondimento sul valore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sulla sua applicazione giurisprudenziale, nella smisurata letteratura, v. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, n. 1, pp. 149-171; G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009; M. CARTABIA, *L'impatto costituzionale della Carta dei Diritti dell'Unione europea*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano*, Torino, 2018, pp. 179-189; L. DANIELE, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il Trattato di Lisbona*, in *Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009; S. DE VRIES, E. BERNITZ, S. WEATHERILL (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Abington, 2015; A. DI STASI, *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia*, Napoli, 2019; ID., *L'incidenza virtuosa dei diritti fondamentali nel completamento dello Spazio europeo di giustizia*, in questa *Rivista*, 2019, n. 1, pp. 1-10; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Bologna, 2018; R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017; S. PEERS, T. HERVEY, S. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary on the European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014; V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, 2018; K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, n. 6, pp. 1235-1260.

⁶⁰ Art. 24, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE.

⁶¹ V. tra gli altri A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra gli ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), «*Spazio europeo di giustizia*» e *procedimento penale italiano*, op. cit., pp. 3-54.

⁶² Cfr. art. 24, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali UE.

Il principio è ribadito anche in alcuni atti di diritto derivato. La Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, nel rimandare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo; la direttiva 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, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio aggiunge poi un ulteriore tassello importante al principio, ritenendo l'interesse superiore del minore “preminente”; la direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

Il minore può assumere anche lo *status* di vittima. In tali casi, accanto al principio dei “best interests”, si affianca anche la costellazione di diritti posti a tutela della vittima caratterizzata, con specifico riferimento alla figura del minore, da una condizione di particolare vulnerabilità. Nell’ambito dell’Unione europea, guardando alle fonti di diritto primario, il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea fa specifico riferimento ai «diritti delle vittime della criminalità»⁶³ nel quadro della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁶⁴.

Invero, nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia deve essere garantito un livello minimo dei diritti fondamentali, tra i quali rientrano anche i diritti delle vittime del reato. Una mancata armonizzazione di tali diritti può rappresentare un ostacolo all’affermazione di esso⁶⁵.

In tale quadro di rafforzamento dei diritti della persona offesa dal reato si inserisce la direttiva 2012/29/UE⁶⁶ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI⁶⁷. Nell’applicazione di tale atto di

⁶³ Cfr. Titolo V, capo IV, art. 82, par. 2, lett. c) TFUE.

⁶⁴ L’interesse per le vittime del reato era già emerso in passato sia nell’ambito della Comunità europea come corollario del diritto alla libera circolazione delle persone e dell’eguaglianza dei cittadini comunitari, sia dopo il Trattato di Maastricht, nell’ambito dell’Unione europea, all’interno del terzo pilastro. Anche con la Costituzione dell’Unione europea del 2004, mai entrata in vigore, furono previsti i diritti delle vittime della criminalità tra le materie in cui la legge quadro europea avrebbe potuto stabilire norme minime di armonizzazione. Ciò perché, a parere della Corte di giustizia, l’assenza di norme minime per la protezione della vittima in tutti gli Stati dell’Unione può comportare la violazione di tali principi fondamentali del diritto europeo. Ad esempio, la mancata previsione in uno dei Paesi membri dell’UE di un sistema pubblico di indennizzo per le vittime che non possono beneficiare del risarcimento ad altro titolo può disincentivare l’ingresso in tale Paese dei cittadini di altri Stati membri, ovvero si pensi a come l’operatività di tali sistemi pubblici di indennizzo previste unicamente a favore delle vittime che hanno la cittadinanza nello Stato in questione possa determinare una violazione del divieto di discriminazione tra cittadini dell’Unione, ora sancito all’art. 18 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea. In giurisprudenza, cfr. Corte di giustizia delle Comunità Europee, 12 febbraio 1989, sentenza *Cowan c. Le Trésor Public*, causa C-186/87. In dottrina, M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?*, cit., p. 96.

⁶⁵ L’attenzione per tale materia si è tradotta in numerosi atti di diritto derivato, che la dottrina ha suddiviso in due categorie: atti che si occupano della protezione della vittima in via generale e atti che tutelano le vittime di specifici reati. Su tale divisione, v. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?*, cit., p. 97 ss.

⁶⁶ Per un primo commento alla Direttiva, si rinvia a S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Diritto penale e processo*, 2013, n. 8, p. 882. Per un importante approfondimento sulla tutela delle vittime di reato nell’Unione europea, A. IERMANO, *Garanzie minime nello spazio europeo di giustizia penale*, Napoli, 2014, p. 143 ss.

⁶⁷ Per un approfondimento sulla decisione quadro e, più in generale sulla tutela delle vittime da parte delle organizzazioni internazionali, *ex multis*, M.G. AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, n. 6, p. 1327 ss.; S. ALLEGREZZA, M. GIALUZ, *Víctima y «supervivencia» en la Justicia penal europea*, in T. ARMENTA DEU, S. OROMÌ VALL-LLOVERA (coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-America*, Madrid, 2010, p. 51 ss.; G.M. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nella prospettiva dell’Unione europea*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 99 ss.; ID., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all’indomani del Trattato di Lisbona*, in *Foro italiano*, 2011, n. 4, p. 204 ss.; V. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare – Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, p. 110 ss.; ID., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Questione Giustizia*, 2003, p. 705 s; G. GAMBERINI, *Les politiques*

diritto derivato l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente⁶⁸. Ed invero, i minori devono essere considerati e trattati quali detentori a pieno titolo dei diritti previsti dalla direttiva e devono poter esercitare i loro diritti conformemente alla loro capacità di formazione delle opinioni proprie⁶⁹.

Siccome il reato non si presenta più soltanto come “un torto alla società”⁷⁰ – *rectius*, un fatto socialmente dannoso – ma anche come una violazione dei diritti individuali delle vittime contrapposti ai diritti individuali dell'imputato⁷¹, in una sorta di antitetico bipolarismo, emerge – e nel tempo muta – il concetto di vittima. Verso essa si presta maggior attenzione, prevedendo, inoltre, una serie di attività tese a proteggerla quando essa sia minorenni⁷².

Infatti, in caso di vittime minorenni, è particolarmente importante la protezione della vita privata della vittima al fine di evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta,

supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisations, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (sous la direction de), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008, p. 159 ss.; M.L. LANTHIEZ, *La clarification des fondaments européens des droits des victimes*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (sous la direction de), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008, p. 145 ss.; A.A. SAMMARCO, *La tutela della “vittima” del reato*, in L. KALB (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano, *op. cit.*, p. 381 ss.; M. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Unión europea*, in J.B. GONZÁLEZ (dir.) *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, Madrid, 2007, p. 163 ss.; M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, *cit.*, p. 90 ss.

