

LE VITTIME DA REATO E L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2012/29 UE: LE AVANGUARDIE, I PROBLEMI, LE PROSPETTIVE ¹

di Sandra Recchione

SOMMARIO: 1. Le indicazioni della direttiva (a linee grosse). – 2. Le avanguardie giurisprudenziali. – 3. Le avanguardie normative: verso il riconoscimento della vulnerabilità atipica. – 4. Le asincronie del sistema. – 5. Possibili interventi di adeguamento. – 5.1. La partecipazione nel corso della fase delle indagini (Capo 3 della direttiva). – 5.2. L'individuazione di uno statuto speciale per la prova dichiarativa del vulnerabile (Artt. 22 e ss. della direttiva). – 5.3. Ulteriori possibili interventi (di avanguardia): l'offeso parte processuale, controllo sulle scelte di inazione del pubblico ministero e sulle inerzie in materia cautelare.

1. Le indicazioni della direttiva (a linee grosse)

La direttiva 2012/29 UE richiede una ampia e sistematica riscrittura delle norme del codice di procedura penale che si fonda su una inedita, per il nostro sistema, valorizzazione del ruolo della vittima del reato non solo nella fase processuale, ma anche in quella investigativa².

La difficoltà maggiore che il legislatore dovrà affrontare nella progettazione della normativa di adeguamento sarà l'innegabile scoglio culturale che origina da una

¹ Relazione scritta in occasione dell'intervento tenuto al convegno organizzato dal gruppo dei parlamentari del PD "Più diritti meno vittime", Roma 12 dicembre 2014, Camera dei deputati, atti in corso di pubblicazione.

² Per un generale inquadramento delle fonti internazionali ed europee in materia di tutela della vittima v., per esempio, DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 889 ss.; ID., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Questione giustizia*, 2003, pp. 705 ss.; ID., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in *Punire Mediare Riconciliare – Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di FIANDACA, VISCONTI, Torino, 2009, pp. 107 ss.; AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 1327 ss.; ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, pp. 99 ss.; ID., *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del Trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, pp. 204 ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *La posición de la víctima en el derecho comparado y en la normativa de la Union europea*, in *Panorama actual y i perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*, director González González, Madrid, 2007, pp. 137 ss.; LANTHIEZ, *La clarification des fondaments européens des droits des victimes*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, sous la direction de Giudicelli-Delage, Lazerges, Paris, 2008, pp. 145 ss.; GAMBERINI, *Les politiques supranationales européennes ou l'âme ambiguë de l'harmonisations*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, cit., pp. 159 ss.; VENTUROLI, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, 3-4, 2012. Cfr., da ultimo, LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2015.

prospettiva del processo penale decisamente “pubblica” in cui la partecipazione dell’offeso risulta fondata essenzialmente sulla pretesa risarcitoria veicolata nel processo penale attraverso la costituzione di “parte civile”.

La prospettiva europea si presenta radicalmente diversa in quanto valorizza non tanto la (privata) pretesa alla restituzione patrimoniale del danno patito, quanto l’interesse della vittima alla partecipazione al procedimento, nella sua tipica dimensione pubblica di strumento per l’accertamento della verità processuale³.

La direttiva riconosce e tutela l’interesse dell’offeso al buon esito del processo: un interesse che concorre con quello del pubblico ministero e si presenta in larga misura indipendente dalla soddisfazione della pretesa risarcitoria.

Nel progetto europeo la “parte” privata partecipa alla progressione processuale insieme all’imputato e vanta un’autonomia che, rispetto al sistema nazionale, vede la netta recisione del cordone ombelicale che la lega al pubblico ministero, al quale nel nostro sistema, è integralmente affidata la tutela dei suoi interessi.

Di più: la direttiva individua la necessità di predisporre uno statuto speciale per la vittima in condizioni di vulnerabilità, delineando una forma di “vulnerabilità atipica” inedita in un ordinamento che associa tale condizione a specifici reati (ritenuti) indicativi della debolezza del dichiarante⁴.

Il riconoscimento della vulnerabilità atipica come presupposto per la attivazione di modalità di raccolta della prova dichiarativa diverse da quelle utilizzate per il testimone ordinario rappresenta una sfida particolarmente impegnativa per il legislatore, cui è affidato il compito di individuare parametri e procedure di rilevazione di tale condizione, nel rispetto del diritto di difesa.

