

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

OPINIONI A CONFRONTO

LA TUTELA DELLA VITTIMA NEL SISTEMA PENALE DELLE GARANZIE

Nota introduttiva di GIOVANNI CANZIO

È trascorso appena un decennio dal convegno torinese del 9 giugno 2001, provocatoriamente intitolato *“La vittima del reato, questa sconosciuta”*, che segnava la profonda distanza della disciplina interna rispetto all’apparato di tutela riconosciuto dalle fonti sovranazionali alla *“persona fisica che ha subito un pregiudizio causato direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro”*, con particolare riguardo alla Decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI.

Il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona, menziona espressamente, in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale, i *“diritti delle vittime della criminalità”* (Tit. V, Capo IV, art. 82 § 2, lett. c), nell’ottica di uniformare le legislazioni nazionali degli Stati membri con l’introduzione di “norme minime” comuni a tutela di tali diritti. In quest’ottica, la Commissione europea intende adottare nella prima metà del 2011 una Direttiva indicativa di uno standard minimo di diritti e di tutela delle vittime, da rispettarsi da parte di tutti gli Stati membri dell’Unione europea, che dia concreta applicazione alla citata Decisione quadro del 2001.

Il codice di rito italiano, anche in virtù dei più recenti interventi legislativi di tipo meramente emergenziale o securitario, non risulta conforme agli standard di protezione richiesti dalle fonti sovranazionali nel disegno di un ruolo effettivo e appropriato delle vittime del reato. E però, benché frammentaria e disorganica, sembra tuttavia delinarsi progressivamente nell’ordinamento interno (a partire dalla legge n. 154 del 2001, recante misure contro la violenza nelle relazioni familiari, fino al decreto legge n. 11 del 2009, conv. con legge n. 38 del 2009, e alla legge n. 94 del 2009, in materia di sicurezza pubblica) una significativa evoluzione dei diritti della persona offesa nel processo penale – almeno – sul piano di due microsistemi: quello cautelare, specificamente orientato a tutela della vittima, e quello della testimonianza della vittima “vulnerabile”, dall’incidente probatorio “speciale” all’audizione protetta in dibattimento, diretta a contrastare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria.

Se *“i principi del processo equo esigono che, se necessario, gli interessi*

della difesa siano ponderati con quelli dei testimoni e delle vittime chiamate a deporre” (Cedu, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi), è avvertita per altro verso, nel difficile ma doveroso bilanciamento degli interessi presi in considerazione, l’esigenza di adeguate “compensazioni”, al fine di controbilanciare le deroghe al principio del contraddittorio nella formazione della prova, che comporta l’assunzione anticipata delle dichiarazioni dell’accusatore, e l’obiettiva compressione che ne deriva per l’effettività del diritto di difesa dell’imputato.

Sicché, forte è l’attenzione dei giuristi per gli esiti della delega legislativa per l’attuazione della Decisione quadro del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, giusta i “*principi e criteri direttivi*” dettati dall’art. 53 della recente legge 4 giugno 2010, n. 96 (legge comunitaria 2009), dai quali sembra già emergere la piattaforma di un vero e proprio “statuto” dei diritti delle vittime del reato nel sistema processuale penale.

Abbiamo chiesto a Tommaso Rafaraci e Sandra Recchione di esprimere il loro punto di vista al riguardo, anche alla luce di taluni spunti di riflessione suscitati dai quesiti di seguito riportati.

È utile definire *a priori* le categorie delle persone offese “particolarmente fragili” o “vulnerabili”, oppure è preferibile graduarne variamente il grado e i moduli di tutela processuale in considerazione delle ragioni – l’età, il sesso, le condizioni fisio-psichiche, la tipologia dei delitti – che, di volta in volta, caratterizzano la fonte di prova dichiarativa?

La giurisprudenza di legittimità ha messo in luce il grave problema dell’opacità delle tecniche di assunzione delle informazioni della vittima vulnerabile nel corso delle indagini preliminari da parte della polizia giudiziaria o dal P.M. (Cass., Sez. III, 18/9/2007, P.M. in proc. Scancarello e altri): in quali forme e con quali garanzie dovrebbero essere compiuti gli atti investigativi perché siano effettivamente “fruibili”, cioè controllabili dalla difesa dell’imputato e dai propri consulenti, quando essi diventino ostensibili e utilizzabili?

Come dovrebbe il legislatore rendere armonica la disciplina dell’incidente probatorio “speciale” con quella dei limiti del diritto alla prova nel dibattimento, sterilizzando quindi i danni derivanti dalla c.d. vittimizzazione secondaria ma, nello stesso tempo, senza comprimere, in misura sproporzionata e irragionevole, il diritto al confronto dell’imputato col suo accusatore, pure costituzionalmente garantito?

Sono davvero compatibili, in termini assoluti, gli approdi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo in tema di utilizzazione probatoria e valenza dimostrativa delle dichiarazioni rese anticipatamente dalla fonte vulnerabile, ispira-

ti alla logica duttile e flessibile di quella Corte, con i principi costituzionali sulle garanzie difensive dell'imputato nel giusto processo?

Le linee guida, che emergeranno in sede di attuazione della Decisione quadro del 15 marzo 2001 o di prossima adozione di un'apposita Direttiva della Commissione europea, saranno davvero in grado di assicurare la compiuta ed efficace realizzazione dello "statuto" dei diritti della vittima nel processo penale? Oppure le tante criticità della legislazione nazionale a tutela della vittima (i moduli di acquisizione delle informazioni nella fase investigativa, l'ampiezza dello spettro e della durata delle misure coercitive a protezione della stessa, le larghe deroghe alla formazione della prova nel contraddittorio dibattimentale, lo scarso rispetto per la vita privata della persona offesa e dei suoi familiari determinato dalla massiccia diffusione mediatica delle cronache giudiziarie) rischiano di rimanere comunque esasperate o irrisolte a causa – soprattutto – delle gravi disfunzioni derivanti dalla cronica e irragionevole durata del processo penale italiano?

Tommaso Rafaraci

1. La nota introduttiva suggerisce la traccia di due itinerari sinuosi di riflessione. L'uno si sviluppa sullo sfondo, passando attraverso i campi di evoluzione dei diritti della vittima nel nostro sistema processuale penale, e termina nella domanda su quanto sia ragionevole attendersi decisivi sviluppi dalla prossima attuazione, tramite delega legislativa, della decisione quadro 2001/220/GAI (o dall'attesa adozione di una direttiva della Commissione sui diritti minimi comuni della vittima). L'altro procede invece in primo piano, sotto i riflettori impietosi di quesiti piuttosto scomodi, visitando i terreni del contributo dichiarativo della vittima "particolarmente fragile", o "vulnerabile", segnati dalla costante tensione tra istanze di appropriata protezione del dichiarante ed esigenze di salvaguardia dei diritti della difesa.

Si delinea, comunque, inconfondibile, la matrice culturale di questi come di ogni altro percorso orientato a studiare i modi e la misura più adeguati per una tutela della posizione della vittima nel sistema penale, ormai percepita senz'altro come un obiettivo immancabile [PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 44; TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1457; CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 987 ss.).

Si vuol dire, cioè, la tendenza contemporanea a rimodulare la dialettica individuo-autorità guadagnando maggiori spazi al primo, a scapito della seconda, cioè alla persona, a scapito dell'autorità [ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *questa Rivista*, 2006, p. 305 ss.].

Questa tendenza si riscontra certo già sul versante dell'individuo-imputato, là dove la tradizionale dialettica fra tale soggetto e l'autorità inclina a essere ricomposta attraverso un significativo contenimento degli aspetti più spiccatamente autoritativi del sistema processuale penale. Ma essa investe anche il versante dell'individuo-vittima – ciò che in questa sede soprattutto interessa – là dove l'istanza della vittima a vedersi riconosciuti «un ruolo effettivo e appropriato» nel «sistema giudiziario penale», un «trattamento rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento» e «i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale» (art. 2 comma 1 Decisione Quadro 2001/220/GAI) lascia emergere un assai meno scontato rapporto dialettico fra individuo e autorità, nonché, poi, fra individuo-vittima e individuo-imputato.

Del resto, la stessa evocazione di uno «statuto della vittima», così come il riferimento normativo ai «diritti delle vittime della criminalità» (art. 82 TFUE), denotano un forte tasso fondativo di pretese che, pur in un contesto decisamente pubblicistico, sono propriamente individuali, giungendo anche ad attingere la sfera dei diritti fondamentali della persona.

2. Non importa in questa sede approfondire la nozione di vittima. Il termine, di marca criminologica e di derivazione internazionale, è usato in diversi contesti e non ha contorni di significato nettamente segnati [v. ROSI, *Tutela delle vittime dei reati con particolare riferimento alle vittime vulnerabili*, Relazione a *Incontro di studio su Tutela dei diritti umani. Attività e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 13 giugno 2006, Corte di Appello di Roma, in *www.giustizialazio.it*; CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, 2010, p. 347 ss.).

Nell'ambito della Decisione Quadro 2001/220/GAI è tale, secondo la definizione dell'art. 1, comma 1, lett. a), «la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro». La formula è ampia abbastanza da includere anche posizioni non precisamente ritagliate sulla nozione, a noi familiare, di persona offesa, intesa come titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice [pare rientrarvi il semplice danneggiato, mentre è da escludere

che possa ricomprendere la persona giuridica: cfr. Corte di Giustizia, 28 giugno 2007, C 467/05, Dell'Orto]. Ma è anche univoca abbastanza da indicare chiaramente la duplice condizione in cui si trova chi vi rientri: per un verso, quella di soggetto leso e/o danneggiato dal reato (e senza che rilevi il tipo di reato) e, per altro verso, quella di soggetto "debole", o per meglio dire, "indebolito" nella persona (fisicamente, mentalmente, moralmente) dalla lesione sofferta e dai suoi effetti. Sotto il primo aspetto, la vittima rivendica il diritto a svolgere un ruolo «effettivo e appropriato» nel procedimento penale (fruendo di adeguati strumenti d'impulso e di partecipazione, con le relative garanzie informative), come riflesso dell'interesse a ottenere la punizione del colpevole e il risarcimento del danno. Ed è il caso di notare che il riconoscimento di tale ruolo attivo ricorda, soprattutto per l'ipotesi di offese a diritti della persona, che il potere punitivo non si fonda solo su esigenze di difesa sociale, ma anche di tutela dei diritti individuali. Sotto il secondo aspetto, invece, la vittima esige una protezione personale adeguata, anche in termini di assistenza, sicurezza e *privacy*, tale da evitare che il coinvolgimento nel procedimento penale le provochi ulteriore pregiudizio, soprattutto psicologico e morale (c.d. vittimizzazione secondaria). I due momenti di tutela sono, è evidente, diversamente orientati: come si usa dire, l'uno si attua "nel" procedimento, l'altro invece, proteggendo la persona "dal" procedimento. Ciò non toglie tuttavia che entrambi aspirino a integrare un sistema saldamente agganciato alle prerogative della vittima quale individuo.

3. Il secondo campo, quello della protezione "dal" procedimento, interessa in modo diretto le vittime «particolarmente vulnerabili» o «più vulnerabili». La decisione quadro n. 2001/220/GAI prevede un preciso vincolo a garantire a queste vittime un trattamento protettivo «specifico», «che risponda in modo ottimale alla loro situazione» (art. 2, comma 2). Il contesto della prova dichiarativa, è poi espressamente selezionato come quello in cui l'esigenza di protezione delle vittime dalle conseguenze della loro deposizione in udienza va soddisfatta, per le vittime «più vulnerabili», con particolare cura (art. 8, comma 4).

La decisione quadro non individua, tuttavia, le situazioni di particolare vulnerabilità, né fornisce alcun criterio per individuarle. A questo riguardo, anche in relazione ai problemi della prova dichiarativa, la funzione regolatrice del sistema processuale può essere comunque legittimamente guidata tanto da criteri di natura "oggettiva" (per i quali contano il tipo di reato, il carattere "sensibile" del bene giuridico leso, le modalità della condotta, la relazione tra autore e vittima), quanto da criteri di natura "soggettiva" (per i quali rilevano,

indipendentemente dal tipo di reato o da altri fattori oggettivi, l'età, le condizioni fisiche o psichiche patologiche, il sesso, altre condizioni).

È difficile, certo, prescindere dalla centralità dei criteri "soggettivi" (nella prospettiva dei quali l'esser vittima non fa che aggravare un precedente *status* di fragilità), ma sarebbe pure arduo disconoscere l'utilità dei criteri "oggettivi", legati alla qualità del reato, che permettono di selezionare specifici bisogni di tutela delle vittime già (soggettivamente) vulnerabili nonché, eventualmente, di quelle non altrimenti vulnerabili.

In ogni caso, sia al fine di tener conto dei diversi gradi in cui uno stesso tipo di fragilità può presentarsi, sia in vista di un probabile uso realisticamente integrato dei due tipi di criteri appena indicati, in sede normativa si richiederanno adeguate articolazioni del regime di tutela, che limitano sensibilmente l'utilità – o comunque l'esautività – della definizione *a priori* delle categorie di vittime particolarmente vulnerabili. In questo assetto opportunamente flessibile risulta importante, piuttosto, che emergano con chiarezza le ragioni di ogni distinta modulazione della tutela. È proprio su questo piano, com'è noto, che il nostro sistema processuale presenta notevoli manchevolezze.

Tipicamente sincretica è la condizione del minore di età, che viene in rilievo, per la sua fragilità, già nella veste di semplice testimone [v. AA.VV., *Il minore fonte di prova nel processo penale*, a cura di CESARI, Milano, 2008; GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1019 e, già prima, i contributi di DI CHIARA e PRESUTTI in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Pisa-Lucca 28-30 novembre 2003]. E se è anche vittima, in particolare di gravi reati inerenti alla sfera personale, è, a più forte ragione, vittima fragile; sicché alle tutele garantitegli come semplice testimone, debole in relazione alla minore età, possono aggiungersene altre, connesse alla sua condizione di vittima di particolari reati¹. Come pure è possibile che la minore età, combinata con la natura del reato sul quale l'audizione dovrà vertere, giustifichi l'estensione

¹ In tal senso v. Corte di Giustizia (Grande Sezione) 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, secondo la quale, benché sia controverso «se la circostanza che la vittima di un'infrazione penale sia un minore basti, in linea di massima, per qualificare tale vittima come particolarmente vulnerabile ai sensi della decisione quadro, non può essere contestato che qualora (...) bambini in età infantile sostengano di aver subito maltrattamenti, per giunta da parte di un'insegnante, tali bambini possano essere così qualificati *alla luce, in particolare, della loro età, nonché della natura e delle conseguenze delle infrazioni*» (corsivo nostro).

delle tutele specificamente pensate per la vittima vulnerabile al semplice testimone degli stessi reati [rilevando il concetto ampio di vittima, di cui all'art. 2 della Dec. Quadro 2001/220/GAI, per l'esperienza di fatti traumatici anche il semplice spettatore fragile può esser ritenuto vittima: si pensi al minore in età infantile che assista ad un agguato omicida nei confronti di un familiare]. Nella modulazione delle forme di tutela potrà inoltre ragionevolmente incidere la variabile dell'età infantile o invece adolescenziale del minore.