⁶⁸ Ciò in conformità alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo adottata il 20 novembre 1989.

⁶⁹ Sul punto, cfr. considerando n. 14 della Direttiva 2012/29/UE.

⁷⁰ Cfr. considerando n. 9 della Direttiva 2012/29/UE.

⁷¹ In tal senso, L. ALGERI, *L'esame del minore al vaglio della Consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, in *Diritto penale e processo*, 2018, n. 12, p. 1565 ss.; A. CONFALONIERI, *La persona offesa dal reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, a cura di G. DEAN, 1 - I, Torino, 2009, p. 631 ss.; S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, *cit.*, p. 882. Sul punto, si veda anche L. LUPARIA, *La victime dans le procès pénal italien à la lumière du récent scénario européen*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2014, p. 615 ss.; L. SCOMPARIN, *Il ruolo della vittima nella giurisdizione penale internazionale: alla ricerca di una possibile mediazione fra modelli processuali*, in A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, p. 365 ss.

⁷² Preliminarmente, l'art. 2, par. 1, lett. a) della Direttiva 2012/29/UE dà una definizione di vittima che in parte ricalca quella della decisione quadro 2001/220/GAI, sostituita dalla direttiva. Secondo tale articolo, ai fini della direttiva si intende per “vittima” «(i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; (ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona». A differenza della decisione quadro 2001/220/GAI che riteneva vittima la persona fisica la quale ha subito un più generico “pregiudizio”, la Direttiva 2012/29/UE crea un nesso tra la persona fisica e un evento preciso, il quale produce come conseguenza del fatto illecito un danno circoscritto, ossia una lesione del bene giuridicamente protetto. Ciò vuol dire che il nesso tra reato e danno derivante dall'illecito penale deve essere diretto. Per uno spunto, v. G. CASAROLI, *Un altro passo europeo in favore della vittima del reato: la Raccomandazione N. R(85) 11 sulla posizione della vittima nel diritto e nella procedura penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 623 ss.; M. CHIAVARIO, *Il “diritto al processo” delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 938 ss.; V. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Diritto penale e processo*, 1999, p. 889 e ss.; Per un approfondimento sul danno da reato, v. A.A. SAMMARCO, *La tutela della “vittima” del reato*, *cit.*, p. 384 ss.

l'intimidazione e le ritorsioni⁷³, pertanto è auspicabile porre particolare attenzione quando si valutano i rischi che corrono tali soggetti.

La direttiva in esame definisce una sorta di “statuto europeo dei diritti della vittima”. Ciò si evince dal contenuto di essa, in quanto distingue i “service rights” di natura strumentale⁷⁴, dai “procedural rights”, riconosciuti nell’ambito del procedimento penale⁷⁵.

In particolare, il capo 4, relativo alla protezione delle vittime e al riconoscimento di quelle con specifiche esigenze di protezione, riconosce una serie di interessi giuridicamente protetti di tipo oggettivo⁷⁶, intesi quali esigenze di realizzazione di beni e valori, finalizzati a neutralizzare il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni⁷⁷, sin dalla fase delle indagini preliminari. Ivi, è sancito il

⁷³ Cfr. considerando n. 54 della Direttiva 2012/29/UE.

⁷⁴ Come il diritto alla comprensione, il diritto all’informazione e il diritto all’assistenza.

⁷⁵ Sul punto, M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, p. 75; A. IERMANO, *Garanzie minime nello spazio europeo di giustizia penale*, cit., p. 162.

⁷⁶ Sul concetto di diritto soggettivo come “interesse giuridicamente protetto” sostenuto da Jhering, si rimanda a A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 2008, p. 198 ss. Sulla definizione di interesse oggettivo come “esigenza di beni e valori da realizzare”, si veda ampiamente E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Torino, 1962, p. 839; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, p. 66. Per una ricostruzione definitiva del concetto di diritto soggettivo, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 635 e s.

⁷⁷ La vittimizzazione secondaria è ritenuta una conseguenza aggravata e prolungata del reato, che origina dall’atteggiamento dell’autorità giudiziaria, protratta talvolta a lungo nel tempo. Secondo tale principio, può ragionevolmente ritenersi che nel soggetto vulnerabile – in particolare minore – sia elevato il rischio di rivivere durante la testimonianza lo stato d’ansia, di stress, di paura, di frustrazione e di smarrimento provato nei momenti in cui si è consumato il reato. In altri termini, l’iter giudiziario diventa un reale abuso su un presunto abuso. Sul tema, T. BANDINI, voce *Vittimologia*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1008; L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *L’indice penale*, 2000, p. 173; D. CARPONI SCHITTAR, *Vulnerabilità: chi e come*, in D. CARPONI SCHITTAR (a cura di), *Il testimone vulnerabile*, Milano, 2005, p. 19 ss.; M. M. CORRERA, D. RIPONTI, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale*, Padova, 1990, p. 4 ss.; V. DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 996 ss.; G. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2011, n. 3, p. 53 ss., disponibile al seguente link: http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_fanci_2011-03.pdf; L. LANZA, *La tutela della vittima nel sistema penale italiano*, in G. PONTI (a cura di), *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, p. 29 ss.; M. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Vittimologia*, in *Digesto (Discipline penali)*, vol. XV, Milano, 1999, p. 314 ss.; S. QUATTROCOLO, *Vittima e processo penale: commistione di ruoli e di funzioni*, in *Rivista italiana di medicina legale*, cit., p. 577, ss.; S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l’evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Torino, 2017, p. 302; A. ROMEO, *Violenza sessuale e processo penale*, cit., p. 140; A. A. SAMMARCO, *La tutela della “vittima” del reato*, in L. KALB (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano, op. cit., pp. 382 ss.; A. SAPONARO, *Vittimologia. Origine – concetti – tematiche*, Milano, 2004, p. 185 ss.; J. TAMARIT, C. VILLACAMPA, G. FILELLA, *Secondary Victimization and Victim Assistance*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2010, n. 18, p. 281 ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, p. 53; E.J. WILLIAMS, *Secondary victimization. Confronting public attitudes about rape*, in *Victimology*, 1984, p. 67: «Secondary victimization is a prolonged and compounded consequence of certain crimes; it results from negative, judgemental attitudes directed towards a victim of crime and resulting in a lack of support, perhaps even condemnation and/or alienation of the victim»; V. U. ORTH, *Secondary victimization of crime victims by criminal proceedings*, in *Social Justice Research*, 2002, p. 313 s., che presenta i risultati di uno studio condotto su 137

diritto alla protezione⁷⁸, con la previsione da parte degli Stati membri di misure volte alla tutela della vittima e dei suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi e patologici, e destinate alla salvaguardia della dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze. Il diritto all'assenza di contatti fra la vittima e l'autore del reato⁷⁹ è assicurato dall'instaurazione di misure idonee ad evitare incontri diretti tra la vittima e i suoi familiari con l'autore del reato. Tali vincoli sono applicati solo ove necessario e non sia il procedimento penale ad imporre diversamente. È, altresì, disciplinato il diritto delle vittime alla protezione durante le indagini preliminari⁸⁰, nonché il diritto alla protezione della vita privata⁸¹.