Ancora: la direttiva indica la necessità della creazione di una rete di protezione che accolga ed “accompagni” la vittima durante il percorso processuale fornendole il necessario supporto per superare il trauma e per affrontare in modo sereno il confronto con la giurisdizione.

Si tratta di una serie di indicazioni che impegnano il nostro legislatore nella ristrutturazione delle norme:

- che regolano la partecipazione dell’offeso al procedimento,
- che incidono sullo statuto della prova dichiarativa rendendo necessaria la creazione di un regime processuale speciale per la raccolta della testimonianza del dichiarante vulnerabile,
- che predispongano l’attivazione di una rete di protezione extragiudiziale degli offesi da reato.

³ Sul ruolo della vittima nella commisurazione della pena v. HENHAM, MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un’analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell’ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 706 ss.

⁴ ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in ALLEGREZZA, BELLUTA, GIALUZ, LUPÀRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, p. 13.

2. Le avanguardie giurisprudenziali

Attraverso lo strumento della interpretazione conforme alle indicazioni convenzionali ed alla normativa dell'Unione la giurisprudenza italiana ha fornito soluzioni di avanguardia nella direzione del riconoscimento degli interessi delle persone offese e nella protezione delle stesse dalla vittimizzazione secondaria o "da processo"⁵.

Così:

a) il diritto alla partecipazione delle persone offese al procedimento ed al processo, che si staglia come "macro diritto" che innerva tutto il tessuto della direttiva è stato riconosciuto con un provvedimento con il quale si è consentito alle persone offese ed ai loro difensori di partecipare all'udienza camerale per la valutazione della proposta di pena concordata. Pur ribadendo l'irrilevanza dell'eventuale dissenso degli offesi per la scelta del rito a prova contratta, il tribunale ha ritenuto che non fosse conforme alle indicazioni della direttiva la loro esclusione dalla partecipazione alla udienza camerale⁶;

b) la valorizzazione della vulnerabilità atipica ha trovato spazio nella giurisprudenza della cassazione che ha ritenuto legittimo il ricorso al contraddittorio incidentale per acquisire la testimonianza di un minore che aveva assistito all'assassinio del padre da parte di sicari della criminalità organizzata, nonostante l'omicidio non fosse compreso tra i delitti indicati dall'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. che consentono l'attivazione del contraddittorio anticipato a prescindere dalla deperibilità della prova⁷;

c) la anomala permanenza nel nostro sistema dell'art. 190 comma 1 *bis* c.p.p. che costituisce la "barriera" normativa alla ripetizione in dibattimento della testimonianza del vulnerabile è stata contrastata da una avvertita pronuncia della cassazione che ha ritenuto la riedizione della testimonianza manifestamente superflua in base al criterio generale indicato dall'art. 190 c.p.p.⁸;

d) le plurime indicazioni della normativa europea in ordine alla necessità di videoregistrare la testimonianza del vulnerabile hanno indotto la Corte di cassazione a censurare la sentenza di appello che aveva ribaltato il giudizio di assoluzione senza dare conto della analisi della videoregistrazione dell'incidente probatorio. La pronuncia ha valorizzato la documentazione aggravata ritenendo i supporti audiovisivi essenziali per la valutazione della attendibilità del testimone e della

⁵ Con vittimizzazione secondaria si intendono quegli effetti pregiudizievoli per la vittima non derivanti direttamente dal reato, bensì dal contatto con l'apparato di polizia e giudiziario; in argomento v. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, in www.vittimologia.it. Sul tema CESARI, *Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona dal processo: la tutela del testimone fragile nell'evoluzione processualpenalistica*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. NEGRI-M. PIFFERI, Giuffrè, 2011, p. 317.

⁶ Tribunale Torino, 28 gennaio 2014 in [questa Rivista](#), 3 marzo 2014, con nota di BELLUTA, *Per piccoli passi la vittima cerca spazio nel procedimento penale*.

⁷ Cass. sez. VI, 11 marzo 2008, n. 23705, in *C.E.D. Cass.*, n. 240321.

⁸ Cass. sez. III, 22 maggio 2013, n. 6095, in *C.E.D. Cass.*, n. 258825.

credibilità dei contenuti dichiarativi. Emerge il valore aggiunto della permanente “fruibilità” della videoregistrazione che permette di evitare la rinnovazione del dibattimento sempre che si dia conto della visione (effettiva) dei filmati, in coerenza con l’ormai consolidato orientamento che ritiene necessaria la riedizione in appello delle testimonianze decisive⁹.