Vittima particolarmente vulnerabile deve indubbiamente considerarsi l'infermo di mente (pure se) maggiorenne. Ma è utile ricordare che la persona che si trovi in tale *status* è attratta nell'area di tutele specialmente richieste da evidenti esigenze di salvaguardia della dignità umana e della sua personalità già come testimone fragile [Corte cost. sent. 30 luglio 1997 n. 283, in relazione all'art. 498 comma 4 c.p.p.; Corte cost., sent. 29 gennaio 2005 n. 63, in relazione all'art. 398 comma 5-*bis*], prima che come testimone-vittima meritevole di speciale protezione a fronte di alcuni tipi di reato [Corte cost., sent. n. 63/2005, cit., in relazione all'art. 498 comma 4-*ter*].

Le concomitanze con le garanzie connesse alla condizione di semplice testimone cessano, invece, là dove si voglia apprestare tutela anche al maggiorenne. In quest'ambito, in mancanza di *status* patologici, le cause di una particolare vulnerabilità non potranno che ricollegarsi autonomamente alla condizione di vittima e, più precisamente, a quella di vittima qualificata dall'aver patito particolari delitti. Certamente si tratta del fronte più avanzato di possibile tutela, in quanto investe l'area, quella del soggetto maturo, rispetto alla quale la sostenibilità e, di più, l'appropriatezza del regime ordinario della prova dichiarativa risultano direttamente calibrate dal sistema processuale.

Al riguardo, fino a poco tempo fa le sole cautele erano quelle previste nell'art. 472 comma 3-*bis*, che incidono sul profilo "esterno" della pubblicità dibattimentale e sull'oggetto della prova dichiarativa. A vantaggio della riservatezza e della dignità anche del maggiorenne persona offesa di reati in materia di libertà sessuale o implicanti asservimento della persona in tale norma sono stabiliti la facoltà dell'offeso di richiedere che il dibattimento si svolga (anche solo in parte) a porte chiuse e il divieto, durante l'esame di qualsiasi fonte, di domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa che non risultino necessarie alla ricostruzione del fatto (divieto, questo, operante anche nell'eventuale esame in incidente probatorio, per il rinvio di cui all'art. 401 comma 5). Di recente, tuttavia, l'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. è stato integrato prevedendo, nei procedimenti per la serie (a sua volta integrata) di reati ivi richiamati, la possibilità di assumere con incidente probatorio anche la testimo-

nianza del maggiorenne, se persona offesa. L'innesto punta anch'esso alla tutela della riservatezza dell'offeso, in procedimenti per fatti che feriscono gravemente e nell'intimo la sua persona, ma forse conta ancor di più l'aspettativa di fare a meno dell'esame dibattimentale (che pur potrebbe svolgersi a porte chiuse), con le inevitabili rievocazioni del fatto traumatico. Non ne consegue, tuttavia, alcuna deroga alle ordinarie modalità dell'esame, rimanendo ferma l'assunzione della prova nelle forme dell'esame incrociato.

Se quest'ultima *ratio* non fosse centrale, difficilmente si potrebbe ritenere che l'esigenza di evitare le esposizioni a una pubblicità nociva non possano essere adeguatamente soddisfatte con i dovuti accorgimenti in sede dibattimentale (non escluse, *de iure condendo*, anche su altro piano, alle occorrenze più gravi, pertinenti modalità protette: ad esempio, l'uso del vetro-specchio). L'ulteriore esaltazione della riservatezza ottenuta attraverso la dislocazione dell'esame nella sede "appartata" dell'incidente probatorio, non avrebbe senso forte, fuori dell'aspettativa di uscire definitivamente dal processo. Ma se così è, davvero limitatissima deve restare l'area dei reati per i quali consentire l'anticipazione dell'esame: non si dovrebbe andare oltre i più gravi reati relativi alla sfera sessuale e quelli che determinano l'asservimento della persona.

Assai discutibile è, pertanto, che ciò possa avvenire, *ex art.* 392, comma 1-*bis*, anche nel caso del maggiorenne vittima del nuovo reato di atti persecutori, perché questa opzione legislativa tradisce una tendenza, non degna di essere assecondata, a tramutare l'incidente probatorio in una leva ordinaria della politiche di protezione della vittima.

4. Sull'opacità dell'assunzione di informazioni dalla persona offesa particolarmente vulnerabile ad opera del pubblico ministero o della polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, occorre essere espliciti. Il contesto peculiare di esperienza è quello delle vittime di abusi sessuali in età infantile. E il problema, per come emerge dagli accenti posti dalla Corte di cassazione, è essenzialmente quello della scarsa trasparenza di un'attività investigativa di particolare delicatezza. Rispetto a questa attività, mentre non si riduce certo il bisogno di protezione del minore dal rischio di "vittimizzazione secondaria", si accentua decisamente quello di irreversibile pregiudizio per la genuinità del contributo probatorio.

La mancanza di qualsivoglia disciplina normativa e comunque l'assenza di protocolli operativi condivisi, rendono prezioso il ricorso alla documentazione audiovisiva per la migliore conservazione della memoria dell'atto. Invero, il vuoto di disciplina fa sì che il controllo postumo sull'atto si atteggi quale vero

e proprio vaglio interamente costitutivo della “legittimità” dell’atto stesso e, in stretta connessione, del credito attribuibile ai suoi risultati. Il che rende la videoregistrazione particolarmente utile e anzi irrinunciabile. Nell’ottica della Corte di cassazione [Cass. Sez. III, 18 settembre 2007, P.M. in Proc. Scanca-rello e altri], la fruibilità garantita dalla videoregistrazione consiste nella non sottrazione alla difesa della consueta possibilità di seguire, sia pure *ex post*, il percorso investigativo, con gli accorgimenti documentali necessari ad annullare il *deficit* di controllabilità derivante dalla peculiare assenza di norme e prescrizioni *ad hoc* proprio in una materia che ne avrebbe particolare bisogno. L’ostensibilità dell’audizione attraverso l’uso della documentazione videoregistrata, cioè, giova a recuperare l’ordinaria opportunità di critica delle informazioni raccolte unilateralmente, quindi con approccio fisiologicamente investigativo, in un campo fortemente caratterizzato da interazioni particolarmente delicate fra interrogante e interrogato.

Non sembrano cogliersi invece nell’argomentazione della Corte, indicazioni, sia pure soltanto di prospettiva, che puntino sulla trasparenza fornita dalla videoregistrazione quale chiave per un uso probatorio tendenzialmente ampio dei risultati di colloqui anche non partecipati. Un uso che sarebbe anzi quello più appropriato, ove si muovesse dalla premessa secondo cui l’emersione del sapere del minore vittima è frutto di un delicato *work in progress*, da gestire per tappe, che, per esser colto nella sua genuinità, importa più accompagnare, seguire, memorizzare (audiovisivamente) e poi valutare nell’insieme, piuttosto che turbare, almeno nei suoi passaggi più delicati, con le disamine tipiche (ancorché modulate e protette) della acquisizione partecipata.

Per la verità, nell’occasione la Corte di cassazione ha avuto, appunto, riguardo alla specifica esigenza di garantire l’“ostensione”, ai fini del controllo e della critica (in sede cautelare), di metodi che, proprio per non essere materia di protocolli scientifici recepiti e condivisi, hanno purtroppo bisogno di essere di volta in volta riconosciuti come validi, prima di accertarsi, poi, se siano stati effettivamente e correttamente osservati. Tuttavia, pur a voler credere che, implicitamente, la Corte abbia voluto indicare nella videoregistrazione uno strumento utile più in generale alla fruibilità valutativa anche dei colloqui propriamente informativi svolti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, la conclusione non cambierebbe. Il recupero dell’ordinaria controllabilità del sapere formato unilateralmente non può ridondare a svantaggio del contraddittorio (ancorché protetto) nella formazione della prova. D’altra parte la videoregistrazione è, di per sé, strumento neutro. La virtù di ridurre, sia pure artificialmente, la distanza tra il “luogo” dell’esperienza informativa e

l'“altrove” in cui questa deve essere poi vagliata, nulla dice, di per sé, sugli obiettivi a cui essa può rendersi utile.

5. Nella lettura della sentenza sul caso di Rignano, non dovrebbe sfuggire che la Corte di cassazione riconduce la carenza di fruibilità non, senz'altro, alla mancata videoregistrazione della consulenza psicodiagnostica ma, piuttosto, a una peculiare combinazione di fattori, cioè alla «scelta di optare per la procedura non garantita *unita* a quella dell'esperto di non videoregistrare i colloqui». Scelta, la prima, legittima, ammette la Corte, ma operata «implicitamente ma discutibilmente ritenendo che la situazione psicologica non fosse passibile di mutazione nel tempo». Ciò chiarisce che, per la stessa Corte, la fruibilità tramite videoregistrazione di colloqui comunque avvenuti in contesto non garantito non è una nuova, più matura frontiera del contraddittorio bensì semplicemente il *minimum* per non rendere inaccettabile una scelta in questi casi solitamente già discutibile. Come appena segnalato, proprio la mutabilità nel tempo della condizione psicologica del minore vittima è dichiaratamente vista quale fattore, quantomeno, di “discutibilità” della opzione per il colloquio (nella specie quello psicodiagnostico) non partecipato.

In verità, in questa sentenza, come in generale nella più accorta giurisprudenza di legittimità, si colgono indicazioni chiare in favore della tempestività della raccolta del contributo del minore vittima, della parsimonia delle audizioni, ma soprattutto si coglie un'indicazione prioritaria in favore dell'adozione di forme partecipate, per se stesse idonee a “cristallizzare” tempestivamente in chiave probatoria il contributo del minore vittima, secondo moduli che anche la fase delle indagini preliminari, sia pure in via di eccezione e in casi tassativi, non manca di offrire [v. Cass. Sez. III, 24 luglio 2009, Falanga]. Il che risponde all'esigenza di tutelare la genuinità della prova dai rischi di usura e di deperibilità peculiari di questo tipo di fonte, come a quella di proteggere il minore vittima sottraendolo, per quanto possibile, a ulteriori occasioni di servitù processuale nocive per il buon esito dei processi di assorbimento del trauma subito.

Nell'insieme, quindi, sembra che la giurisprudenza rilanci, anziché superare, il tema della prova anticipata come orizzonte privilegiato o, addirittura, in certi ambiti, tendenzialmente esclusivo, dell'audizione del minore durante la fase delle indagini preliminari. E comunque non pare che vi sia spazio per includere le audizioni investigative unilaterali – tutte da disciplinare ma in qualche misura ineludibili – nell'orbita della cognizione propriamente dibattimentale.

6. Non è mancata, lo si sa bene, la ricerca della soluzione estrema: ottenere la protezione del minore vittima vulnerabile, sottraendolo del tutto all'esame dibattimentale. L'effetto è stato quello di aprire varchi non autorizzati di deroga alla regola della formazione della prova *coram partibus*. Le figure impropriamente forzate sono state, com'è noto, soprattutto quelle degli artt. 512, 195 comma 3 e, piuttosto inopinatamente, 526 comma 1-*bis* c.p.p., e non è questa la sede per riprendere gli argomenti, sviluppati dalla migliore dottrina, che rendono di norma impraticabile il ricorso a questi canali di vera e propria "fuga" del minore vittima dalla testimonianza. È opportuno piuttosto, segnalare che la testimonianza indiretta dei genitori o dei familiari, su quanto appreso dal minore, pone delicatissimi problemi di valutazione anche nell'ipotesi in cui non si surroghi a quella del minore, attraverso l'impropria dilatazione dei casi dell'art. 195, comma 3, ma concorra con essa nel quadro dell'istruzione dibattimentale [cfr. Cass. Sez. III, 24 luglio 2009, Falanga, cit.].

Seguendo la traccia, qualche parola va spesa, invece, per confermare la difficoltà di mutuare nel nostro sistema processuale penale le soluzioni che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo suggerisce in tema di utilizzabilità in giudizio delle dichiarazioni rese anticipatamente, in contesto non garantito, dalla fonte vulnerabile.

È noto che, attraverso la mediazione dell'art. 8 C.e.d.u. (diritto al rispetto della vita privata e familiare), è la stessa nozione di processo equo *ex art.* 6 C.e.d.u. a richiedere una ponderazione dei diritti della difesa con quelli di testimoni e vittime chiamate a deporre, sulla linea della ricordata sentenza Doorson. A essere coinvolto è naturalmente il diritto al confronto con l'accusatore, che si tratta pur tuttavia di salvaguardare. Il modo per farlo è, secondo la Corte europea, ripiegare, se necessario, dallo *standard* del confronto diretto con la fonte di prova in udienza a quello meno impegnativo di un'occasione – buona anche se fruita fuori dell'udienza, in altra fase del procedimento – in cui l'imputato abbia potuto rivolgersi al teste per contestarne le affermazioni accusatorie. Pure se poi questa occasione manchi, l'equità del processo resta salva tutte le volte in cui le dichiarazioni sfuggite alla critica, benché utilizzate, non siano risultate decisive per la condanna.