La Direttiva precisa anche il tipo di valutazione da compiere per individuare le specifiche esigenze di protezione: è necessario effettuare tempestivamente una valutazione individuale, al fine di determinare se ed in quale misura siano raggiungibili benefici mediante l'applicazione di misure speciali. La valutazione individuale è compiuta tenendo conto delle caratteristiche personali della vittima, del tipo o della natura del reato e delle circostanze di esso.

Ma la direttiva si spinge oltre, fino a puntualizzare con quali modalità è possibile proteggere le vittime portatrici di specifiche esigenze. Esse, infatti, possono avvalersi di misure che consentono loro di essere sentiti in aula senza la propria presenza, ricorrendo ad esempio ad appropriate tecnologie di comunicazione⁸².

In conclusione, la direttiva 2012/29/UE ha avuto il pregio di richiamare nuovamente l'attenzione degli Stati membri e, per quel che riguarda l'ordinamento italiano, del legislatore sulla necessità di prevedere garanzie minime di tutela delle vittime, al fine di garantire *standard* comuni di tutela, spingendosi sino ad indicare con quali modalità ciò è possibile.

vittime di vari reati, a distanza di parecchi anni dalla celebrazione del processo. La dottrina prevalente utilizza l'espressione "vittimizzazione secondaria" sia perché è la traduzione letterale dell'espressione "*secondary victimization*", usata nella letteratura scientifica internazionale, sia perché si tratta di una seconda vittimizzazione e non di un danno secondario derivante dal crimine subito, essendo l'occasione dell'incontro tra vittima e sistema penale. Per descrivere il medesimo fenomeno, la dottrina minoritaria utilizza l'espressione "danno secondario"; cfr. T. BANDINI, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, I, Milano, 2003, p. 45.

⁷⁸ Art. 18 della Direttiva 2012/29/UE.

⁷⁹ Art. 19 della Direttiva 2012/29/UE.

⁸⁰ Art. 20 della Direttiva 2012/29/UE, il quale prevede la celebrazione dell'audizione della vittima senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia relativa a un reato presso l'autorità competente; un numero limitato al minimo delle audizioni della vittima e solo se strettamente necessario ai fini dell'indagine penale; l'accompagnamento della vittima dal suo rappresentante legale e da una persona di sua scelta, salvo motivata decisione contraria; visite mediche limitate al minimo e solo se strettamente necessarie ai fini del procedimento penale.

⁸¹ Art. 21 della Direttiva 2012/29/UE, il quale, tra l'altro, indica la possibilità di adottare tutte le misure legali intese ad impedire la diffusione pubblica di qualsiasi informazione che permetta l'identificazione di una vittima minorenni.

⁸² Cfr. art. 23, par. 3, lett. b) della Direttiva 2012/29/UE.

6. L’attuazione della direttiva 2012/29/UE nell’ordinamento spagnolo ed italiano con particolare riferimento alla vittima vulnerabile minorenn

Nel modificare il codice di procedura penale, il decreto legislativo di attuazione della direttiva 2012/29/UE⁸³ interviene sostituendo il comma 4-*quater* dell’art. 498 c.p.p. con il seguente: «fermo quanto previsto dai precedenti commi, quando occorre procedere all’esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità, il giudice, se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta, dispone l’adozione di modalità protette»; mentre aggiunge un nuovo comma 5-*quater* all’art. 398 c.p.p. che dispone: «fermo quanto previsto dal comma 5 *ter*, quando occorre procedere all’esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità si applicano le disposizioni di cui all’articolo 498, comma 4-*quater*»⁸⁴.

La norma non sembra chiara e precisa nell’indicare quali siano le modalità protette da adottare, né indica se tra queste vi sia la possibilità di ascoltare il minore a distanza mediante l’utilizzo di appropriate tecnologie di comunicazione, così come sancito dall’art. 23, par. 3, lett. b) della Direttiva 2012/29/UE. Come si è visto *supra*, proprio ciò ha suscitato dubbi nel giudice *a quo*, portandolo a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell’art. 398 c.p.p.

A differenza dell’ordinamento italiano, lo Stato spagnolo ha formulato norme più chiare sull’utilizzo delle nuove tecnologie nel caso di audizione della vittima minorenn vulnerabile.

La Spagna ha attuato la direttiva 2012/29/UE con la *Ley* 4, del 27 aprile 2015, relativa all’*Estatuto de la víctima del delito*⁸⁵. Con tale legge, è stato riunito in un unico testo legislativo definito “*Estatuto*” il catalogo dei diritti della vittima, da un lato trasponendo

⁸³ La direttiva è stata attuata nell’ordinamento italiano con D. Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 rubricato “attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI”, pubblicato in G.U. n. 3 del 5 gennaio 2016.

⁸⁴ Mentre il testo vigente dell’art. 398, comma 5 *bis* c.p.p. dispone: «Nel caso di indagini che riguardano ipotesi di reato previste dagli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all’articolo 600-*quater* 1, 609-*quater* e 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-bis del codice penale, il giudice, ove fra le persone interessate all’assunzione della prova vi siano minorenni, con l’ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all’incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l’udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l’abitazione della persona interessata all’assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica. Dell’interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti».

⁸⁵ Pubblicata nel Boletín Oficial del Estado n. 101 del 28 aprile 2015. Oltre alla direttiva 2012/29/UE, ha attuato anche la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l’abuso sessuale e lo sfruttamento sessuale dei minori e pornografia minorile, nonché la direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.

le direttive dell'Unione europea in materia e, dall'altro raccogliendo la particolare domanda della società spagnola di esercitare una maggiore attenzione nei confronti delle vittime, al fine di completare il disegno dello stato di diritto, che nel tempo si è concentrato quasi sempre sulle garanzie procedurali e sui diritti dell'accusato, imputato, perseguito o condannato. Uno dei principali effetti della *Ley* spagnola è quello di offrire un concetto unitario di vittima del crimine, al di là della sua posizione processuale, includendo nella legge anche la definizione di "vittima indiretta"⁸⁶.