Si tratta di interventi che vanno da un lato nella direzione della valorizzazione dell’interesse dell’offeso alla partecipazione alla fase investigativa e, dall’altro, si dirigono verso la individuazione di uno statuto speciale per la prova dichiarativa del testimone vulnerabile.

La giurisprudenza è evidentemente protesa a garantire la contrazione delle audizioni, in piena coerenza con le indicazioni della direttiva che invita ad evitare inutili reiterazioni della testimonianza. Ma anche a valorizzare la vulnerabilità aspecifica emergente dalla analisi delle caratteristiche individuali del dichiarante; anche in questo caso in pieno accordo con le indicazioni europee.

3. Le avanguardie normative: verso il riconoscimento della vulnerabilità atipica

Per quanto per dare attuazione alle indicazioni della direttiva il nostro sistema necessiti di un intervento di ristrutturazione organica, deve essere segnalato un “avamposto” normativo che va addirittura oltre le richieste europee, in quanto consente di predisporre modalità di audizione “protetta” non solo nei confronti delle vittime in condizioni di vulnerabilità, ma nei confronti di ogni testimone che presenti tali caratteristiche.

Si tratta della modifica apportata dal decreto legislativo n. 24 del 4 marzo 2014.

Questa norma segna un passo in avanti particolarmente significativo nella costruzione dello **statuto della prova dichiarativa del teste “vulnerabile”**¹⁰.

La norma consente al giudice, seppur su richiesta di parte, di attivare i presidi di tutela indicati al comma 5 *bis* dell’art. 398 c.p.p. ogniqualvolta **tra le persone interessate alla prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità desunta “anche”** (ma non solo, evidentemente) **dal tipo di reato per cui si procede**.

Prima dell’introduzione nel corpo dell’art. 398 c.p.p. del comma 5 *ter* l’estensione della protezione ai maggiorenni escussi in fase incidentale era resa possibile dal richiamo alla disciplina prevista dal comma 4 *quater* dell’art. 498 c.p.p. (introdotta dalla L. 119 del 2013), che prevede l’attivazione della protezione (su richiesta) quando si procede all’audizione dibattimentale dei maggiorenni offesi dai (soli) reati indicati nel precedente comma 4 *ter* (che ricalca l’elenco indicato nell’art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. con l’eccezione dell’art. 609 *undecies* c.p.). L’importazione in sede incidentale di tale ultima norma, attraverso il ponte procedurale dell’art. 401 c.p.p.,

⁹ Cass. sez. III, n. 43723 del 23.5.2013, in *C.E.D. Cass.*, n. 258324.

¹⁰ Sia consentito rinviare a [RECCHIONE, Il dichiarante vulnerabile fa \(disordinatamente\) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell’art. 398 c.p.p., in questa Rivista, 14 aprile 2014.](#)

garantiva l'utilizzo delle modalità protette anche per gli offesi maggiori di età, sempre che ne venisse riconosciuta la particolare vulnerabilità, desunta “anche” dal tipo di reato per cui si procede (reati, come si è detto, precisamente indicati dal precedente comma 4 *ter*).

L'estensione della protezione ai maggiorenni poteva essere concessa anche facendo ricorso alla interpretazione “conforme” alla normativa sovranazionale. Attraverso tale via, faticosamente, si giungeva alla inclusione nell'ambito applicativo dell'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p. anche dei vulnerabili “esclusi” dall'elenco, sulla base della necessità di rispettare le indicazioni della decisione quadro 2001/220/GAI (ora sostituita dalla direttiva 2012/29/UE) in materia di diritti minimi delle vittime, in coerenza con le indicazioni della celebre pronuncia della CGUE, Grande sezione del 16 giugno 2005 nel caso *Pupino*¹¹.

Il nuovo comma 5 *ter*, introdotto nell'art. 398 c.p.p. dal d.lgs n. 24 del 2014, non solo corregge la simmetria tra la disciplina tra l'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. e l'art. 398 c.p.p., consentendo di “accompagnare” la ammissione della testimonianza incidentale degli offesi maggiorenni di alcuni reati (quelli indicati dall'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. appunto) con la predisposizione di **modalità protette** indicate dall'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p., ma va oltre.