Si tratta di una linea di fondo – via via sviluppata, sebbene con diversi accenti, a partire dai casi di "assenza" del teste dall'"udienza" – che postula la normale necessità, ma anche la sufficienza, del contraddittorio differito con la fonte di prova [v. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2° ed., Milano, 2009, p. 80 ss.]. È un punto fermo nella giurisprudenza di Strasburgo, attorno al quale, semmai, ruota una variegata casistica, arricchitasi di recente

proprio in tema di testimoni vulnerabili (soprattutto minori vittime di abusi sessuali, ma anche di altri gravi delitti contro la persona) che cerca di stabilire a quali requisiti minimi debba, a sua volta, rispondere il necessario “contatto” dell'imputato (o almeno della sua difesa) con il teste, affinché possa dirsi che non sia mancata l'occasione di un confronto, pur differito, con la fonte di prova. È agevole comprendere il perché, nella prospettiva della Corte europea, questo sia un punto cruciale, da approfondire di volta in volta per la diagnosi sul rispetto dell'art. 6 comma 3 lett. d) C.e.d.u. Infatti, proprio il profilo “erratico” di un'occasione di confronto che può essere ricavata in ogni sede (anche nella fase investigativa e, all'estremo, persino in assenza del giudice), senza che siano escluse *a priori* forme mediate e filtrate di contatto, impone un vaglio attento di ognuna delle fattispecie portate all'attenzione della Corte.

Ora, può darsi che da queste elaborazioni possano trarsi, in punto di modalità protette del confronto, indicazioni praticabili, se non già praticate, nel nostro ordinamento. L'importante è, tuttavia, non perdere di vista che nell'ottica della Corte europea queste elaborazioni servono a preservare gli *essentia-lia* di un'adequata occasione di confronto, dovunque dislocata nel procedimento, e non a garantire il contraddittorio nel momento genetico della formazione degli elementi di prova. La stessa videoregistrazione si colloca in questo quadro. Essa, infatti, o serve alla difesa per controllare l'effettività dell'occasione di confronto, là dove questa sia stata realizzata con modalità mediate [v. Corte europea dir. uomo, 2 luglio 2002, S.N. c. Svezia]; oppure, se apprestata in ordine a dichiarazioni rese fuori del confronto, essa serve non solo a rendere più efficace il confronto differito ma anche, purché questo non sia mancato, a consentire una più fedele utilizzazione probatoria in giudizio delle dichiarazioni rese in assenza di dialettica.

La conclusione pare obbligatoria. Nel nostro ordinamento vi sono certamente spazi per temperare le forme del contraddittorio dibattimentale, escludendo, se del caso, quella dell'esame incrociato e, di più, includendo altre mediazioni protettive; vi sono, ancora, spazi per dislocare la prova dichiarativa, sia pure in via di eccezione, in fasi anteriori del procedimento che sacrificano l'immediatezza. Nessuno spazio diverso da quello circoscritto nell'art. 111 comma 5 Cost. è invece a disposizione per derogare al contraddittorio nel momento genetico della formazione della prova. Secondo la stessa Corte costituzionale, l'art. 111 comma 4 Cost. non vale come semplice monito all'implementazione della dialettica probatoria ma piuttosto come precisa regola di esclusione probatoria che – salve le deroghe inquadabili nel comma successivo –rende costituzionalmente insufficiente il confronto differito di cui si appaga la Corte

europea. Trattandosi, d'altra parte, di vera e propria regola di esclusione, non dovrebbe venire nemmeno in considerazione l'eventualità, tollerata dalla Corte europea, di un'utilizzazione, per quanto marginale, delle dichiarazioni rese dal teste fuori del contraddittorio formativo della prova e non passate al vaglio del contraddittorio differito².

7. Si è accennato più sopra che l'audizione in incidente probatorio della fonte particolarmente vulnerabile (soprattutto il minore in età infantile vittima di abusi sessuali) emerge come prospettiva privilegiata dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Il tema non va sovrapposto a quello delle modalità speciali (variamente attutite o protette) dell'esame, che dovrebbero essere, nel loro insieme, opportunità previste in ogni sede di formazione della prova. L'anticipazione dell'esame dovrebbe propriamente rispondere a specifiche finalità, di conservazione della prova o della sua genuinità, oppure di protezione rinforzata del dichiarante, contando che l'esame in incidente probatorio possa esaurire le servitù processuali della sua fonte.

È un campo che resta di certo riservato all'intervento del legislatore e non all'opera dell'interprete. Ed è noto che la Corte costituzionale ha usato in materia particolare prudenza nel procedere al vaglio di ragionevolezza sulle opzioni del legislatore, avendo a suo tempo reputato non censurabili sotto questo profilo i limiti apposti all'incidente probatorio "speciale" *ex art. 392 comma 1-bis* [v. Corte cost., sent. 18 dicembre 2002, n. 529; Corte cost., ord. 1° aprile 2003, n. 108; Corte cost., ord. 29 dicembre 2000 n. 583]. La susseguente domanda in via pregiudiziale alla Corte di giustizia di Lussemburgo, tesa al riconoscimento dell'inadeguatezza di tali limiti alla luce della decisione quadro n. 2201/220/GAI, ha prodotto, com'è noto, una decisione che, pur nettamente orientata in questo senso, non poteva valere a superali [Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, cit.].

Ma ancora sul piano della ricerca di convalide in sede sovranazionale, si registra da ultimo una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale, avanzata per

² Simile problema invece si pone negli spazi di deroga previsti dall'art. 111 comma 5 Cost. e segnatamente nella figura dell'art. 512 c.p.p., là dove il nostro sistema non prevede, almeno esplicitamente, vincoli a un uso comunque solo marginale – secondo l'adagio della Corte europea – delle dichiarazioni sottratte a qualsiasi forma di dialettica con la fonte dichiarativa, cioè anche a quella differita e meramente critica. In questo scarto non si è mancato di vedere un profilo di inosservanza della nostra legge processuale penale con le prescrizioni della C.e.d.u., come intese dai giudici di Strasburgo.

conoscere se gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro n. 2001/220/GAI debbano essere interpretati nel senso di ostare ad una normativa nazionale (artt. 392 comma 1-*bis*, 394 c.p.p.) che non preveda l'«obbligo per il pubblico ministero di richiedere l'audizione e l'esame della persona offesa e vittima minore con le forme anticipate rispetto al dibattimento dell'incidente probatorio» né la possibilità, per la stessa persona «di ricorrere ad un giudice contro la decisione negativa del pubblico ministero sulla sua richiesta di essere ascoltata nelle forme adeguate dell'incidente probatorio» [Trib. Firenze, 25 ottobre 2010, Bernardi, Causa C-507/10, in G.U.U.E, 15 gennaio 2011, C 13/20]. Ritornano così domande di sicuro rilievo. In primo luogo, se sia opportuno – o addirittura dovuto alla stregua della decisione quadro – che in determinati ambiti la richiesta di esame anticipato della fonte particolarmente vulnerabile diventi materia di un obbligo; inoltre, se la persona interessata non meriti – come in effetti sembra ragionevole – di essere essa stessa titolare non solo della debole facoltà di richiesta al pubblico ministero ma anche del potere di rivolgersi al giudice, almeno in seconda battuta, cioè se la sua richiesta al pubblico ministero non sia assecondata.

Ora, se vi è un'area in cui poco si può dubitare che istituire il dovere del pubblico ministero di richiedere – e del giudice, verosimilmente, di disporre, senza significativi margini di discrezione – l'incidente probatorio “speciale” sia la soluzione di gran lunga preferibile, questa è l'area di tutti i minori infraquattordicenni, vittime o anche semplici testimoni, indipendentemente dal tipo di reato per cui si proceda.

Le esigenze protettive specifiche della persona offesa particolarmente vulnerabile (in relazione alla qualità del reato subito) si versano e si soddisfano in questo caso, nel più vasto ambito delle garanzie previste – innanzitutto per la genuinità della prova – a ragione dell'età essenzialmente infantile della fonte.

Una valutazione caso per caso – in cui, pure, possa adeguatamente contare la diversità dei punti di partenza, e che l'interessato abbia comunque facoltà di provocare, sottraendosi al monopolio dell'iniziativa di parte – dovrebbe rimanere la soluzione più adeguata nelle altre ipotesi di giustificabile apertura all'incidente probatorio: cioè quelle del minore infradiciottenne, persona offesa particolarmente vulnerabile in relazione alla qualità del reato subito, o anche semplice testimone di reati della stessa qualità. Lo stesso regime – se non altro per la duttilità di valutazione che consente – pare adeguato a tutelare l'infermo di mente (infradiciottenne o maggiorenne) persona offesa o anche semplice testimone degli stessi reati. Ugualmente caso per caso andrebbe autorizzato l'accesso all'incidente probatorio del maggiorenne, se persona offesa di delitti

qualificati, sulla linea, della vigente versione dell'art. 392 comma 1-*bis*.

Si sa bene, poi, che l'incidente probatorio "speciale" non basta da solo alla sua efficacia. Occorre che sia accompagnato dagli accorgimenti che garantiscono gli obiettivi di genuinità della prova e di protezione del dichiarante in vista dei quali si giustifica il sacrificio del contraddittorio dibattimentale. Se ne richiede quindi la "tempestività", intesa sia come minor lontananza possibile dal tempo del reato, sia come drastico contenimento, se non soppressione, almeno di fronte a soggetti in età infantile, di audizioni investigative anteriori all'incidente.

D'altra parte, è necessario che vi sia e funzioni adeguatamente un meccanismo deputato a far sì che l'incidente probatorio valga a evitare l'esame in dibattimento. Questo compito è affidato all'art. 190-*bis* comma 1-*bis* ma, com'è noto, la previsione contiene vistosi difetti di coordinamento con l'odierno art. 392 comma 1-*bis*, tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello oggettivo (oltre al resto – catalogo dei reati asimmetrico, riferimento solo ai minori infrasedicenni –, non è richiamata l'ipotesi dell'incidente probatorio dell'offeso maggiorenne, ora consentito dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.), che le impediscono di svolgere con coerenza la sua funzione. Altro è poi che, pur riparati questi difetti, il meccanismo in se stesso non sia in grado di scongiurare in assoluto l'audizione dibattimentale. Pare tuttavia che i margini residui per questa eventualità non siano ulteriormente comprimibili. Pur protetto nelle modalità, e con tutte le cautele del caso in punto di valutazione di dichiarazioni provenienti da una fonte fragile e ormai "compromessa", l'esame davanti al giudice del giudizio su fatti e circostanze nuove, resta una possibilità.

8. Al di là delle maggiori questioni inerenti alla misura del ricorso alla prova anticipata, restano ben individuabili alcune linee di razionalizzazione del sistema di deroghe al regime delle modalità ordinarie di acquisizione della prova dichiarativa.

Occorrerebbe in primo luogo uniformare – eliminando residui scarti e dubbi interpretativi – le forme e modalità speciali di audizione disponibili rispettivamente nell'incidente probatorio e nel dibattimento, prevedendone peraltro la fruizione non solo per la testimonianza in senso stretto ma per tutte le prove – tra queste sicuramente la ricognizione e il confronto – che implicano un'audizione.

Varrebbe, inoltre, ribadire con chiarezza che la possibilità di accesso a tutte le cautele rivolte a evitare i disagi e i pregiudizi derivanti dall'atto stesso del deporre è offerta – salvo, poi, naturalmente, individualizzarle – a ogni mino-

renne, indipendentemente dall'età, dal tipo di reato e dall'esser anche vittima o semplice testimone e, parimenti, all'infermo di mente maggiorenne.

Sarebbe opportuno, poi allargare la gamma dei reati in relazione ai quali la protezione del minore è rinforzata fino a comprendervi almeno i più gravi reati contro la persona commessi con uso di violenza; nonché – là dove si ritenga che alcuni profili di tutela debbano restare essenzialmente riservati al minore che sia anche persona offesa degli stessi reati – equiparare a quest'ultimo il minore semplice testimone dei reati medesimi, se commessi in danno di prossimi congiunti o in ambito domestico. Similmente meriterebbe provvedere per l'infermo di mente maggiorenne.

Occorrerebbe, ancora, attribuire all'interessato, tanto più se persona offesa, la facoltà di richiedere le forme di protezione disponibili (similmente a quanto è auspicabile per l'attivazione dell'incidente probatorio speciale).

Quanto al giudice, è bene che egli sia provvisto di costanti poteri d'ufficio, che gli consentano di provvedere anche nell'inerzia delle parti o dell'interessato (oggi, ad esempio, l'esame schermato necessita di un'iniziativa dell'offeso o del suo difensore, anche se poi è dovere del giudice disporlo: art. 498 comma 5-ter c.p.p.).

E naturalmente, pur nel quadro di una descrizione sperabilmente meno generica delle modalità protette dell'esame, è importante conservargli poteri discrezionali che gli permettano di adattare all'età e alle altre condizioni le misure più idonee nel caso di specie.

Una costante assistenza affettiva e psicologica, almeno al di sotto di una certa età, dovrebbe, infine, esser prevista, sul modello dell'art. 609-*decies* c.p., ma in generale, come fattore di protezione del soggetto debole non solo in sede di audizione ma per tutto il corso del procedimento.

Da quest'ultima base dovrebbero poi muovere linee di disciplina esplicite dell'audizione in fase investigativa, presidiate all'occorrenza da sanzioni processuali, in cui far posto alla riserva dell'audizione al magistrato, e all'intervento di personale di polizia giudiziaria specializzato per ogni diverso contatto con la fonte particolarmente vulnerabile, all'uso di locali idonei e ad altre modalità protette. Inoltre, non pare possano essere lasciate alla libertà della prassi, fuori da protocolli accreditati e condivisi, i profili della tempestività delle audizioni, degli stretti limiti alla loro iterazione³, delle modalità e dei

³ Cfr. l'art. 3, comma 2, Dec. Quadro 2001/220/GAI, secondo la quale gli Stati membro dovranno adottare misure necessarie affinché le autorità competenti interrogino le vittime soltanto quando è necessario al procedimento penale. Sul punto, ancora più dettagliata si presenta

confini delle domande, nonché quello, non certo ultimo, della precisa finalità – e, prima ancora, della stessa ammissibilità – di consulenze psicodiagnostiche preventive, soprattutto sul delicato crinale del rapporto tra accertamento della capacità di testimoniare e valutazione della c.d. attendibilità psicologica del minore.

9. La delega legislativa per l'attuazione della decisione quadro (artt. 52 e 53 della legge 4 giugno 2010 n. 96) non sembra destinata, in verità, a promuovere decisivi salti di qualità. Quanto al tema della prova dichiarativa, cui si riferisce la direttiva dell'art. 53 lett. b), non pare proprio che dalla sua attuazione ci sia da aspettarsi la complessiva rivisitazione e razionalizzazione della materia che obiettivamente occorrerebbe. Ciò, infatti, come si è visto, richiederebbe di intervenire contestualmente – con opportune distinzioni ma anche con adeguati raccordi – negli ambiti della semplice testimonianza dei soggetti deboli, che però la delega, tanto più in quanto riferita alla persona offesa, anziché alla vittima, non consente di ritenere in alcun modo inclusi.