Nel definire lo *status* giuridico della vittima di reato, la legge ha lo scopo di offrire da parte delle autorità pubbliche una risposta più ampia possibile, non solo legale, ma anche sociale, alle vittime, sia per riparare il danno nel contesto di un processo penale, sia minimizzando altri effetti traumatici nella psiche che la loro condizione può generare, il tutto indipendentemente dalla loro situazione processuale.

La *Ley* si basa sulla normativa europea in materia di tutela delle vittime e risponde all'avvertita esigenza sociale di riconoscere una piena dignità ad esse, difendere i loro beni materiali e morali, nonché il bene sociale⁸⁷.

Il catalogo normativo contiene sia diritti processuali, sia diritti extraprocessuali, con una normativa speciale prevista per le vittime con bisogni speciali e per le vittime in condizione di particolare vulnerabilità. In particolare, nel caso di minori, la legge prevede – in linea con la normativa internazionale – che le scelte compiute siano dettate dalla corretta applicazione del principio del superiore interesse del minore. Il principio si pone quindi come una guida nella scelta della modalità più corretta da applicare al caso concreto al fine di tutelare il minore⁸⁸. Al centro è posta la persona, con la sua dignità, per questo tutte le azioni sono orientate alla tutela di essa.

Dopo aver previsto un catalogo generale di diritti comuni a tutte le vittime nel *Título preliminar*⁸⁹, nonché dopo aver regolato una serie di diritti extraprocessuali al *Título I*, e, altresì, dopo che il *Título II* ha sistematizzato i diritti della vittima in merito alla sua partecipazione al processo penale come qualcosa di indipendente dalle misure di protezione della vittima nel processo contemplato nel titolo III, la *Ley* affronta le questioni relative alla protezione e al riconoscimento delle vittime, prevedendo in particolare misure di protezione specifiche per le vittime appartenenti a determinate categorie al *Título III*⁹⁰.

⁸⁶ Infatti, la *Ley*, nel disporre una disciplina più attenta e completa rispetto alle norme europee, include nel concetto di vittima indiretta alcune ipotesi che non sono imposte dalla normativa europea, ma da altre fonti internazionali, come la Convenzione delle Nazioni Unite per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate.

⁸⁷ Cfr. il *Preámbulo* alla *Ley* 4/2015.

⁸⁸ Sul punto, v. *Preámbulo*, III, *Ley* 4/2015.

⁸⁹ Ad esempio, il diritto all'informazione, il diritto alla protezione e sostegno in ogni caso, il diritto di partecipare attivamente al processo penale, il diritto al riconoscimento dello *status* di vittima e il diritto a un trattamento rispettoso, professionale, individualizzato e non discriminatorio.

⁹⁰ Il *Título IV*, infine, comprende una serie di disposizioni comuni, come quelle relative all'organizzazione ed al funzionamento degli uffici di assistenza alle vittime di reati, alla promozione della formazione degli operatori legali e del personale al servizio dell'amministrazione della Giustizia nel trattamento delle vittime, la sensibilizzazione mediante le campagne di informazione, la ricerca e l'istruzione al fine di garantire sostegno, protezione e solidarietà alle vittime, la cooperazione con la società civile e internazionale, nonché

In particolare, al comma 2 dell’art. 25 – rubricato “*Medidas de protección*” – è espressamente previsto che durante la *fase de enjuiciamiento*, tra le varie misure da osservare al fine di proteggere le vittime, si adottino modalità volte ad evitare il contatto visivo tra la vittima ed il presunto autore del reato, anche durante l’assunzione della prova o durante la fase delle indagini, mediante l’uso di tecnologie per la comunicazione, nonché misure per garantire che la vittima possa essere ascoltata senza essere presente in aula, attraverso l’uso di tecnologie di comunicazione appropriate.

Questione particolarmente sensibile è evidentemente quella relativa alla definizione delle valutazioni che il giudice debba compiere al fine di individuare le modalità idonee da applicare al caso concreto. Tenuto conto che l’ordinamento italiano non aveva dato una risposta chiara mediante la previsione di una normativa specifica, è dovuta intervenire la Corte costituzionale, affermando che il giudice deve «conformare discrezionalmente le modalità di escussione del minore alla luce delle concrete esigenze di tutela – apprezzabili non solo in termini di “necessità”, ma anche di semplice “opportunità” – ferma restando, s’intende, la contrapposta esigenza di rispetto del principio del contraddittorio»⁹¹.

Diversamente, l’ordinamento spagnolo all’art. 24 della *Ley 4/2015* ha previsto una procedura di valutazione. La *resolución* adottata dovrà contenere una motivazione sulle circostanze valutate per determinare le esigenze di protezione specifiche e le possibili misure speciali. Va compiuta una valutazione sulle esigenze di protezione della vittima che tenga conto sia delle esigenze di protezione di essa sia della volontà espressa dalla vittima stessa. Nel caso di vittime minorenni o disabili che necessitano di una protezione speciale, la valutazione tiene conto delle loro opinioni e dei loro interessi⁹².

La *disposición final primera*⁹³ allegata alla legge, tra le altre cose, ha modificato l’art. 707 della *Ley* sulla procedura penale prevedendo che la dichiarazione dei testimoni minori o disabili che abbisognano di protezione speciale sarà effettuata, qualora necessario, evitando il confronto visivo con lo stesso imputato, al fine di ridurre i danni che possono derivare dallo svolgimento del processo. A tale scopo, la legge consente l’utilizzo di mezzi tecnici che rendono possibile l’assunzione della prova mediante tali modalità, compresa la possibilità di ascoltare i testimoni senza la loro presenza in aula attraverso l’uso delle tecnologie di comunicazione. Dunque, è espressamente prevista la possibilità di utilizzare strumenti tecnologicamente avanzati per consentire la

la promozione di un modello di autoregolamentazione da parte dei media relativamente al trattamento delle informazioni che influiscono sulla dignità delle vittime. Alla legge sono allegati due “*disposiciones adicionales*”.

⁹¹ Del resto, lo stesso art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. lascia in capo al giudice un’ampia discrezionalità sulla scelta delle modalità di escussione più idonee in caso di testimone minorenni, prescrivendo che sia il giudice a «stabilire il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all’incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno».