La norma indica infatti come **unica condizione necessaria** per la concessione della protezione il riconoscimento della esistenza di uno stato di **“particolare vulnerabilità”**: dunque consente, l'accesso alle modalità speciali **anche per la raccolta della testimonianza del dichiarante vulnerabile non offeso**, e soprattutto – secondo la lettura che ci pare più convincente – di **estendere la protezione oltre il perimetro tracciato dall'elenco di reati indicato nell'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p.**¹²

¹¹ ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di SGUBBI E MANES, Bologna, 2007, pp. 71 ss.

¹² Infatti, benché la nuova disposizione effettui un richiamo integrale alle disposizioni del comma 5 *bis*, ci sembra che tale richiamo debba intendersi come riferito solo alle “modalità protette” di audizione, e non anche all'elenco di reati presuntivamente traumatizzanti indicati nel comma 5 *bis*. Militano a favore di questa interpretazione diversi argomenti: alcuni di ordine letterale ed altri di tipo logico-sistematico. Partendo dalle indicazioni della lettera della norma: il comma di nuova introduzione non effettua alcuno specifico rinvio all'elenco indicato dal comma 5 *bis*, ma indica come unico parametro per la valutazione della condizione di vulnerabilità il “tipo di reato per cui si procede”. La tecnica normativa si discosta visibilmente da quella utilizzata in occasione nella introduzione del comma 4 *quater* dell'art. 498 c.p.p., dove l'estensione della protezione agli offesi maggiorenni è stata *espressamente* riferita ai casi in cui si proceda per i reati indicati nell'elenco di cui all'art. 498 comma 4 *ter* c.p.p. (che ricalca l'elenco indicato nell'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. con l'eccezione dell'art. 609 *undecies* c.p.). Evidentemente, quando il legislatore ha inteso limitare la protezione al perimetro tracciato con le presunzioni di vulnerabilità, lo ha fatto attraverso il richiamo espresso all'area dei reati ritenuti in astratto generatori di trauma. Richiamo, come si è visto, del tutto assente nel comma 5 *ter* dell'art. 398 c.p.p., che estende la protezione nel caso del contraddittorio incidentale.

Ma ancora più convincente è l'argomento sistematico. La normativa e la giurisprudenza sovranazionale si presentano univocamente indirizzate verso la valorizzazione processuale della “vulnerabilità individuale”, valutata in concreto, senza i limiti nascenti dalle presunzioni. In tal senso sono orientate le indicazioni della sentenza della Corte di Giustizia che, nel caso *Pupino*, ha chiarito che la vulnerabilità è uno “stato” sicuramente riferibile anche ai minori presunte vittime di maltrattamenti agiti da una

Nella stessa direzione, ancora più chiaramente, si orienta il tessuto normativo della direttiva 2012/29/UE, che richiede una precoce valutazione della vulnerabilità (della vittima) fondata su una analisi individuale (art.22).

La direttiva indica chiaramente la strada della valutazione personalizzata, riducendo drasticamente lo spazio riservato alla “vulnerabilità presunta” (art. 22 comma 4) e tracciando le basi per una “rivoluzione copernicana” dello statuto processuale della vittima vulnerabile. Statuto che appare destinato ad essere centrato sull'esame individuale della persona, mentre il ruolo delle presunzioni si configura come residuale e recessivo.

Aderendo a tale normativa di indirizzo (che informa il nostro sistema anche in pendenza del termine di attuazione), **lo stesso decreto legislativo n. 24 del 2014 ha riconosciuto la necessità di valutare la vulnerabilità sulla base di un esame individuale.**

L'art. 1 del decreto, sotto la rubrica “principi generali”, stabilisce infatti che “nell'attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di un valutazione *individuale* della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere”. Anche in tale occasione si è ribadita, con estrema chiarezza, la necessità di valorizzare la vulnerabilità *effettiva* della persona, a prescindere dal rinvenimento di indici presuntivi (rassicuranti, ma non definitivi ai fini della valutazione della condizione di debolezza).

Lo stesso d.lgs. n. 24 del 2014 introduce la rilevanza della condizione (aspecifica) di vulnerabilità anche nel corpo degli artt. 600 e 601 c.p. confermando la tendenza a valorizzare la rilevanza dello “stato” a prescindere dal collegamento con uno specifico reato.