Lo scetticismo cresce se si considera poi che la delega lascia del tutto fuori la fase delle indagini preliminari, proprio quella in cui l'audizione della persona offesa (come del semplice teste) particolarmente vulnerabile non gode a tutt'oggi di alcuna disciplina di garanzia, nonostante essa ricada in un momento la cui cattiva gestione può frustrare l'efficacia delle cautele apprestate nelle sedi successive.

Dubbia è altresì la possibilità di intervenire sull'incidente probatorio, dato che la delega richiama l'incidente probatorio, in una con l'udienza preliminare e il dibattimento, limitatamente al fine di prevedere che siano introdotte, in sede di assunzione della testimonianza della persona offesa particolarmente vulnerabile, «modalità idonee a proteggere la sua personalità e a preservarla dalle conseguenze della sua deposizione in udienza».

Nell'insieme, pare che, per i troppo stretti limiti della delega, difficilmente ne potrà scaturire un intervento del respiro richiesto dalla spiccata complessità della materia.

Di sicuro rilievo, ma anche in questo caso di ambito assai circoscritto, sono

la proposta di direttiva sulla tratta di esseri umani (2010/0065(COD)). La proposta prevede la differenziazione delle cautele a seconda che si tratti di vittima adulta (art. 11) o di "vittima-testimone minorenni" (art. 14), prescrivendo in quest'ultimo caso, che "le audizioni si svolgano nel numero più limitato possibile e solo se strettamente necessarie ai fini del procedimento penale".

le altre disposizioni della delega, che toccano essenzialmente la materia dei diritti di informazione e di comunicazione di cui agli artt. 4 e 5 della decisione quadro (art. 53 lett. a) l. n. 96 del 2010). A quest'ambito sfuggono soltanto le due disposizioni dell'art. 53 lett. c) e d) che, in attuazione dell'art. 12 comma 2 della Dec. Quadro 2001/220/GAI, prevedono l'introduzione delle facilitazioni necessarie a far sì che la vittima possa presentare nel Paese di residenza una denuncia valida nel diverso paese in cui il reato è stato commesso e in cui si svolge il procedimento.

Si rafforza, quindi, secondo indicazioni direttamente riprese dalla decisione quadro, il solo "statuto informativo" della vittima (per la delega, persona offesa), che vanterà il diritto di ricevere dall'autorità giudiziaria (nel rispetto del segreto investigativo, in forme adeguate a garantire la comprensione e in lingua generalmente compresa), oltre che completi ragguagli "astratti", sull'assistenza che può ottenere nel procedimento e sui diritti sostanziali e processuali riconosciuti a essa dalla legge, concrete informazioni sull'esito della sua denuncia o querela, sulla decisione finale dell'autorità giudiziaria (la decisione che definisce il processo), nonché, in stretta connessione con l'esigenza di sicurezza, sulla data di liberazione della persona indagata, imputata o condannata.

Anche al di là di quanto previsto in tema di prova dichiarativa, la delega si presenta in sostanza, più come un atto dovuto per colmare una lunga inadempienza, che come occasione per sviluppare, secondo un approccio ampio e integrato, un vero statuto della vittima nel sistema giudiziario penale.

10. Infine, come incide in questa materia la eccessiva durata del processo penale? Se si conviene che la persona offesa è titolare di un interesse alla definizione del processo, coltivabile nelle forme di diritti partecipativi sempre più densi⁴, non è dubbio allora che l'eccessiva durata pregiudica i suoi interessi e svuota di efficacia gli strumenti processuali dati per realizzarli. Vale cioè anche per questo soggetto emergente ciò che vale per le parti (e innanzitutto per l'imputato). Senonché, l'incapacità del processo di svolgere adeguatamente la

⁴ La Corte di giustizia ha stabilito che la Decisione Quadro 2001/220/GAI non obbliga il giudice nazionale ad ammettere l'audizione della vittima di reato come testimone nell'ambito di un procedimento in cui sia la stessa vittima ad esercitare, quale privato, l'accusa, sostituendosi al pubblico ministero. Tuttavia, la stessa Corte ha precisato che ove la vittima sia priva della possibilità di assumere la veste di testimone, essa deve comunque poter essere ammessa a rendere una deposizione che possa essere presa in considerazione come elemento di prova (Corte di Giustizia (Sezione Terza), 9 ottobre 2008, C-404/07, Katz).

sua funzione cognitiva e decisoria genera ulteriori guasti. Non rimane, infatti, solo il vuoto della funzione non assolta ma si producono, su opposti versanti, surrogati degenerativi. Se sul versante dell'imputato il rischio è dato dal prodursi di aspettative di fuga dall'accertamento di responsabilità e dalla pena, sul versante della persona offesa il rischio è che si faccia leva sulle esigenze di tutela della sua posizione per convertire il processo nel luogo in cui comminare di fatto atipiche sanzioni anticipate, e su cui scaricare istanze di prevenzione e di "sicurezza". In questa sede si possono appena ricordare i rinforzi recentemente intervenuti nel sistema cautelare: si pensi soprattutto, per un verso, all'inclusione nell'art. 275 comma 3 c.p.p. di un'ampia gamma di reati – non solo a sfondo sessuale o di sfruttamento sessuale dei minori – fra quelli per cui opera la presunzione assoluta di idoneità della misura custodiale [ma v. la decisione di parziale illegittimità intervenuta con Corte cost. sent. 21 luglio 2010, n. 265]; e, per altro verso, all'introduzione della misura cautelare, di portata generale, del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-ter c.p.p.)⁵. Essi sono indicativi, rispettivamente, dell'una e dell'altra tendenza. Che è proprio la durata eccessiva del processo a rimarcare, dato che, a processo troppo lungo, conseguono troppo lunghe – tutt'altro che provvisorie – misure cautelari.

La proiezione del giudizio verso un tempo lontano è fonte di disequilibri. Esigenze investigative, con il relativo segreto, orientate verso la più prossima dimensione cautelare possono indurre a preferire l'audizione non partecipata anche là dove essa sia chiaramente sconsigliata.

D'altra parte, quanto all'esame in incidente probatorio, la lontananza del dibattimento rinforza la tendenza a guardare all'istituto come a un ordinario strumento di formazione della prova. Ciò finisce per annullare la percezione del divario cognitivo rispetto all'esame dibattimentale, oscurando così le ragioni per le quali l'assunzione anticipata della prova resta un'eccezione anche a fronte delle crescenti istanze di tutela della vittima.

In un processo troppo lungo, insomma, le inchieste con vittime vulnerabili possono offrire a loro volta invitanti occasioni per spostare il baricentro del sistema al di qua del giudizio.

⁵ La misura cautelare in discorso si accosta alla protezione assicurata in ambito civilistico (artt. 342-bis e 342-ter c.c.) tramite i c.d. ordini di protezione della vittima. Le prospettive di tutela sono destinate ad ampliarsi ulteriormente, almeno per le donne vittime di reati violenti, se verrà approvata la proposta di direttiva in tema di "ordine di protezione europeo" presentata nel gennaio 2010 da dodici Stati Membri.

Ciò è a dirsi anche in ordine al rispetto della vita privata della persona offesa e dei suoi familiari. Naturalmente l'eccessiva durata trattiene comunque più del lecito sulla scena pubblica le persone coinvolte (anche se è vero che tempi più ragionevoli non risparmierebbero dall'invasione mediatica). Ma l'impatto mediatico forte è quello dell'inchiesta, non quello più freddo e lontano del dibattimento.

Sandra Recchione

1. Probabilmente i tempi sono maturi per riflettere in modo critico sulle garanzie offerte alla vittima da reato nel nostro sistema processuale penale.

Il nostro processo, di matrice marcatamente accusatoria, garantisce infatti in modo penetrante e diffuso i diritti dell'imputato, ma lascia in ombra i diritti delle vittime ("presunte" naturalmente, fino a emissione di eventuale sentenza definitiva di condanna).

Diversi sono i *deficit* di tutela che si registrano.

Nell'area delle cautele, ad esempio, ci si chiede se il nostro ordinamento sia sufficientemente "attrezzato" a reagire contro ingiustificate *inerzie* del pubblico ministero nella gestione delle misure mirate alla protezione dell'incolumità dell'offeso.

Ci si chiede, per altro verso, se la previsione della facoltà di rimettere la querela in relazione a reati che segnalano un serio pericolo per la vita dell'offeso sia compatibile con una tutela *effettiva* dei diritti delle vittime.

Nell'area del diritto alla prova e, più estesamente, del diritto alla tutela giurisdizionale, ci si chiede, inoltre, se nel nostro sistema il diritto della vittima alla corretta e tempestiva acquisizione della prova (anche solo ai fini della efficacia della costituzione di parte civile) sia adeguatamente tutelato.

La persona offesa nella fase delle indagini preliminari ha alcune rilevanti prerogative, come la facoltà di chiedere al pubblico ministero l'incidente probatorio, o il diritto di essere coinvolta nel confronto pre-processuale previsto dall'art. 360 c.p.p.. Tuttavia non è destinataria dell'avviso *ex art. 415 bis* c.p.p. e, di conseguenza, non è messa nelle condizioni di indicare, previa visione del compendio probatorio raccolto, elementi di prova ritenuti essenziali (e, forse, dalla stessa unicamente conosciuti).

Ma il nodo problematico maggiore si registra nell'area della formazione della prova dichiarativa.

La consolidata scelta del contraddittorio come presidio di garanzia per la

difesa dei diritti dell'imputato, quando "reagisce" con i diritti della vittima ad essere tutelata "dal" processo mostra i suoi limiti: quando il reato per cui si procede lede beni primari della persona (libertà personale e sessuale in primo luogo), la vittima-testimone, rischia infatti di patire dal contraddittorio dibattimentale, oltre che pervasivi effetti di "vittimizzazione" secondaria o "da processo", anche traumi direttamente incidenti sulla riedizione del ricordo, cui può conseguire un danno imponente sulla formazione della prova testimoniale.

L'essenzialità della testimonianza delle persone offese non solo per la formazione della prova, ma per la stessa *emersione* di alcuni reati, rende quanto mai urgente il tentativo di trovare una soluzione equilibrata al bilanciamento degli interessi sopra accennato. Non si può non considerare, infatti, che il trauma da processo legato all'inadeguatezza degli strumenti preposti alla tutela della vittima dichiarante inibisce in modo consistente non solo la formazione della prova e l'eventuale condanna, ma anche la stessa possibilità di perseguire molti crimini "invisibili", la cui individuazione dipende unicamente dalla volontà di denuncia.

Rispetto alle richiamate problematiche la normativa sovranazionale e in particolare la decisione quadro 2001/220 GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale, costituisce un solido punto di riferimento, anche per il giudice nazionale, nella gestione del difficile equilibrio tra diritto dell'imputato ad essere giudicato in esito ad un processo *equitable* e il diritto della vittima ad essere tutelata "nel" e "dal" processo.

2. Tali premesse sono la base da cui partire per cercare di fornire alcune risposte ai quesiti posti da Giovanni Canzio sulle (attuali) garanzie di tutela della vittima "nel" e "dal" processo penale e per valutare le possibili (future) possibilità di ampliamento di tale tutela, in coerenza con le indicazioni delle Corti sovranazionali e con le prospettive di attuazione delle indicazioni provenienti dalla normativa sopranazionale, rese concrete dalla indicazioni contenute nella legge delega 4 giugno 2010 n. 96 (legge comunitaria 2009).

2.1. Quanto all'utilità della definizione *a priori* delle vittime considerate come "vulnerabili" e dunque sottoposte allo speciale trattamento di protezione indicato dalla decisione quadro, deve essere osservato come sia particolarmente arduo stabilire in via pregiudiziale *quali* siano le vittime che hanno patito un trauma dall'evento idoneo a renderle vulnerabili.

La resilienza agli effetti di un evento traumatico è, infatti, diversa per ogni

individuo e mentre alcune vittime si dimostrano capaci di affrontare la *cross examination* anche in forme non protette (nonostante possano essere considerate, in astratto e sulla base di massime di comune esperienza, riconducibili al *genus* delle vittime vulnerabili), altre manifestano una tendenza alla vittimizzazione secondaria non facilmente prevedibile in relazione al fatto per cui si procede.

Il nostro legislatore ha effettuato – allo stato – una scelta di individuazione della vittima sulla base del reato e ha privilegiato, nell’individuazione delle persone cui destinare le cautele, i reati a sfondo sessuale o quelli di maltrattamento e persecuzione caratterizzati da una condotta abituale.

Tuttavia, tale scelta può non essere adeguata a rispondere alle esigenze di tutela che riguardano una categoria certamente più ampia di quella individuabile attraverso il ricorso all’indicazione di specifici reati che, attraverso una valutazione pregiudiziale e astratta, sono stati ritenuti idonei ad individuare la vittima “vulnerabile”.

Basti pensare alla vittima di estorsione consumata con modalità d’intimidazione mafiosa o alle persone vittime di sfruttamento della prostituzione: tali vittime possono avere caratteristiche di vulnerabilità accentuata che, tuttavia, non vengono – ad oggi – prese in considerazione.

De iure condendo – quindi – appare rispondente alle esigenze di tutela sostanziale della vittima la creazione di un sistema che consenta la valutazione della condizione di vulnerabilità caso per caso, in relazione alle specifiche emergenze processuali e delle eventuali sollecitazioni processuali della parte interessata.

È ragionevole che sia il giudice a ritenere se un presunto offeso debba o meno essere considerato “vulnerabile” ed essere trattato con le cautele processuali conseguenti.

Tale scelta se, da un lato, ha il difetto di introdurre nel processo un giudizio discrezionale prevedibilmente produttivo di contenzioso, dall’altro, presenta il pregio di evitare il ricorso a presunzioni assolute in una materia, come quella della tutela endoprocessuale delle vittime, che si caratterizza per le sue ricadute sulla tutela di diritti fondamentali della persona.