⁹² La vittima può però rinunciare alle misure di protezione previste dagli artt. 25 e 26.

⁹³ La *disposición final primera* modifica la legge sulla procedura penale al fine di recepire alcune delle disposizioni contenute nella direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che stabilisce norme minime sui diritti, sostegno e protezione delle vittime di reato.

comunicazione con la vittima nonostante ella non sia presente nell'aula di udienza, dove si sta tenendo il processo.

In Italia non si ravvisa una disposizione simile – quantomeno in chiarezza e precisione – a quella prevista nell'ordinamento spagnolo. La dottrina si è chiesta se fosse possibile utilizzare tali strumenti applicando le norme vigenti⁹⁴. Si tratta di comprendere se è applicabile lo strumento dell'esame a distanza, mediante collegamento audiovisivo.

A tale domanda ha tentato di dar risposta il giudice *a quo*, il quale ha escluso l'utilizzo di tale strumento perché ritenuto inadatto per la sua «distanza e povertà empatica» e perché non si ravviserebbe il presupposto della grave «difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da sottoporre ad esame» previsto dall'art. 147 - *bis*, comma 5, disp. att. c.p.p.

Quanto alla “freddezza” o “distanza” – intesa come distacco emotivo – è possibile superare tale condizione prevedendo che il testimone sia affiancato da un ausiliario abilitato ad assistere il giudice che attesti la regolarità dell'esame, nonché da un familiare o un esperto in psicologia infantile⁹⁵; mentre rispetto all'insussistenza dei presupposti previsti dall'art. 147-*bis*, comma 5, disp. att. c.p.p., si è osservato che il malessere emotivo manifestato dal minore potrebbe essere agevolmente sussunto nelle gravi difficoltà ad assicurare la comparizione del testimone⁹⁶, tenuto conto anche della sua continua sottrazione all'ufficio di testimone dovuta non ad un mero capriccio o volontà contraria, ma al senso di disagio avvertito nel ritornare nei luoghi di violenza.

Vi è di più. Il collegamento audiovisivo che connota l'esame potrebbe ritenersi proprio una delle «modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio» attivabile a «tutela delle persone», *ex art.* 398, comma 5-*bis*, c.p.p., dato che anche l'art. 147-*bis*, comma 5, disp. att., c.p.p. qualifica l'esame a distanza come modalità.

Sul punto, però, non si è pronunciata la Corte costituzionale, lasciando ai posteri una considerazione parzialmente sibillina, con l'affermazione che il sistema processuale offre al giudice «un ampio e duttile complesso di strumenti di salvaguardia della personalità del minore chiamato a rendere testimonianza», senza però chiarire se tra questi sia ricompreso lo strumento dell'esame a distanza mediante il collegamento audiovisivo.

Pertanto, si aprono nuovi interrogativi che possono portare a molteplici scenari alternativi tra loro.

7. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*

⁹⁴ In tal senso, C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*, cit., p. 0815C ss.

⁹⁵ Ciò sarebbe possibile in virtù del combinato disposto dall'art. 498, comma 4, c.p.p., norma estensibile all'incidente probatorio attraverso la previsione dell'art. 401 c.p.p.

⁹⁶ Sul tema, si rinvia a L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 190; R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa. Testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano, 2011, p. 511; M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, p. 115; C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*, cit., p. 0815C ss.; A. PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, op. cit., p. 398.

La commistione esegetica del principio dei “*best interests of the child*” con i principi che governano la tutela della vittima vulnerabile non devono spingere l’interprete sino a ritenere che l’interesse – seppur preminente – del fanciullo sia inquadrabile nell’insieme costituito dai principi supremi. Lo dimostra il fatto che tutte le fonti analizzate consentono di contemperare tale principio con altri interessi contrapposti eventualmente individuabili.

Nel processo penale, l’amplificazione della portata del principio comporterebbe un evidente squilibrio delle parti che, come ribadito dall’ampio ventaglio di accordi internazionali nonché di fonti interne degli ordinamenti (e, per quel che ci interessa, di quelle dell’ordinamento italiano), devono costantemente trovarsi in una condizione di parità, in modo tale da consentire loro di “duellare” ad armi pari. È evidente, però, che l’intreccio dei principi posti a presidio della vittima minorenne crei degli sbilanciamenti a sfavore dell’imputato, equilibrabili solo mediante il rispetto del principio del contraddittorio.

Negli anni, a partire proprio dall’entrata in vigore della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza, è cresciuta la sensibilità sulla violenza di genere e sessuale nei confronti dei minorenni. Ciò è dovuto anche al mirabile sforzo compiuto dall’ordinamento italiano in sinergia con gli organi ed organismi dell’Unione europea.

In tale quadro, si innestano i dubbi sulla corretta attuazione nell’ordinamento italiano della direttiva 2012/29/UE⁹⁷.

Nel porre uno sguardo alla disciplina spagnola, si nota come questa sia ampiamente chiara e precisa nell’indicare gli strumenti posti a tutela della vittima vulnerabile minorenne. Infatti, la *Ley* 4/2015, in ossequio al principio dell’interesse preminente del fanciullo, prevede in modo chiaro e preciso la possibilità di disporre ed eseguire un esame testimoniale mediante l’utilizzo di tecnologie di comunicazione che consentano al minore, il quale versa ontologicamente in uno stato di vulnerabilità, di essere ascoltato a distanza.

Orbene, il primo interrogativo da porsi è se anche nell’ordinamento italiano non sia necessaria una disciplina che preveda la possibilità per il giudice di impiegare la stessa modalità volta ad escludere la necessaria presenza fisica in aula d’udienza, disponendo, a garanzia non solo dell’imputato e della vittima, ma del processo stesso, che il minore sia affiancato da un ausiliario del giudice, il quale attesti la regolarità dell’esame, nonché da un familiare o un esperto in psicologia.

Una simile scelta del legislatore si inserirebbe correttamente nell’articolato sistema reticolare concepito dai principi generali e dai diritti fondamentali sia dell’Unione

⁹⁷ Nella sentenza richiamata, la Corte costituzionale non si è pronunciata sul punto. Del resto, il *petitum* non chiedeva di dichiarare incostituzionale l’articolo 398, comma 5-*bis* c.p.p. nella parte in cui non prevede lo strumento dell’esame del testimone a distanza mediante collegamento audiovisivo. Nell’elencare quali sono gli strumenti nella “cassetta degli attrezzi” del giudice, non si individua espressamente tale modalità, né tantomeno la Corte era tenuta a chiarirlo. In assenza di una precisa posizione da parte della Corte costituzionale (tra l’altro neanche richiesta), possono sorgere dubbi sulla possibilità di utilizzare tale strumento, che sembra essere previsto dall’art. 23, par. 3, lett. b) della Direttiva 2012/29/UE.

europea sia della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali poiché foriera di un sufficiente bilanciamento dei fattori in gioco, e adeguatamente espressiva dei diritti dell'imputato e delle garanzie poste dal principio del contraddittorio⁹⁸.