Infine: la volontà di valorizzare l'esame in concreto della condizione del dichiarante a prescindere da “ciechi” collegamenti presuntivi emerge dai lavori preparatori del d.lgs. n. 24 del 2014. Nella relazione illustrativa del d.lgs n. 24/14 trasmessa alle commissioni parlamentari il 3 dicembre 2013 si legge infatti che l'intenzione della novella è quella di estendere la protezione a “*tutte* le vittime maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità”. E' vero che nella stessa relazione si qualifica l'intervento come coerente con quello effettuato dalla legge n. 119 del 2013 sull'art. 498 c.p.p. (che, come si è evidenziato ha ribadito il ruolo delle presunzioni): ma tale cenno appare insufficiente a “ridurre” la portata dell'innovazione, anche alla luce della costante valorizzazione della vulnerabilità specifica che, si legge nella stessa relazione illustrativa, deve orientare verso l'offerta non di una protezione generalizzata, ma piuttosto “modulata sui bisogni e le necessità individuali”.

insegnante, malgrado all'epoca della pronuncia il reato di cui all'art. 572 c.p. non fosse incluso nell'elenco dei delitti presuntivamente generatori di trauma.

Il disancoramento della rilevanza processuale dello stato di vulnerabilità dalla connessione con reati specifici è un salto culturale di straordinaria rilevanza, che consente di intravedere un percorso di concreto perseguimento degli obiettivi indicati dalla normativa sovranazionale, la quale, come si è visto, valorizza con decisione la condizione di “vulnerabilità individuale” e, con altrettanta determinazione, rifiuta il ricorso alle presunzioni. Rassicuranti, ma cieche.

Se si accede alla interpretazione proposta, **la novella consentirebbe di proteggere non solo i testimoni “speciali”, presuntivamente vulnerabili, indicati nel comma 1 bis dell'art. 392 c.p.p., ma anche quelli “ordinari”, ma vulnerabili in concreto**, se ammessi al contraddittorio incidentale ai sensi delle lettere *a*) e *b*) dell'art. 392 comma 1 c.p.p.

Così, ad esempio, un testimone anziano e malato (ammesso ai sensi dell'art. 392 comma 1 lett *a*) c.p.p.), se riconosciuto vulnerabile, potrà essere ascoltato in ambiente protetto; analoga protezione potrà essere riservata ai testi vulnerabili esposti a possibili subornazioni (ed ammessi al contraddittorio incidentale ai sensi della lett. *b*) dell'art. 392 c.p.p.): si pensi, solo per fare un esempio agli offesi di estorsioni consumate in ambiente mafioso.

4. Le asincronie del sistema

L'innovazione rilevata, nella misura in cui la si ritenga (come si sostiene) finalizzata alla valorizzazione esplicita della vulnerabilità individuale ed aspecifica, si rivolge comunque al *solo testimone maggiorenne*. Il che è quantomeno singolare. E' vero che i testimoni minorenni “vulnerabili aspecifici” (ovvero dichiaranti in relazione a reati non inclusi nell'elenco dell'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p.) trovano comunque protezione attraverso l'assorbimento della disciplina dibattimentale (consentito dall'art. 401 comma 5 c.p.p.): tuttavia una esplicita estensione della tutela avrebbe contribuito alla chiarezza (e coerenza) del sistema.

Il vero tema, irrisolto, resta tuttavia quello *dell'accesso* al contraddittorio incidentale dei vulnerabili aspecifici (maggioenni o minorenni che siano) *esclusivamente* sulla base del riconoscimento dello stato di debolezza.

Sul punto deve riconoscersi che l'estensione dell'accesso ai *minorenni* di reati non inclusi è un approdo sufficientemente metabolizzato dalla giurisprudenza successiva alla celebre pronuncia *Pupino*¹³. Nel caso del minore la natura intuitiva della vulnerabilità ha favorito lo sviluppo di interpretazioni estensive che faticano a trovare spazio nel caso in cui il vulnerabile aspecifico sia maggiorenne. Lo scoglio in questo caso è rappresentato non solo dalla difficoltà di accertare la vulnerabilità, ma anche dalla comprensibile ritrosia ad assegnare a tale sfuggente attributo il “potere” di

¹³ Come si ricava con chiarezza dalla legittimazione del ricorso al contraddittorio anticipato, di un minore testimone di omicidio: Cass., sez. VI, 11 marzo 2008, n. 23707, in *C.E.D. Cass.*, n. 240321.

incidere sul principio di oralità, declinazione significativa (se pur rinunciabile) del diritto di difesa.