La valutazione della vulnerabilità appare sganciata dal riferimento a categorie predefinite anche nell’interpretazione che della stessa ha fornito la Grande sezione della Corte di giustizia di Lussemburgo nella decisione del 16 giugno 2005 (caso *Pupino*), quando i giudici europei scrivono che «*la decisione quadro non definisce la nozione di vulnerabilità della vittima ai sensi dei suoi artt. 2, n. 2, e 8, n. 4.* Tuttavia, indipendentemente dalla questione se la circostanza

che la vittima di un'infrazione penale sia un minore basti, in linea di massima, per qualificare tale vittima come particolarmente vulnerabile ai sensi della decisione quadro, non può essere contestato che qualora, come nella causa principale, bambini in età infantile sostengano di aver subito maltrattamenti, per giunta da parte di un'insegnante, tali bambini possano essere così qualificati alla luce, in particolare, della loro età, nonché della *natura e delle conseguenze delle infrazioni di cui ritengono di essere stati vittime*». Da un lato, dunque, non si assume in modo apodittico che l'età minore sia per ciò solo idonea a configurare la vulnerabilità e, dall'altro, si fa riferimento ad altri elementi emergenti dal caso concreto.

Analoghe indicazioni provengono dalla Direttiva del 14 dicembre 2010 sulla repressione del traffico degli esseri umani e sulla tutela delle relative vittime che all'art. 12, comma 4, demanda espressamente alla *«valutazione individuale delle autorità competenti»* la situazione della vittima dichiarante.

La soluzione proposta prevede tuttavia – in un modello virtuoso – che l'offeso, in particolar modo quello vulnerabile, possa godere di un'adeguata assistenza tecnica fin dalle fasi iniziali del procedimento.

Al riguardo si registra che, in materia, l'unica apertura verso la promozione della difesa tecnica, non obbligatoria per l'offeso, è contenuta nell'art. 76, comma 4-ter, della legge sul patrocinio dei non abbienti (d.P.R. n. 115 del 2002), che consente l'accesso al beneficio a prescindere dalla valutazione della soglia di reddito per le persone offese da reati sessuali. La norma in parola si presenta tuttavia isolata e asistemica, in quanto introduce una previsione a tutela di una particolare vittima all'interno della disciplina di un istituto, come quello del patrocinio a spese dello stato, fondato sul requisito della non abbienza, con l'effetto, da un lato, di snaturare il beneficio (concedibile nei casi indicati a prescindere dalla valutazione della situazione economica dell'istante) e, dall'altro, di non rispondere all'esigenza di apprestare un'adeguata difesa a *tutte* le vittime potenzialmente vulnerabili. In difformità rispetto alle indicazioni che provengono dall'art. 6 della decisione quadro 2001/220 GAI e (più specificamente) dall'art. 12, comma 2, della nuova direttiva sulla repressione del traffico degli esseri umani circa il diritto all'assistenza legale gratuita delle vittime, ove ne sussistano i requisiti, ovvero se le stesse non dispongono di risorse finanziarie sufficienti (fermo il diritto al rimborso delle spese a causa della legittima partecipazione al procedimento penale previsto dall'art. 7 della decisione quadro 2001/220 GAI).

Del pari, se si volesse affidare al giudice il compito di valutare l'effettiva vulnerabilità della vittima, l'interlocuzione con l'autorità giudiziaria dovrebbe

essere garantita all'offeso non solo attraverso facilitazioni all'accesso alla difesa tecnica, ma anche attraverso la tempestiva attivazione dei canali informativi indicati dalla decisione quadro che, all'art. 4, prevede espressamente il diritto della vittima ad accedere alle informazioni rilevanti per la tutela dei suoi interessi.

La scelta di non "ingessare" la categoria delle vittime vulnerabili effettuando scelte pregiudiziali trova conforto anche in diverse pronunce della Corte di Strasburgo in materia.

Gli indici di vulnerabilità sono stati rinvenuti dai giudici europei non solo nell'età dell'offeso, ma anche nella condizione di soggezione e dipendenza dall'autore del reato [Siliadin c. Francia, 26 luglio 2005], nella scarsità di risorse economiche e di strumenti culturali, ovvero nella posizione socio-economica complessiva della persona [Salah Sheekh c. Paesi Bassi, 11 gennaio 2007]. Non mancano tuttavia pronunce che collegano la condizione di vulnerabilità al tipo di reato subito, ovvero al patimento di violenza sessuale [S.N. c. Svezia, 2 luglio 2002] o di violenza domestica [Opuz c. Turchia, 9 giugno 2009].

2.2. Quanto al secondo punto indicato da Giovanni Canzio, non si può non condividere il richiamo problematico alla attuale "opacità" dei metodi di assunzione della prova dichiarativa c.d. "debole", come emergono dall'esame delle prassi vigenti nei nostri Tribunali.

Emblematica al riguardo è la raccolta delle dichiarazioni del minore, presunta vittima di abusi sessuali.

In materia si registra una notevole disomogeneità nelle prassi di assunzione della testimonianza, soprattutto in fase investigativa.

Le criticità maggiori s'insediano principalmente all'atto delle audizioni "unilaterali", precedenti alla effettuazione dell'incidente probatorio, quando si registra lo scarso (pressoché nullo) ricorso a forme di documentazione aggravata, ovvero alle audio e videoregistrazioni.

Il ricorso a verbali sintetici, scritti utilizzando moduli linguistici non riconducibili alle forme espressive tipiche dei minori, impedisce alla difesa (come al giudice che entra "in contatto" con i verbali delle dichiarazioni rese in fase investigativa), la piena cognizione delle circostanze concrete che hanno caratterizzato l'audizione.

In particolare, non essendo documentato il *setting* dell'intervista, non risultano percepibili i meccanismi d'interazione con chi pone le domande, e non sono seriamente valutabili eventuali fenomeni di suggestione. Tale prassi con-

sente, pertanto, l'insinuarsi nel procedimento di dubbi sulla genuinità delle dichiarazioni, riconducibili a interferenze sul processo derivanti dalle suggestioni dell'interlocutore: interferenze che non possono che restare "presunte", se non sono documentate ed analizzabili.

Sul punto è necessario prendere atto degli approdi della psicologia della testimonianza, che hanno studiato le interferenze sui meccanismi del ricordo delle interviste suggestive, come anche di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, che hanno evidenziato che la motivazione sull'attendibilità delle dichiarazioni dei minori deve prendere in esame sia le interferenze causate da eventuali suggestioni (più o meno volontariamente) poste in essere dall'intervistatore, sia le altre condizioni esterne del *setting* auditivo [da ultimo, Cass., Sez. 3, sent. n. 29612 del 2010; ma, nel senso dell'importanza della valutazione delle circostanze "esterne" che hanno caratterizzato l'esame, v. Cass., Sez. 3, sent. n. 4069 del 2007].

La conclamata emersione della valenza processuale di tali interferenze impone una particolare attenzione in fase investigativa, a che siano evitate e, in fase cognitiva, alla loro valutazione.

Se dunque l'analisi dell'attendibilità, almeno per quanto riguarda il teste minore, non può non prendere in esame tali relazioni e i possibili inquinamenti che ne derivano, l'utilizzo di metodi di documentazione aggravata diventa viepiù necessaria, pur non essendo obbligatoria.

Solo la documentazione aggravata consente, infatti, di rendere pienamente *fruibile* anche l'assunzione delle dichiarazioni assunte unilateralmente in fase investigativa: il giudice e le parti sono, in tal modo, messe nelle condizioni di esaminare direttamente le eventuali suggestioni e di valutarne la portata al fine del giudizio sull'attendibilità.

L'audio e videoregistrazione nell'audizione predibattimentale delle vittime rappresenta dunque l'unico strumento idoneo a consentire una valutazione seria e completa delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio: che, qualora venisse sistematicamente utilizzato, potrebbe anche condurre la difesa alla scelta di riti a prova contratta, con evidenti benefici, tanto in termini di economia processuale, quanto in termini di riduzione delle audizioni giudiziali, con conseguente rilevante abbattimento del rischio di trauma da processo.

Si rileva, ancora, come la documentazione in questione consente il confronto delle parti (già nella fase dell'ostensione *ex art. 415-bis c.p.p.*) su dati pre-processuali non criptici, ma pienamente *fruibili*: dunque, accresce i diritti sostanziali della difesa, consentendo un'analisi critica ed effettiva degli elementi raccolti nella fase investigativa.

Una conferma alla rilevanza della documentazione aggravata nei reati con vittima vulnerabile si trova nella recente direttiva sulla repressione della tratta degli esseri umani approvata il 14 dicembre 2010, dove è previsto che «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché nelle indagini relative ai reati di cui agli artt. 2 e 3 le audizioni del minore vittima di reato ovvero del minore testimone dei fatti possano essere videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale conformemente alle disposizioni del diritto interno*» (art. 15, comma 4).

Di contro, nel nostro sistema, l'importanza di documentare con la videoregistrazione i dati di comunicazione non dichiarativi provenienti da vittime vulnerabili emerge già dalle norme che disciplinano le modalità di svolgimento dell'incidente probatorio, che prevedono l'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva (art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.).

Da ultimo, si rileva che la corretta assunzione delle "prime" dichiarazioni (in particolare di quelle extragiudiziali, ma a maggior ragione, anche di quelle giudiziali), è ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità utile al fine di sterilizzare eventuali fenomeni di contagio e interferenza che, se non immediatamente inibiti, rischiano di introdurre un *vulnus* incorreggibile nella formazione di prove fondamentali per la decisione. Tuttavia se la prima dichiarazione non è ostensibile in forma fruibile, ogni valutazione effettiva sull'attendibilità non potrà che essere "concentrata" al momento della formazione della testimonianza in contraddittorio; mentre, sui modi di assunzione della dichiarazione predibattimentale potranno essere avanzati dubbi che, in mancanza di documentazione, non potranno essere facilmente sciolti, e si ripercuoteranno inevitabilmente sulla valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni successive.

La propugnata fruibilità dovrebbe essere naturalmente estesa [come suggerito dalla Corte di cassazione nella pronuncia della Sez. 3, n. 37147 del 2007] anche alle dichiarazioni rese dall'offeso nel corso degli eventuali accertamenti tecnici sulla capacità a testimoniare.

Al riguardo, si segnala che la Corte di legittimità – in una pronuncia, seppure isolata – ha dichiarato l'utilizzabilità ai fini del giudizio abbreviato anche delle dichiarazioni rese al perito [Cass., Sez. 3, n. 2101 del 2008; *contra*, Sez. 3, n. 16854 del 2010], mentre, in altra pronuncia, ha stabilito che non vi è alcun obbligo per il perito di far presenziare alle operazioni tecniche i consulenti di parte, né è prevista alcuna sanzione in relazione alla loro assenza [Cass., Sez. 3, n. 42984 del 2007].

La documentazione aggravata delle audizioni effettuate in ambito peritale diventa dunque uno strumento indispensabile anche per la salvaguardia del-

l'effettività del "contraddittorio tecnico".

Da ultimo, forse non è retorico sottolineare che garante dell'effettività del diritto di difesa nella fase delle indagini è il pubblico ministero. La sede normativa di tale onere di salvaguardia si rinviene nell'art. 358 c.p.p., che onera l'organo della pubblica accusa alla raccolta di elementi di prova utili alle determinazioni per l'esercizio dell'azione penale, che siano – è questo un onere implicito – idonei ad essere effettivamente valutati (sia dal giudice che dalla difesa) al momento della loro ostensione.

L'onere della raccolta di elementi di prova in forma fruibile s'accompagna, ovviamente, a quello di svolgere le indagini in regime di segretezza in tutti i casi in cui la *discovery* degli atti potrebbe pregiudicare l'esito delle indagini o, addirittura, mettere in pericolo la persona offesa.

Gli approfondimenti sulla formazione della prova dichiarativa del teste minore, presunta vittima di abusi sessuali sono destinati ad *estendersi* alle testimonianze delle altre vittime vulnerabili in considerazione della crescente e diffusa attenzione degli operatori del diritto nei confronti della psicologia della testimonianza e del funzionamento dei meccanismi del ricordo, soprattutto quando le dichiarazioni provengono dalla persona offesa.

Gli approdi scientifici e giurisprudenziali in tale materia devono essere considerati importanti avamposti verso l'acquisizione di una maggiore consapevolezza nella gestione di un evento, come la testimonianza, che ha una complessità straordinaria e che deve essere sottoposta a vagli particolarmente attenti quando viene posta a fondamento di sentenze di assoluzione o condanna.

2.3. Circa il terzo quesito, relativo all'individuazione d'interventi utili ad armonizzare la disciplina dell'incidente probatorio con il diritto dell'imputato alla formazione della prova in dibattimento, si rileva come l'attuale disciplina dell'istituto presenta diversi nodi critici, alcuni dei quali, per essere sciolti, necessitano di un intervento del legislatore, mentre altri sembrano dipanabili anche in via interpretativa.

a) *Contraddittorio anticipato e ammissibilità della prova testimoniale in dibattimento.*

Il primo nodo è il mancato coordinamento tra la norma che prevede l'accesso al contraddittorio incidentale e la norma che limita la audizione dibattimentale della persona offesa, quando questa sia già stata udita in incidente probatorio e la testimonianza non riguardi circostanze *diverse* da quelle sulle quali il teste è già stato sentito (art. 190-*bis* c.p.p.).

Mentre l'accesso alla fase incidentale è stata estesa a tutte le vittime, anche maggiorenni, dei reati indicati nell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., lo sbarramento all'ammissibilità della testimonianza dibattimentale è limitato alle audizioni dei minori di anni sedici e non comprende, tra gli offesi protetti, le vittime dei reati di atti persecutori, maltrattamenti in famiglia, né dei reati previsti dagli artt. 601 e 602 c.p. (ammesse invece al contraddittorio anticipato *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p.).

Il risultato dell'evidenziata disarmonia è quello di vanificare, in un numero rilevante di casi, l'intento di tutela della vittima insito nella novella, raggiungibile attraverso l'anticipazione della audizione dell'offeso vulnerabile, la sua effettuazione in forma protetta e, infine, proprio attraverso la *contrazione* del numero di audizioni giudiziali.

In relazione al problema sembrano difficilmente praticabili soluzioni interpretative "tamponate", dato che una eventuale decisione negativa circa l'ammissibilità della testimonianza confliggerebbe in modo particolarmente netto con il diritto dell'imputato alla formazione della prova orale. La via dell'interpretazione conforme appare in questo caso particolarmente complessa in quanto il diritto della vittima entra in diretto conflitto con il diritto dell'imputato alla formazione della prova in (pieno) contraddittorio: il bilanciamento è talmente delicato che l'intervento del legislatore appare più che opportuno.