A normativa attualmente vigente, potrebbe non essere possibile per il giudice utilizzare lo strumento dell'esame a distanza della vittima vulnerabile minore di anni diciotto mediante il collegamento audiovisivo. In tal caso, si porrebbero problemi circa il corretto adattamento – *rectius*, la corretta attuazione – della direttiva 2012/29/UE nell'ordinamento italiano.

Rispetto a questo scenario, potrebbe essere posta una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla corretta interpretazione dell'art. 23 della direttiva 2012/29/UE⁹⁹. È altamente prevedibile che si ingeneri un – si spera – proficuo dialogo tra le Corti interne e la Corte di giustizia al fine di individuare la disciplina che riesca a bilanciare equamente tutti gli interessi posti in gioco.

Qualora la norma europea, così come interpretata dalla Corte di giustizia, dovesse ostare alla legge interna, si aprirebbero nuove strade: sollevare la questione di legittimità costituzionale o ritenere che l'art. 23 della direttiva goda di effetto diretto.

Nella prima ipotesi, il giudice *a quo* potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost., con riferimento all'art. 23, par. 3, lett. b) della direttiva 2012/29/UE nella parte in cui non prevede che il giudice disponga l'esame a distanza mediante il collegamento audiovisivo, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno.

⁹⁸ Il bilanciamento tra interessi della vittima e diritti dell'accusato è ampiamente esplorato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra le tante sentenze, si segnalano Corte EDU, sentenza 28 maggio 2015, *Y. c. Slovenia*, 41107/10; Corte EDU, sentenza 4 aprile 2017, *Matanović c. Croazia*, 2742/12; Corte EDU, sentenza 31 marzo 2009, *Natunen c. Finlandia*, 21022/04; Corte EDU, sentenza 6 marzo 2012, *Leas c. Estonia*, 59577/08. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha sancito che il bilanciamento tra il rispetto della dignità della vittima e il diritto all'equo processo dell'imputato deve essere conforme al principio di proporzionalità, previsto all'articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. Corte di giustizia, Prima sezione, sentenza del 29 luglio 2019, causa C-38/18, *Massimo Gambino e Shpetim Hyka contro Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari e a.*

⁹⁹ Secondo consolidata giurisprudenza, una simile questione – avente ad oggetto l'interpretazione di una disposizione al fine di stabilire se sia conforme o meno a tale interpretazione una legge – è considerata ricevibile, in quanto non rappresenta un modo per “aggirare” le disposizioni degli articoli 258 e 259 TFUE, perché le garanzie tese a individuare gli inadempimenti degli Stati membri non possono ritenersi limitate a quelle risultanti da tali articoli; né la Corte si pronuncerebbe sull'adempimento dello Stato, poiché dichiarerebbe la corretta interpretazione della direttiva e aggiungerebbe che questa “osta” o “non osta” alla legge. Infatti, con la sentenza *Corsten* la Corte di giustizia ha precisato che «non è competente né a conoscere dell'esattezza dell'interpretazione data dal giudice di rinvio alle disposizioni della legge nazionale né a pronunciarsi, nell'ambito del rinvio pregiudiziale, sulla conformità di tali disposizioni con il diritto comunitario [ndr. oggi Unione europea]. alla Corte compete unicamente l'interpretazione delle disposizioni del diritto comunitario al fine di fornire al giudice di rinvio tutti gli elementi utili attinenti al diritto comunitario che consentano al giudice medesimo di risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente». Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 3 ottobre 2000, causa C-58/98, *Corsten*. Una questione pregiudiziale di questo tipo è ritenuta dalla dottrina “un impiego alternativo della competenza pregiudiziale”, cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, p. 406 ss.

Nella seconda ipotesi, l’art. 23 della direttiva potrebbe essere ritenuto provvisto di effetto diretto verticale “ascendente”¹⁰⁰, alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia: cioè la disposizione sarebbe ritenuta, da un punto di vista sostanziale, chiara, sufficientemente precisa ed incondizionata. In tale ipotesi, il singolo potrà far valere la disposizione direttamente innanzi al giudice nazionale, il quale dovrà procedere ad applicare la disposizione prevista dall’art. 23, par. 3, lett. b) della direttiva 2012/29/UE.

Infatti, i diritti della vittima vulnerabile sarebbero compromessi dall’eventuale mancata attuazione della direttiva, per cui l’obiettivo da perseguire sarà quello di evitare che lo Stato inadempiente si sottragga ai propri obblighi prescritti da essa¹⁰¹.

Nulla esclude che la normativa interna vigente possa essere ritenuta rispettosa della direttiva 2012/29/UE alla luce dell’interpretazione che eventualmente darà la Corte di giustizia. Ciò perché i giudici interni devono interpretare la materia oggetto della direttiva alla luce della lettera e dello scopo della direttiva medesima e, dunque, l’art. 398, comma 5-bis c.p.p. potrebbe essere inteso già dal giudice *a quo* nel senso che tra le modalità protette sia individuabile anche l’esame a distanza con collegamento audiovisivo¹⁰².

¹⁰⁰ Per effetto diretto verticale “ascendente” si intende la possibilità di invocare l’applicazione diretta di un atto di diritto derivato dell’Unione europea da parte del singolo nei confronti dello Stato membro. *Ex adverso*, non è possibile che una autorità nazionale invochi un atto che espliciti effetti sfavorevoli non recepito o non trasposto correttamente nei confronti di un proprio cittadino, nel caso in cui lo Stato si sia reso inadempiente (cd. effetto diretto verticale “discendente”). Il principio per cui una direttiva non può produrre effetti diretti verticali discendenti, a danno della posizione giuridica soggettiva di un individuo nei confronti dello Stato, ha trovato particolare applicazione nel settore del diritto penale. Invero, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha escluso che una direttiva non tempestivamente o correttamente attuata possa determinare o aggravare la responsabilità penale di soggetti che agiscono in violazione delle sue disposizioni, indipendentemente da una legge interna di recepimento. Sul tema, *ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 1986, *M.H. Marshall C. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, causa 152/84; Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 1979, *Tullio Ratti*, causa C-148/78; Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, causa 8/81; Corte di giustizia, sentenza del 22 novembre 2017, *Edward Cussens, John Jennings, Vincent Kingston c. T.G. Brosnan*, causa C-251/16; Corte di giustizia, sentenza del 231 ottobre 2010, *Antonio Accardi e a.c. Comune di Torino*, causa 227/09; Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, *Paola Faccini Dori c. Recreb Srl*, causa C-91/92; Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2000, *Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia Spa*, causa C-343/98; Corte di giustizia, sentenza del 7 marzo 1996, *El Corte Inglés SA c. Cristina Blázquez Rivero*, causa C-192/94; Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 1996, *Pretura circondariale di Vicenza (Italia) c. Arcaro*, causa C-168/95; Corte di giustizia, sentenza dell’8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, causa 80/86; Corte di giustizia, sentenza dell’11 giugno 1987, *Pretore di Salò c. ignoti*, causa C-14/86; Corte di giustizia, sentenze del 28 aprile 2011, *El Dridi*, causa C-61/11 PPU.

¹⁰¹ Sul punto, vedi ampiamente, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2017, p. 178; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, Bari, 2013; A. IERMANO, *L’effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi “limiti” nei rapporti orizzontali*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 27 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea* (a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO), Napoli, 2018, p. 198 ss.; R. MASTROIANNI, *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, n. 3, p. 429; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, op. cit., p. 306 ss.

¹⁰² Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 1984, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann contro Land Nordrhein-Westfalen*, causa 14/83; Corte di giustizia, sentenza del 13 novembre 1990, *Marleasing SA contro La Comercial Internacional de Alimentación SA*, causa C-106/89; Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1994, *Paola Faccini Dori contro Recreb Srl*, causa C-91/92; Corte di giustizia, Grande Camera, sentenza del 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03; Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07. Nella giurisprudenza interna, v. Cass., SS.UU., sentenza del 17 novembre 2008, n. 27310; Cass., SS.UU., sentenza del 16 marzo 2009, n. 6316.

Il “*best interests of the child*” è, allora, un principio interpretativo fondamentale, da collocare al centro dell’attività ermeneutica ogni qual volta vi siano in gioco i diritti dei minori, in special modo quando essi siano vittime di reato. Non si può però trascendere dalla necessità di porlo in bilanciamento con gli altri diritti contrapposti, fermo restando il principio del contraddittorio¹⁰³.

Del resto, il principio non può sganciarsi da quello di eguaglianza sostanziale. Anzi, a ben vedere, sembra che esso si ispiri proprio a tale principio supremo, giacché si pone a favore di una “fascia debole” di persone che rappresentano il futuro, di guisa che le inevitabili disparità generate dall’applicazione del combinato dei principi a tutela della vittima vulnerabile e del principio dell’interesse preminente del fanciullo non debbano, in ogni caso, produrre effetti discriminatori¹⁰⁴ sia in capo a soggetti portatori di diritti ed interessi contrapposti ad essi, sia in capo ad altri soggetti ritenuti – al pari dei minorenni – vittime vulnerabili presunte, nonché in capo alle vittime vulnerabili atipiche¹⁰⁵.

Purtroppo, allo stato attuale, non esistono dati da analizzare o statistiche relative ai maltrattamenti ed alle violenze perpetrate nei confronti dei minori, né relative all’utilizzo di modalità protette quando vi sia un minore in un processo penale. Tali statistiche consentirebbero di comprendere l’attuale livello di protezione delle vittime minorenni. È auspicabile, dunque, che l’Italia istituisca un sistema nazionale per monitorare e raccogliere dati sulla violenza nei confronti dei minorenni: in particolare, rispetto a tutti i casi in cui essa si manifesti in famiglia o tra le mura domestiche nonché nei casi in cui le vittime siano bambini o adolescenti che versino in situazioni di emarginazione e di svantaggio, al fine di compiere una valutazione complessiva e completa della portata, delle cause e della natura di tale fenomeno.

¹⁰³ Su tale posizione si è attestata anche la Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale ha affermato che: «anche nei procedimenti riguardanti reati sessuali possono essere adottate misure di protezione della vittima, soprattutto se minorenne, ma le stesse devono conciliarsi con un effettivo ed adeguato esercizio del diritto di difesa». V. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 2 luglio 2002, ricorso n. 34209/96, *S.N. c. Svezia*.

¹⁰⁴ Sul rapporto tra interesse preminente del minore e diritto a non essere discriminati M. ACIERNO, *Il mantra del preminente interesse del minore*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 2, p. 93 ss.

¹⁰⁵ La dottrina, a seguito delle modifiche al codice di procedura penale rese necessarie alla luce dei principi stabiliti dalla direttiva 2012/29/UE, suole distinguere le vittime vulnerabili in “presunte” e “atipiche”. Per vittima vulnerabile presunta si intende quella persona offesa da un reato a riconosciuto impatto traumatico, così come indicato espressamente dalle norme (ad esempio, nell’ordinamento italiano, le persone indicate nei casi previsti dagli artt. 351, comma 1-ter e 392, comma 1-bis c.p.p.); per vittima vulnerabile atipica si intende, invece, la persona la cui vulnerabilità sia da accertare caso per caso mediante il ricorso ai parametri indicati dall’art. 90-quater c.p.p. Sul punto, 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 www.penalecontemporaneo.it, 2017, n. 1, p. 71 ss.; E. PILLA, *L’incidente probatorio e l’audizione protetta*, in *Giustizia insieme*, 10 gennaio 2019, disponibile al link: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-penale/555-l-incidente-probatorio-e-l-audizione-protetta>; L. LA GIOIA, *Violenza di genere e processo penale: spunti di riflessione a tutela delle c.d. “vittime vulnerabili”*, in *Annali 2017 del Dipartimento Jonico*, Bari, 2017, p. 228 ss.; S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada*, op. cit., p. 13. Diversamente, c’è chi ritiene che lo stato di vulnerabilità non sia collegato alla tipologia di reato ma si desume solo da una valutazione di profili soggetti ed oggettivi “case by case”; sul punto, v. V. TEVERE, *Verso una “tutela integrata” delle donne vittime di violenza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: sviluppi normativi e profili di criticità*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, p. 200.

È, altresì, necessario procedere alla raccolta di dati relativi all’uso di modalità protette nei confronti di vittime vulnerabili minorenni, per comprendere quali siano i sistemi di protezione utilizzati e in quali casi vengono attivati.