Per quanto riguarda il reato di tratta di persone, tuttavia, la recente direttiva sulla repressione del traffico degli esseri umani (art. 12, comma 4, lett. a) impone agli Stati membri dell'Unione di strutturare il procedimento penale in modo da «evitare ripetizioni non necessarie delle audizioni nel corso delle indagini e del procedimento penale»: il che lascia ben sperare circa il futuro superamento delle evidenziate disarmonie.

b) Accesso al contraddittorio anticipato e ricorso alle modalità protette di audizione.

Inoltre dall'attuale normativa emerge come all'ampliamento del numero delle persone le cui dichiarazioni possono essere assunte con l'incidente probatorio (con conseguente sacrificio dell'oralità) non sia corrisposto un parallelo ampliamento della possibilità di accedere alle *modalità protette* di audizione, che restano riservate ai sensi dell'art. 398 c.p.p. solo alle vittime *minorenni* di tutti i reati indicati dall'art. 392, comma 1-*bis*, ad eccezione delle vittime del reato di maltrattamenti.

Questa scelta mal si concilia con le indicazioni che provengono dalla decisione quadro 2001/220 GAI che all'art. 8, comma 4, prevede che «ciascuno

Stato membro garantisce alla vittima la facoltà in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento».

È ragionevole attendersi che i decreti attuativi della legge 4 giugno 2010, n. 96 estendano l'accesso alle modalità protette anche agli offesi attualmente esclusi dal beneficio.

Allo stato, e in attesa di eventuali interventi del legislatore, potrebbe essere percorribile, ai fini dell'estensione della tutela, la strada della interpretazione conforme, secondo lo schema indicato dalla nota sentenza *Pupino* della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nel caso in questione, il giudice dell'udienza preliminare italiano, in relazione alla richiesta di ammissione della audizione in forma protetta di un bimbo di soli cinque anni nel corso di un procedimento per il reato di abuso di mezzi di disciplina, non previsto dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., sollevava questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 35 Trattato UE, sollecitando la Corte di Lussemburgo ad interpretare gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI in merito al possibile contrasto tra tale disposizione e la disciplina processuale italiana in materia di audizioni protette incidentali. La Corte ha chiarito che il giudice nazionale è tenuto a interpretare le disposizioni del proprio ordinamento in maniera conforme alla lettera e alle finalità della normativa europea nel rispetto del limite di compatibilità con i principi dell'ordinamento nazionale e con quelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. E ha stabilito, nel caso specifico, che le norme della decisione quadro devono essere interpretate nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare minori offesi dal reato di maltrattamenti a rendere la loro deposizione, secondo modalità che permettano di garantire un livello di tutela adeguato (ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima).

La sentenza in questione pone diversi problemi.

La stessa, infatti, con un'interpretazione non da tutti condivisa, assegna alle decisioni quadro emanate nell'ambito delle materie dell'*ex* terzo pilastro una forza di conformazione degli ordinamenti interni non irrilevante e per molti versi inedita.

Le decisioni quadro, pur non essendo direttamente vincolanti, impongono infatti al giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce della loro lettera e del loro scopo al fine di conseguire il risultato perseguito da queste. Dunque, in capo al giudice nazionale s'insedia un obbligo di interpretazione

conforme che trova i suoi limiti solo nel rispetto dei principi generali del diritto (certezza del diritto e non retroattività) e nella compatibilità dell'interpretazione correttiva con il diritto nazionale nel suo complesso e con i principi costituzionali in particolare.

Circa il problema rilevato, ovvero l'estensione delle modalità protette di audizione anche quando si procede per ipotesi di reato diverse da quelle indicate, la Corte costituzionale italiana con la sent. n. 114 del 2001 si è già espressa negativamente circa la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., sostenendo che non è irragionevole la scelta del legislatore di limitare l'operatività di quella disposizione alle sole ipotesi di testimonianza resa dall'(allora solo) infrasedicenne in procedimenti per reati sessuali, trattandosi di illeciti per i quali «si pone con maggiore intensità ed evidenza l'esigenza di proteggere la personalità del minore, nell'ambito del suo coinvolgimento processuale, e la genuinità della prova»; sia anche perché una interpretazione estensiva di quella norma finirebbe per attribuire ingiustificatamente una rilevanza costituzionale all'incidente probatorio, la cui funzione è di derogare eccezionalmente alla regola generale secondo cui la prova penale è assunta in dibattimento (principio al quale il legislatore ha inteso porre l'eccezione dell'ascolto anticipato del teste minore di sedici anni esclusivamente per l'indicata categoria di reati).

La Consulta ha posto dunque in risalto l'eccezionalità della figura della vittima (all'epoca presa in considerazione solo se minore) di reato sessuale rispetto alle vittime di reati comuni ed ha ritenuto giustificato dalla speciale vulnerabilità di tali offesi il ricorso allo strumento dell'incidente probatorio, con il conseguente sacrificio dell'oralità nella formazione della prova. Proprio laddove la Corte di Lussemburgo nel caso *Pupino* ha chiarito che la vulnerabilità della vittima dev'essere valutata prescindendo da ogni inquadramento formalistico (§ 4.1).

Ci si chiede se la presa di posizione della Corte di Lussemburgo, successiva a quella della Consulta, sia in grado di consentire al giudice nazionale l'interpretazione adeguatrice diretta, senza il ricorso all'incidente di costituzionalità, sia per consentire l'*accesso* al contraddittorio anticipato di vittime di reati non previsti dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., sia per utilizzare le *modalità* protette di audizione nei casi non previsti dall'art. 398 c.p.p.

La forza riconosciuta dalla Corte di giustizia alle norme della decisione quadro 2001/220/GAI sembra consentire al giudice nazionale di scegliere modalità adeguate di audizione della vittima vulnerabile, anche fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., ovviamente previa

positiva valutazione della compatibilità di tali modalità con i principi dell'ordinamento nazionale, in genere, e del giusto processo, in specie.

In particolare, l'estensione delle *modalità* speciali di audizione, oltre che sicuramente "conforme" alle indicazioni della decisione quadro – in considerazione dei chiarimenti circa la nozione "elastica" di vulnerabilità forniti dalla Corte di Lussemburgo – non risulta neppure incompatibile con i principi della nostra legislazione, in considerazione del fatto che questa prevede, in casi del tutto omologhi, l'accesso a forme di contraddittorio "attenuato" rispettose dello stato di vulnerabilità delle vittime.

Infine, quanto alla compatibilità dell'istituto dell'incidente probatorio con i principi convenzionali, la Corte Edu si è già espressa in senso positivo, ritenendo rispettato il diritto dell'imputato al processo equo, nel caso *Accardi c. Italia* di cui si dirà in seguito (§ 4.4)

c) In particolare: i casi di accesso al contraddittorio anticipato.

L'accesso al contraddittorio predibattimentale per alcuni offesi da reato è un approdo raggiunto solo in virtù del recente d.l. 23 febbraio 2009, n.11, conv. con modificazioni nella legge 23 aprile 2009, n. 38, con l'estensione della possibilità di utilizzare l'istituto anche per l'audizione delle vittime *maggiorrenni* di reati sessuali, atti persecutori o maltrattamenti in famiglia.

Malgrado la richiamata estensione, l'attuale limitazione dell'accesso all'istituto solo alle vittime di *alcuni* reati impedisce il ricorso allo strumento in numerosi altri casi in cui il dichiarante si trova in una situazione di analoga vulnerabilità.

Esemplare al riguardo è l'esclusione dal novero dei reati che consentono l'accesso "incondizionato" al contraddittorio incidentale del delitto di sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 3 della legge n. 75 del 1958.

Ferma la possibilità di tentare il ricorso al percorso interpretativo "correttivo" indicato dalla Corte di Lussemburgo si registra che, nella prassi, l'accesso della vittima all'audizione con contraddittorio anticipato viene – talvolta – ottenuto attraverso l'interpretazione estensiva della condizione del «grave impedimento» previsto dalla lettera a) dell'art. 392 c.p.p., con una valutazione *ex ante* della irreperibilità della persona da sentire.

Si tratta, in tal caso, di un'estensione motivata dall'esigenza di preservazione dell'utilizzabilità della fonte di prova, più che da esigenze di tutela della vittima, che tiene conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha in più occasioni ribadito il carattere "non equo" del processo fondato in modo esclusivo o determinante sulle dichiarazioni di chi non è si è sotto-

posto alle domande dell'imputato [C.Edu, Balsyte-Lideikiene c. Lituania, 4 novembre 2008, §§ 64-66; Majadallah c. Italia, 19 ottobre 2006, §§ 39-43; Vaturi c. Francia, 13 aprile 2006, §§ 52-59; Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005, §§ 59-61; Hulki Gunes c. Turchia, 19 giugno 2003, §§ 88-96; Craxi c. Italia (n°2), 5 dicembre 2002, §§ 88-94; Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001, §§ 43-45; A.M. c. Italia, 14 dicembre 1999, §§ 26-28], oltre che della giurisprudenza della Corte di cassazione, particolarmente rigorosa circa la valutazione dell'utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p. [tra le altre, Cass., Sez. 2, n. 43331 del 2007; Sez. 1, n. 44158 del 2009; Sez. 3, n. 27582 del 2010].

Alla difficoltà interpretativa che richiedono tali estensioni, non frequentemente praticate, si accompagna qualche resistenza anche nei casi di valutazione di richieste dell'incidente probatorio "incondizionato" previsto dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.: sono infatti non insoliti provvedimenti di rigetto.

L'ordinanza di rigetto della richiesta d'incidente probatorio è, peraltro, un provvedimento pacificamente ritenuto inoppugnabile, in quanto espressione di un potere discrezionale di natura strumentale rispetto alla speditezza del processo [in tal senso, Cass., Sez. 4, n. 2678 del 2000].

Tuttavia se, come nei casi previsti dal comma 1-*bis* dell'art. 392, si rinviene il fondamento dell'istituto nell'obiettivo di tutelare la vittima, la reiezione dell'incidente dovrebbe fare riferimento, per essere legittima, non alle tempistiche del processo, ma alla rilevanza della prova ed ai prevedibili effetti dell'eventuale esame dibattimentale sulla vittima da escutere.

Sui punti indicati sarebbe auspicabile un intervento legislativo sia per consentire l'accesso incondizionato a vittime vulnerabili ora escluse, sia per esplicitare la *ratio* dell'istituto attraverso l'individuazione di precisi parametri per l'esercizio della discrezionalità nella decisione sull'ammissibilità dell'incidente: parametri che, ragionevolmente, potrebbero essere indicati nella "rilevanza" o "necessità" probatoria della testimonianza e nella esigenze di "tutela dell'offeso". Condivisa l'incompatibilità dell'impugnazione dell'ordinanza sulla richiesta di anticipazione del contraddittorio con le esigenze di speditezza che caratterizzano la fase investigativa, si rileva come un intervento chiarificatore sui parametri indicati avrebbe, comunque, l'effetto di limitare reiezioni ingiustificate.

d) Le concrete modalità di svolgimento dell'esame.

Un nodo particolarmente critico è poi quello delle modalità di concreto svolgimento dell'esame (in incidente probatorio, ma anche in dibattimento)

nel caso in cui il teste sia minore. In tali casi l'esame viene condotto dal giudice (ed in alcuni casi dal perito del giudice) su domande e contestazioni proposte dalle parti.

La norma che consente la "contrazione" del contraddittorio attraverso l'intervento di mediazione del giudice è stata ritenuta conforme a Costituzione dalla Corte di legittimità [Sez. 3, sent. n. 42899 del 2009] che, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 498 c.p.p., ha chiarito che «*il principio del contraddittorio nella formazione della prova fissato dal quarto comma dell'art. 111 Cost., disposizione che recepisce ed esprime nel diritto interno i principi contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale), viene "bilanciato" dal successivo quinto comma mediante il rinvio alla legge ordinaria per la determinazione dei casi in cui la prova a carico può legittimamente formarsi in assenza di un contraddittorio diretto. E non vi è dubbio che la disposizione contenuta nell'art. 498 c.p.p., rappresenta una ipotesi di legittimo bilanciamento tra i diritti dell'imputato e i diritti del minore*».

La Corte di Cassazione ha inoltre ritenuto, da ultimo, che possono essere poste dal giudice domande suggestive nel corso dello svolgimento dell'esame del minore [Cass., Sez. 3, n. 9157 del 2010]; mentre, in una più risalente pronuncia, ha chiarito che la questione relativa alla proposizione di domande suggestive deve essere contestata direttamente al giudice di fronte al quale si forma la prova, e nei successivi gradi di giudizio può essere oggetto di valutazione solo la motivazione con cui sia stata accolta o rigettata l'eccezione [Cass., Sez. 1, n. 22204 del 2005].

Allo stato, dunque, appare preclusa la proponibilità di ogni questione relativa all'utilizzabilità della prova dichiarativa per violazione delle regole dell'esame, mentre sono possibili questioni sulla legittimità della motivazione, in punto di valutazione dell'attendibilità della testimonianza.

Gli approdi della giurisprudenza di legittimità circa la ricaduta dei vizi delle regole dell'esame sulla *attendibilità* della testimonianza invece che sulla *utilizzabilità* della prova appaiono largamente condivisibili.

L'eventuale previsione della sanzione dell'inutilizzabilità in caso di violazione delle regole dell'esame testimoniale si risolverebbe, infatti, nella introduzione di un caso di esclusione probatoria particolarmente insidioso, in quanto idoneo ad espungere dal processo dati dichiarativi essenziali. Inoltre, la sanzione in questione non appare compatibile con la natura dell'"evento" testimonianza che è un evento progressivo e non istantaneo, sicché l'esclusione di

parti del dichiarato renderebbero di complessa gestione l'apporto testimoniale, che verrebbe privato della dovuta consequenzialità.

Da salutare con favore sono invece le sollecitazioni all'approfondimento delle valutazioni dell'attendibilità, spesso sbrigative proprio in punto di analisi degli effetti di possibili suggestioni.

Tanto premesso, non può non essere rilevato che il progresso della psicologia della testimonianza e le richiamate aperture della giurisprudenza di legittimità circa la valutazione delle ricadute sull'attendibilità delle suggestioni derivanti dalle interazioni con l'intervistatore, impongono una seria riflessione sulle prassi di audizione dei testi, in genere, e della vittima vulnerabile in particolare.

Nell'ambito di tale percorso appare non eludibile la rivisitazione delle prassi giudiziarie in materia di escussione del minore, che tenda all'abbandono del costume (del giudice, dei periti e delle parti) di porre domande suggestive: queste infatti, per quanto non vietate, introducono nel processo un *vulnus* difficilmente sanabile che rende difficoltosa l'analisi dell'attendibilità del teste.

Riflessione che non può che condurre a rivedere le prassi della *cross examination* attraverso la condivisione di regole comuni con l'Avvocatura.

In tale settore appare virtuoso il percorso avviato dal Laboratorio Permanente sull'Esame Incrociato¹, finalizzato all'individuazione dei nodi critici dei processi di formazione della prova dichiarativa e all'impegno verso il loro superamento attraverso la ricerca di prassi condivise tra magistrati ed avvocati nella gestione dell'esame [particolare attenzione nell'ambito del L.A.P.E.C è dedicata proprio alla formazione della prova dichiarativa del teste c.d. "debole"].

e) La valutazione delle dichiarazioni della vittima vulnerabile.

Tanto premesso, non può non rilevarsi che l'espansione delle possibilità di ricorso al contraddittorio anticipato, con prevedibile futuro ampliamento del ricorso a modalità protette di audizione, comportano una *flessione* dei diritti della difesa sia in termini di impossibilità di "accesso" diretto al dichiarante (le domande sono poste dal giudice), sia in termini di rinuncia all'oralità (il giudice che decide non è quello che ascolta).

¹ Il LAPEC è un'associazione culturale che si è costituita a Siracusa nell'anno 2008 presso l'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali: ha come scopo lo studio e l'approfondimento delle problematiche giuridiche connesse all'esame incrociato nel processo penale. L'associazione ha elaborato delle "Linee Guida" a cura di Giovanni Canzio, Bruno Cherchi e Carmela Parziale all'esito dei lavori del Convegno di Venezia del 5 e 6 marzo 2010.

A ciò s'aggiunge il dato, non trascurabile, dell'estrema difficoltà della valutazione "differita" circa la minaccia o la subornazione del testimone ai sensi dell'art. 500, comma 4 c.p.p. che il giudice del dibattimento dovrebbe effettuare sulla base della visione dei filmati e dell'ascolto delle registrazioni, e non nell'immediatezza dell'audizione. La valutazione "differita", "anticipata" tuttavia rispetto a quella del giudice del dibattimento, è stata espressamente ritenuta legittima se effettuata dal giudice (che è di norma lo stesso che ha effettuato l'incidente probatorio) cui è chiesta l'imposizione di una misura cautelare [Cass., Sez. 6, n. 10680 del 2009; Sez. 1, n. 31188 del 2004].

Ci si chiede se a tali (inevitabili) compressioni dell'oralità e dei diritti di difesa debbano essere trovate delle compensazioni e, in caso positivo, quali.

La giurisprudenza della Corte di cassazione costantemente richiede, quando in esame sono le dichiarazioni della persona offesa, che le stesse siano vagliate con "opportuna cautela", effettuando un'indagine positiva sulla credibilità sia oggettiva che soggettiva e ponendo la testimonianza "in relazione" con altri elementi emergenti dalle risultante processuali.

Tale orientamento è ribadito anche in relazione alle dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio e lette ai sensi dell'art. 512 c.p.p. [Cass., Sez. 2, sent. n. 43331 del 2007].

Sembra delinearci, tra le righe delle sentenze della Cassazione, un orientamento abbastanza esplicito circa la indicazione della *opportunità* che la prova dichiarativa proveniente dal teste vulnerabile *non* sia l'unico elemento su cui fondare il giudizio, anche se gli elementi di conforto *non* devono costituire riscontri in senso tecnico.

Tale orientamento si delinea nell'atteggiamento di rigore della Corte circa la valutazione dell'attendibilità, che deve essere ritenuta solo dopo attenta verifica della compatibilità del dichiarato con i dati di realtà emergenti dal processo.

La rilevanza delle valutazioni dei dati di contesto e della loro relazione di compatibilità con le dichiarazioni della vittima è particolarmente evidente nella giurisprudenza che si occupa della valutazione delle dichiarazioni provenienti da minori presunte vittime di abusi sessuali. La giurisprudenza ha in tali casi legittimato la valutazione giudiziale del *setting* dell'audizione [Cass., Sez. 3, sent. n. 4069 del 2007], come anche dei fenomeni di contagio dichiarativo [Cass., Sez. 3, n. 29612 del 2010, secondo cui «la valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali presuppone un esame della sua credibilità in senso onnicomprensivo, dovendo tenersi conto a tal riguardo dell'attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare,

della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni»; nello stesso senso, v. Cass., Sez. 3, n. 37147 del 2007].

Il modello sembra in linea con la tecnica interpretativa emergente dalle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo in punto di valutazioni delle dichiarazioni testimoniali.

Il che ci conduce ad analizzare il tema indicato nel punto 4) della nota introduttiva, ovvero della compatibilità delle valutazioni della Corte di Strasburgo in materia di utilizzabilità delle prove con i nostri principi costituzionali.

2.4. L'art. 6 CEDU individua il diritto di ogni persona accusata di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e che gli elementi di prova siano prodotti in pubblica udienza, in vista di un esame in contraddittorio. Tale regola non è tuttavia esente da eccezioni.

I paragrafi 1 e 3 d) dell'art. 6 CEDU impongono, come non eludibile garanzia, di concedere all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento delle sue prime deposizioni o successivamente [tra le altre, C.Edu, Carta c. Italia, 20 aprile 2006, § 48; Ferrantelli e Santangelo c. Italia, 7 agosto 1996, § 51; Saïdi c. Francia, 20 settembre 1993, § 43]. È dunque ritenuto compatibile con le soglie di garanzia individuate dall'art. 6 della Convenzione anche il ricorso a deposizioni rese nella fase delle indagini preliminari, se l'imputato ha avuto «un'occasione adeguata e sufficiente di contestarle», al momento in cui sono state rese, o più tardi [C.Edu, Carta c. Italia, 20 aprile 2006, § 49; Ludi c. Svizzera, 15 giugno 1992, § 47; Isgrò c. Italia, 19 febbraio 1991; Asch c. Austria, 26 aprile 1991 § 27].

Quello che la Corte europea propone come metodo processuale idoneo a tutelare il diritto dell'imputato, al di là della vecchia contrapposizione fra modello accusatorio e inquisitorio, è la promozione di un "tipo" di processo qualificato come '*contradictoire*', che, pur basandosi sul diritto dell'accusato di interrogare i testi da cui provengono le accuse, non nega pregiudizialmente valore alle dichiarazioni predibattimentali, sempre che all'imputato sia stata concessa un'adeguata possibilità di criticare la fonte delle accuse.

La regola "d'oro" che emerge dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è quella «di concedere all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento

della deposizione o successivamente». Se così non è, la dichiarazione in questione non viene “esclusa” dalle prove valutabili, ma patisce un abbattimento significativo del peso probatorio, dato che la stessa è inidonea a fondare in modo esclusivo o determinante una sentenza di condanna.

La Corte EDU ritiene dunque compatibile con il diritto dell'imputato a un processo equo l'utilizzo a fini probatori delle dichiarazioni predibattimentali, mentre il nostro ordinamento lo esclude (salvi i casi previsti dagli artt. 512, 500, comma 4, c.p.p. e l'utilizzo delle dichiarazioni a fini contestativi).

Le soglie di garanzie “interne” rispetto al diritto al contraddittorio appaiono dunque più elevate di quelle convenzionali: è “equo” per i giudici di Strasburgo ciò che per il nostro sistema è illegittimo.

Nel confronto con gli altri ordinamenti che hanno scelto il rito accusatorio la nostra legislazione appare particolarmente rigida e, in qualche misura, unica.

La valutazione probatoria “in positivo” delle dichiarazioni predibattimentali ha trovato, infatti, qualche ragionevole spazio anche nell'ordinamento inglese, che ha approvato nel 2003 il *Criminal Justice Act*, il quale, nell'introdurre profonde innovazioni all'*hearsay rule*, ha determinato una significativa modificazione nelle procedure di acquisizione della prova. Tale atto ha, in effetti, assegnato in casi particolari valore probatorio “in positivo” alle dichiarazioni extradibattimentali dei testi, consentendo, in particolare, l'utilizzo delle precedenti dichiarazioni difformi, quando il teste, udito in contraddittorio, ammetta di averle rese, nonché delle dichiarazioni rese quando le circostanze oggetto di deposizione erano “fresche” nella memoria del teste, il quale ne ha invece perso il ricordo al momento dell'audizione dibattimentale (*section 120 del Criminal Justice Act*). In particolare, in materia di violenza sessuale, anche prima della approvazione della riforma del 2003 l'ordinamento inglese prevedeva una eccezione alla *rule against hearsay*, nella c.d. *complainant rule*, che consentiva la valutazione, a supporto della testimonianza della vittima della violenza sessuale (dunque attraverso un utilizzo “in positivo”) delle lamentele da essa espresse in prossimità dell'evento delittuoso.

Tale evoluzione dell'ordinamento inglese appare del tutto compatibile con l'orientamento interpretativo seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di utilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio.

La Corte di Strasburgo ritiene però – e questo presidio si presenta *insuperabile* – che i diritti della difesa siano compressi in maniera incompatibile con le garanzie previste dalla Convenzione quando una condanna si fonda, unicamente o in misura determinante, sulle deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o far interrogare durante le indagini o

successivamente [C.Edu, Orhan Çağan c. Turchia, 23 marzo 2010, § 37; Majadallah c. Italia, 19 ottobre 2006, § 38; Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005, § 55; Craxi c. Italia, 5 dicembre 2002, § 86; A.M. c. Italia, 14 dicembre 1999, § 25; Saïdi c. Francia, 20 settembre 1993, §§ 43-44].

Dunque, secondo i giudici europei la testimonianza rese fuori dal contraddittorio non è inutilizzabile *tout court*, ma inidonea a fondare da *sola* una sentenza di condanna [esemplare la sentenza Bracci c. Italia, in cui s'evidenzia come la dichiarazione accusatoria non sottoposta al vaglio processuale in contraddittorio sia considerata inidonea a fondare una condanna conforme ai principi del processo *equitable* se è l'elemento unico o determinante su cui si fonda la condanna, sicché essa rimane "valutabile" ma può fondare il giudizio solo se non è l'elemento determinate per la cognizione].

Laddove nel nostro sistema le condanne possono in astratto fondarsi, anche in modo esclusivo, sul dichiarato predibattimentale, quando lo stesso sia acquisito agli atti ai sensi dell'art. 512 c.p.p per impossibilità *oggettiva* di ripetizione (ostandovi in caso di irripetibilità da causa *sogettiva*, il disposto dell'art. 526, comma 1-*bis*). Sul punto, come si dirà, la Corte di cassazione ha fornito tuttavia importanti indicazioni circa la necessità di effettuare un'interpretazione adeguatrice alle indicazioni provenienti dalla Corte europea [oltre alla citata sentenza Cass., Sez. 2, n. 43331 del 2007, si segnala Cass., Sez. 3, n. 27582 del 2010 che, più recentemente, ha ribadito la necessità che le dichiarazioni rese in fase investigativa siano confortate da altri elementi, facendo leva sulla interpretazione "conforme"].

Nel caso previsto dall'art. 512 c.p.p. la nostra soglia di garanzia del contraddittorio, in astratto più "elevata" di quella convenzionale, (imprevedibilmente) si rivela più "bassa" di quella convenzionale, salvo correzioni interpretative.

Più specificamente quanto alle testimonianze delle vittime, l'art. 6 della Convenzione *non* richiede espressamente che gli interessi dei testimoni in generale, e quelli delle vittime in particolare, siano presi in considerazione. Tuttavia, la loro vita, la loro libertà e la loro sicurezza sono valori protetti dall'art. 8 e da altre disposizioni convenzionali, che impongono agli Stati di non metterli indebitamente in pericolo.

L'art. 6, dal canto suo, esige che gli interessi della difesa siano messi in bilanciamento con quelli delle vittime testimoni [C.Edu, Oyston c. Regno Unito, 22 gennaio 2002; Van Mechelen e Altri, 23 aprile 1997, § 53; Doorson c. Paesi Bassi, 26 marzo 1996, § 70]. Le misure prese per proteggere le vittime devono infatti conciliarsi con i diritti della difesa e controbilanciare i sacrifici

imposti a quest'ultima [C.Edu, V.D. c. Romania, 16 febbraio 2010, § 112; Accardi e altri c. Italia, 20 gennaio 2005; Lemasson e Achat c. Francia, 14 gennaio 2003; S.N. c. Svezia, 2 luglio 2002, § 47].

Come sempre in materia di diritti fondamentali "confliggenti" la Corte ricorre alla tecnica del bilanciamento e non conclude nel senso della esclusione probatoria, ma piuttosto nell'indicazione di appropriate regole di valutazione: all'acquisizione di dichiarazioni con compressione del diritto di difesa oltre i limiti di compatibilità con l'art. 6 consegue (solo) il depotenziamento, ma non l'abbattimento, del valore probatorio assoluto della dichiarazioni, sicché queste *non* possono fondare la condanna in maniera unica o determinante, ma devono, anche in tal caso, essere corroborate da altri elementi di prova.

Nei casi specificamente portati alla sua attenzione la Corte ha, ad esempio, ritenuto l'equità del processo quando l'imputato, pur senza ottenere la comparizione personale e l'esame diretto del minore, abbia comunque avuto una adeguata opportunità di esercitare il suo diritto di difesa, in virtù della possibilità, conferita al difensore, di porre domande attraverso un ufficiale di polizia in occasione dell'escussione della vittima nel corso delle indagini preliminari, e di contestarne la credibilità nell'ambito del dibattimento, in cui era stata mostrata la registrazione audiovisiva dell'assunzione di informazioni da parte della polizia [sentenza nel caso S.N. c. Svezia del 2 luglio 2002].

Particolarmente rilevante, in quanto il caso ha consentito alla Corte di Strasburgo di pronunciarsi sulla equità di un procedimento fondato su dichiarazioni assunte con le forme dell'incidente probatorio, è il contenuto della decisione (di irricevibilità) nel caso Accardi e altri c. Italia del 20 gennaio 2005, già citata.

In questo caso il teste ascoltato era un minore al quale le domande erano state poste da un perito e non dal giudice. I giudici europei hanno ritenuto che l'attuazione del contraddittorio, attraverso la posizione di domande effettuata dalle parti a mezzo dell'ausiliario del giudice, con le modalità previste per la protezione del minore, non è idoneo a comprimere i diritti della difesa in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 della Convenzione e, pertanto, non ha ritenuto iniquo il procedimento fondato, anche in via esclusiva e determinante, su quelle dichiarazioni.