Inoltre, è necessario procedere ad uno *screening* di tutto il territorio nazionale che individui l’esistenza e lo stato di strutture specializzate di assistenza idonee ad assicurare la corretta attuazione delle modalità protette in caso di assunzione della testimonianza delle vittime vulnerabili, al fine di garantire il pieno rispetto del principio dell’interesse preminente del minore nel caso in cui sia vittima di reato.

Sono variegate le operazioni ermeneutiche ed i percorsi per arrivare alla soluzione dei problemi sinora posti. In questa sede non tocca darne una definitiva. Utili, invece, sono le “Osservazioni conclusive 2019” rivolte dal Comitato sui Diritti dell’Infanzia, in seguito all’esame congiunto del quinto e sesto Rapporto presentato dal Governo italiano¹⁰⁶.

Nonostante l’apprezzamento per i mirabili progressi compiuti in seguito alla ratifica della Convenzione, il Comitato sottolinea come sia necessario intervenire al fine di applicare correttamente il principio del preminente interesse del fanciullo in Italia¹⁰⁷. Lo Stato deve rafforzare il proprio impegno per garantire che il principio venga correttamente applicato in tutti i procedimenti giudiziari, nonché assicurare che i minorenni vittime di violenza ricevano cure specialistiche, sostegno e soluzioni riparative adeguate. Inoltre, data l’importanza della partecipazione dei bambini e dei ragazzi in tutte le decisioni che li riguardano, si chiede al Governo italiano di istituzionalizzare tale coinvolgimento.

Infine, il Comitato esorta l’Italia a fornire una formazione sostanziale costante a giudici, avvocati, magistrati del Pubblico ministero, polizia e altri gruppi professionali competenti, su procedure standardizzate sensibili alle tematiche di genere e minorili per interagire con le vittime e su come la stereotipizzazione di genere da parte del sistema giudiziario incida negativamente sulla rigorosa applicazione della legge.

¹⁰⁶ L’esame del Rapporto è avvenuto nel corso della ottantesima Sessione del Comitato, tenutasi dal 14 gennaio al 1° febbraio 2019. Il Comitato sui diritti dell’infanzia è stato istituito dalla Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza (art. 43) ed è composto da diciotto esperti indipendenti, che hanno il compito di esaminare i progressi compiuti dagli Stati parte nell’attuazione degli obblighi contratti con la ratifica della Convenzione, di cui nel 2019 ricorre il 30° anniversario dell’approvazione. Le Osservazioni sono consultabili al seguente link: <https://www.unicef.it/Allegati/Osservazioni_Conclusive_CRC_Italia_2019.pdf>.

¹⁰⁷ In particolare, il Comitato ha raccomandato una maggior attenzione al diritto alla non discriminazione per tutti i bambini che vivono in Italia, compresi i minorenni stranieri non accompagnati, i minorenni di “seconda generazione” e quelli appartenenti alle minoranze, prendendo in considerazione l’adesione al *Global Compact* delle Nazioni Unite per la migrazione sicura ordinata e regolare. Sul *Global Compact* delle Nazioni Unite per la migrazione sicura ordinata e regolare, *ex multis*, C. CARLETTI, M. BORRACCETTI, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, p. 7 ss.; F. CASOLARI, *L’interazione tra accordi internazionali dell’Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell’immigrazione irregolare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, n. 1, p. 26 ss.; D. VITIELLO, *Il contributo dell’Unione europea alla governance internazionale dei flussi di massa di rifugiati e migranti: spunti per una rilettura critica dei Global Compacts*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, n. 3, pp. 1-44.

Nell'era in cui tutto diventa "liquido"¹⁰⁸, non si può rinunciare ad un metodo interpretativo che ponga al centro l'equo bilanciamento degli interessi contrapposti, nel rispetto della persona. Solo mediante tale operazione razionale potranno essere garantiti da un lato i *best interests of the child* e i diritti della vittima, dall'altro i diritti, le garanzie e le libertà dell'accusato, ogni qual volta rilevi la dignità di una presunta vittima minorenne e di un presunto autore di reato.

ABSTRACT: Lo studio si sofferma sull'applicazione del principio dell'interesse preminente del fanciullo nell'ordinamento internazionale e nello spazio giuridico e giudiziario europeo nei casi in cui il bambino sia una vittima vulnerabile. In particolare, dopo aver definito il "*best interests of the child*", si evidenziano le modalità con cui la Corte costituzionale italiana applica tale principio per tutelare le vittime vulnerabili minorenni, bilanciandolo con ulteriori interessi contrapposti. Si passa poi all'analisi della disciplina relativa alla vittima vulnerabile minorenne nelle fonti dell'Unione europea, con specifico riferimento all'attuazione della direttiva 2012/29 UE nell'ordinamento italiano e spagnolo, al fine di individuare eventuali parti di essa rimaste ancora inattuata e proponendo soluzioni *de iure condendo* che tengano in debito conto anche dei nuovi strumenti tecnologici di possibile ausilio rispetto alla tutela della vittima vulnerabile minorenne.

KEYWORDS: interesse preminente del fanciullo – vittima vulnerabile – minorenne – equo bilanciamento di interessi – nuove tecnologie.

THE PRINCIPLE OF THE "BEST INTERESTS OF THE CHILD" AND THE PROTECTION OF THE CHILD VICTIM IN THE LEGAL AND JUDICIAL AREA

ABSTRACT: This study focuses on the application of the principle of the "best interests of the child" in international law and in the European legal and judicial area in cases where the child is a vulnerable victim. Particular attention shall be devoted to describing what is meant by "best interests of the child" and to highlighting the way in which the Italian constitutional court applies this principle to protect vulnerable child victims, balancing it with other conflicting interests. As next step, the analysis deals with regulation of vulnerable child victim in European Union sources, with specific reference to Directive

¹⁰⁸ Sul concetto di "società e modernità liquida", Z. BAUMAN, *Vite di scarto*, Roma-Bari, 2005; ID., *Modernità liquida*, Roma, 2003; ID., *Communitas: uguali e diversi nella società liquida*, Roma, 2013; Z. BAUMAN, K. TESTER, *Società, etica, politica: conversazioni con Zygmunt Bauman*, Milano, 2002; E. PALESE, *La filosofia politica di Zygmunt Bauman: individuo, società, potere, etica, religione nella liquidità del nostro tempo*, Milano, 2012.

2012/29/EU in the Italian and Spanish legal systems, in order to identify any parts of it that have not yet been implemented and proposing *de iure condendo* solutions that take into due account also new technological tools aimed at protecting the vulnerable child victim.

KEYWORDS: best interests of the child – vulnerable victim – children – fair balance of interests – new technologies.