Diversamente la Corte europea si è orientata in materia di testimonianza anonima, ritenendo d'obbligo il depotenziamento probatorio della prova (ritenuta ammissibile e di recente introdotta nel nostro ordinamento solo in relazione alle persone impegnate in operazioni sotto copertura²), che *non* può

² L'art. 8 della L. 13 agosto 2010, n. 136, ha introdotto importanti innovazioni nel codice

fondare in modo esclusivo o determinante la sentenza di condanna.

La nostra Corte di legittimità, di contro, circa la valutazione delle dichiarazioni degli offesi, ha in più occasioni ribadito come la testimonianza della vittima può essere posta anche da sola a base della decisione, precisando tuttavia che in tal caso il vaglio di attendibilità dev'essere particolarmente attento e va effettuato conducendo una indagine positiva circa la credibilità oggettiva e soggettiva, che tenga conto degli altri elementi emergenti dalle indagini [Cass., Sez. 3, n. 34110 del 2006; Sez. 4, n. 30422 del 21/06/2005; Sez. 6, n. 33162 del 2004; Sez. 3, n. 3348 del 2003]. Il controllo dev'essere poi particolarmente penetrante quando il teste in questione è un minore offeso da reati sessuali [Cass. Sez. 3, n. 29612 del 2010; Sez. 3, n. 42984 del 2007; Sez. 3, n. 3994 del 2007; Sez. 3, n. 5003 del 2006; Sez. 3, n. 23278 del 2004; Sez. 3, n. 43303 del 2001].

L'idoneità delle dichiarazioni dell'offeso a fondare da sole la condanna si attenua tuttavia quando l'offeso è costituito parte civile e vanta un interesse economico in conflitto con quello dell'imputato. In tal caso il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso rispetto a quello generico cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone e può rendere *opportuno* procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi [Cass., Sez. 1, n. 29372 del 2010; Sez. 6, n. 33162 del 2004].

Dalla giurisprudenza della Corte di legittimità emerge dunque, in modo abbastanza chiaro, la figura di un teste che non è "neutro", ma neanche "coinvolto" nel fatto, come l'imputato di reato connesso: si tratta invece di una persona che ha con il fatto ed il suo autore una relazione qualificata dalla "offesa" patita.

Tale testimonianza non può non distinguersi da quella del teste "indifferente" (ad es. il teste oculare che interviene nei pressi della scena del delitto ed osserva, per avventura, alcuni elementi utili al giudizio). Mentre il teste-offeso si presenta come un soggetto che ha patito effetti dal fatto di reato per cui si

di procedura penale e nelle relative disposizioni di attuazione. Viene di fatto introdotto, nel nostro sistema processuale (attraverso la modifica dell'art. 497 c.p.p. dell'art. 115 disp att. c.p.p. e dell'art. 147 *bis* disp att. c.p.p.), uno "statuto speciale" applicabile al personale di polizia giudiziaria e ai suoi collaboratori privati che sono stati impegnati in attività sotto copertura. Si tratta di una disciplina eccezionale che impone: di menzionare esclusivamente l'identità fittizia assunta dai soggetti in questione nelle annotazioni redatte dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari; di indicare soltanto le medesime generalità di copertura nell'esame dibattimentale e nelle ulteriori deposizioni effettuate dai predetti soggetti in ogni stato e grado del procedimento; di procedere all'esame dibattimentale con le cautele idonee ad evitare che il volto di tali soggetti sia visibile e, di regola, con il mezzo della videoconferenza.

procede, il teste-indifferente presenta solo problemi di valutazione dell'attendibilità connessi alla prevedibilità caducità del ricordo.

Si tratta evidentemente di testimonianze diverse e solo in relazione alla prima si pone un problema di bilanciamento con i diritti di difesa dell'imputato emergendo un interesse in conflitto (al risarcimento del danno o, semplicemente, alla punizione dell'autore).

Nel nostro sistema non essendo ammesso l'utilizzo delle dichiarazioni predibattimentali (come ammesso dalla Corte di Strasburgo) non si pone invece alcun problema di bilanciamento nei termini espressi dalla Corte europea, se non nei casi in cui la sentenza debba essere motivata facendo riferimento alle dichiarazioni "lette" ai sensi dell'art. 512 c.p.p..

In tale ultimo caso la Corte di Cassazione ha ormai segnato la strada imponendo una regola di valutazione sovrapponibile a quella indicata dalla Corte europea, ovvero l'inidoneità delle dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio a fondare da sole il giudizio di condanna [Cass., Sez. 3, sent. n. 27582 del 2010, cit.: la pronuncia rileva in quanto la Corte, pur in presenza di una irripetibilità oggettiva, ha ritenuto che la sentenza di condanna non potesse fondarsi in modo significativo o esclusivo sulla dichiarazione assunta in assenza di contraddittorio].

Il problema che si pone all'interno del nostro ordinamento è, piuttosto, quello di valutare se all'abbattimento di alcune garanzie difensive (come la rinuncia all'oralità e all'accesso "diretto" all'esame del teste) debba conseguire un bilanciamento in termini di richiesta di elementi di conferma alla prova formatasi con contraddittorio "attenuato". O quello di valutare se le dichiarazioni del teste vulnerabile debbano essere comunque valutate soprattutto quando provengano da un minore, unitamente ad altri elementi di "conferma".

Quanto al primo dei problemi esposti si rileva come la Corte di Strasburgo ha già ritenuto la compressione dei diritti della difesa in caso di escussione del teste in incidente probatorio compatibile con il presidio di garanzia dell'art. 6 della Convenzione (decisione Accardi c. Italia), sicché la questione non sembra porsi.

Il bilanciamento tra diritti confliggenti appare pacificamente effettuabile attraverso il ricorso a forme speciali di gestione del contraddittorio, senza che il diritto di difesa sia inciso oltre il limite di tutela minimo previsto dalla Convenzione.

Quanto al secondo problema, occorre chiarire cosa s'intende per "conferma". Se la stessa non è da intendersi come un vero e proprio "riscontro", ma piuttosto come un attributo della testimonianza ricavabile dall'analisi dell'a-

derenza del racconto ai dati di realtà (che devono essere documentati dal pubblico ministero ed emergere dall'eventuale istruttoria dibattimentale) non si può che essere favorevoli: ogni testimonianza deve essere infatti vagliata con la massima attenzione e deve essere aderente ai dati di realtà emergenti dall'indagine.

Lascia perplessi, invece, la configurazione della testimonianza "debole" come prova, in sé, inidonea a fondare la condanna, anche se assunta in contraddittorio, e malgrado i rigorosi vagli sull'attendibilità richiesti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

Tuttavia, se in un futuro (improbabile) riassetto della formazione della prova dichiarativa si tornasse a dare rilievo probatorio alle dichiarazioni predibattimentali, la richiesta *ex lege* di documentazione aggravata e di veri e propri "riscontri" alle dichiarazioni in questione sarebbe ineludibile. Stessa indicazione varrebbe qualora si legittimasse il ricorso "ordinario" alla testimonianza anonima.

In conclusione, il confronto con l'assetto processuale di altri sistemi di matrice accusatoria, meno rigido del nostro in punto di utilizzo delle dichiarazioni acquisite in fase investigativa, sollecita alcune riflessioni sulla scelta di metodo effettuata nel nostro ordinamento di associare alla mancanza del contraddittorio regole di esclusione probatoria, cioè di inutilizzabilità, piuttosto che regole di valutazione che impongano il depotenziamento (ma non l'abbattimento) della valenza probatoria delle testimonianze assunte senza il ricorso alla "regola d'oro".

La regola contenuta nell'art. 111 della Costituzione, infatti, se ha il pregio di avere evidenziato la valenza maieutica del contraddittorio nella formazione della prova, mostra infatti i suoi limiti proprio quando la prova dichiarativa proviene da una vittima vulnerabile.

In tal caso la "regola d'oro" comincia a patire evidenti "flessioni": ne sono esempi la rinuncia all'oralità quando si ricorre al contraddittorio anticipato in incidente probatorio o, ancora, l'accesso "mediato" (dall'intervento del giudice) all'esame del teste quando questo è minore (o maggiorenne infermo di mente), che non richiedono – ad oggi – compensazioni né in base al diritto interno, né a quello convenzionale.

Inoltre, come già evidenziato, la struttura della testimonianza "debole" è tale da non manifestarsi in forme sovrapponibili tutte le volte che il dichiarante viene ascoltato. Gli approdi della psicologia della testimonianza sul punto sono chiari: i meccanismi del ricordo agiscono in maniera differente, producendo variazioni nel recupero della traccia mnestica dipendenti sia dal tempo

trascorso tra la dichiarazione e l'evento, sia dalla struttura stessa del ricordo che si "edifica" anche attraverso le rievocazioni effettuate nel corso delle varie audizioni giudiziali, attraverso la "progressione dichiarativa".

La conseguenza di tale dato strutturale della testimonianza della vittima di un evento traumatico è che la valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni non può che passare attraverso l'analisi del "percorso" dichiarativo, che può essere o meno giudicato attendibile proprio in relazione al suo divenire (la omogeneità delle dichiarazioni e la persistente accuratezza nella riedizione di alcuni dettagli sono segnali, ad esempio, di testimonianza non veritiera). Se così è, il peso delle contestazioni dibattimentali si aggrava inevitabilmente: la *credibilità* del dichiarato attuale della vittima può infatti essere pienamente valutata *solo* in relazione alle dichiarazioni pregresse e non in modo indipendente da queste (che dovrebbero essere perciò adeguatamente documentate), sebbene alle stesse non sia riconoscibile alcun valore probatorio "in positivo".

In conclusione, le limitazioni al pieno esplicarsi dei diritti della difesa quando siano escuse vittime vulnerabili, con la rinuncia all'oralità e alla *cross examination* diretta, costringe a chiedersi, proprio in un'ottica di garanzia, quali rimedi debbano essere portati al sacrificio dei diritti difensivi che cedono nella tensione del bilanciamento con i diritti della vittima e ancora, più timidamente, se il metodo dell'esclusione probatoria delle dichiarazioni unilaterali sia realmente compatibile con il complesso (e mai uguale) bilanciamento tra diritto della vittima e diritto dell'imputato nei processi fondati su dichiarazioni che provengono da un offeso vulnerabile.

Di certo, se si accede alla prospettiva del bilanciamento tra diritti (fondamentali) dell'imputato e della vittima, si comprende che i meccanismi di compensazione "valutativa" della testimonianza resa con contraddittorio "contratto" o "assente" ritenuti essenziali dalla Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbero garantire i diritti della difesa più delle regole di esclusione probatoria attuali.

Queste regole conducono infatti alla "ipervalutazione" probatoria del dichiarato dibattimentale o assunto in contraddittorio incidentale: il che non è necessariamente un fatto idoneo a garantire i diritti dell'imputato.

Forse, ma è solo uno spunto di riflessione, il ripensamento della disciplina della prova dichiarativa dovrebbe partire da un ridimensionamento del ruolo della testimonianza in senso lato: la presa d'atto che la riedizione dei ricordi è un meccanismo complesso, e non del tutto affidabile, dovrebbe indurre fin dalla fase delle indagini i pubblici ministeri a "puntellare" gli elementi di (ogni) prova orale con tutti i dati oggettivi possibili (che, all'epoca del dispie-

garsi del dibattimento, potrebbero essersi dispersi). Dati che consentano, nel proseguimento del processo, la valutazione avvertita e non “intuitiva” da parte dei giudici di merito dell’attendibilità giudiziale delle dichiarazioni, in genere, e di quelle dell’offeso in particolare.

Allo stato, dunque, non resta che la gestione accorta di un sistema basato sulla regola di esclusione probatoria prevista dalla Carta, nella consapevolezza che la testimonianza (in genere, e quella delle vittime vulnerabili in particolare) ha una complessità straordinaria, probabilmente non “trattabile” con la imposizione della condizione processuale della edizione del contraddittorio dibattimentale a distanza di molti anni dal fatto da evocare.

2.5. Veniamo all’ultimo punto indicato nella nota introduttiva, ovvero alla compatibilità dei tempi del nostro processo con la tutela effettiva dei diritti della vittima.

I diritti delle vittime, ovviamente, richiedono per essere tutelati che la conclusione della vicenda processuale giunga in tempi rapidi. Non meno di quelli dell’imputato.

È esemplare, anche questa volta, il caso dei procedimenti che riguardano abusi intrafamiliari su minori.

In tali processi la cognizione penale s’intreccia con la cognizione del Tribunale per i minorenni ed è evidente come la dilatazione dei tempi processuali sia idonea a produrre importanti danni ai rapporti familiari, soprattutto nei casi in cui il processo penale si concluda con una pronuncia di assoluzione.

In tal senso si è espressa anche la Corte di Strasburgo con la sentenza emessa nel caso *Errico c. Italia* del 24 maggio 2009. Nell’occasione il nostro Stato è stato ritenuto responsabile di ingerenza nei diritti tutelati dell’art. 8 della Convenzione riconducibile al ritardo delle decisioni giudiziali in un caso in cui, pendente un’indagine per un reato di abuso sessuale intrafamiliare, il Tribunale per i minorenni aveva disposto l’allontanamento del minore dal padre (indagato ricorrente). La Corte europea, pur avallando la legittimità dell’intervento finalizzato alla protezione del minore, ha censurato il ritardo nella definizione della vicenda ritenendo che la separazione tra genitore e figlio fosse stata protratta per un tempo non giustificato dalle esigenze dell’inchiesta penale, e che la irragionevole inazione dell’autorità procedente, in seguito alla richiesta di archiviazione, avesse pregiudicato il diritto alla vita privata e familiare del ricorrente.

Anche in questo caso, il processo con vittima vulnerabile funge da “spia” delle anomalie del nostro sistema di cognizione penale. I diritti della vittima

vengono comunque, ed inevitabilmente, compressi dalla dilatazione dei tempi processuali, non meno di quelli dell'imputato.

In generale, "guardare" il processo dalla prospettiva della vittima comporta un'inevitabile rivisitazione critica del nostro sistema processuale, che si presenta ad oggi ancora lontano dal fare proprio in modo sistematico il metodo del bilanciamento *in concreto* degli interessi, che è (forse) il più idoneo a gestire il difficile confronto tra i diritti della vittima (presunta, fino alla sentenza definitiva) ed i diritti dell'imputato (innocente, fino a condanna definitiva), nel rispetto dei principi del processo "equo".

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011