La norma di nuova introduzione, per quanto illuminata, rischia di non essere efficace se non accompagnata dalla organica revisione della testimonianza del vulnerabile.

Il “sistema” presenta ad oggi evidente **asincronie** e conduce a **risultati paradossali**¹⁴. Eccone alcune:

Se si assume che il contraddittorio incidentale ha non solo una funzione di salvaguardia della prova “precaria”, ma anche una funzione di tutela del dichiarante debole, emerge con chiarezza la inadeguatezza dell'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. che riserva l'incidente “speciale” solo ai testimoni di *alcuni* procedimenti (quelli relativi ai reati indicati nel relativo elenco). Ammessa la *ratio* di tutela del dichiarante del contraddittorio anticipato, e disancorata la valutazione sulla condizione di vulnerabilità dal collegamento con specifici reati, dovrebbe invece ammettersi il contraddittorio anticipato per *tutti* i dichiaranti vulnerabili e non solo per alcuni di essi.

Ancora: il sistema di tutela del dichiarante debole che si intravede nel codice (con sufficiente se non definitiva chiarezza) si fonda sul riconoscimento della necessità di contrarre il numero delle dichiarazioni del teste vulnerabile, anticipando il contraddittorio al fine di concludere lo “sforzo” dichiarativo in una fase precoce del percorso procedimentale, in modo da evitare traumatiche ripetizioni (fonte riconosciuta di vittimizzazione secondaria o da processo). Se così è, emerge con chiarezza la assoluta inadeguatezza della norma che a quel sistema dovrebbe garantire l'efficacia: ovvero l'art. 190 comma 1 *bis* c.p.p. Tale articolo svolge la essenziale funzione di “argine normativo” alla ripetizione della testimonianza (già) assunta in sede incidentale, e dunque garantisce l'efficacia della protezione impedendo defatiganti ripetizioni. Sorprendentemente però la norma consente di non ripetere l'esame solo nel caso il cui il dichiarante vulnerabile sia anche “offeso” di alcuni reati e sia anche minore di anni sedici. L'elenco di reati indicato dall'art. 190 comma 1 *bis* c.p.p. non coincide, peraltro, con quello previsto dall'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. (non sono indicati tra gli altri i reati di maltrattamenti ed atti persecutori).

L'effetto della rilevata (abnorme) asistematicità è che **l'effettuazione di una audizione anticipata e protetta non impedisce, in una grande quantità di casi, il rinnovamento della audizione in sede dibattimentale**. Il che, di fatto, vanifica la funzione tutelante dell'incidente probatorio “speciale” e rischia di produrre il paradossale effetto di moltiplicare le audizioni dei vulnerabili, piuttosto che ridurle.

Infine: la estensione della possibilità di accedere alla protezione per tutti i testimoni in condizioni di vulnerabilità, nella misura in cui risulta oggi limitata al contraddittorio che si svolge in incidente probatorio, produce una vistosa **asimmetria rispetto alla fase dibattimentale**. L'art. 498 comma 4 *quater* c.p.p. prevede infatti la possibilità di ricorrere alla audizione protetta in dibattimento **solo per gli offesi**

¹⁴ CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 986.

maggioresni dei reati indicati dal comma 4 *ter*, laddove **il vulnerabile non offeso (o offeso da “altri” reati rispetto a quelli codificati) sembrerebbe non trovare tutela**. Alla “liberalizzazione” del ricorso alle modalità protette in incidente probatorio non è seguita cioè, la parallela (doverosa) estensione della protezione anche alla fase dibattimentale. Il sistema, anche con riguardo a tale ultimo profilo, si rivela asincronico ed irrazionale.¹⁵

5. Possibili interventi di adeguamento

5.1. *La partecipazione nel corso della fase delle indagini (Capo 3 della direttiva)*

Il nostro sistema processuale non prevede la partecipazione “attiva” della persona offesa nel corso delle indagini.

L’allineamento al livello minimo di tutela del diritto di partecipazione richiesto dalla normativa europea potrebbe essere ottenuto attraverso la modifica dell’art. 415 *bis* c.p.p. con obbligo di notifica dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari a tutti gli offesi¹⁶ e conseguente sistematica attivazione del contraddittorio preprocessuale “allargato”.

In tal modo si garantirebbe la partecipazione della persona offesa alla formazione ed al “controllo” del compendio probatorio raccolto dal pubblico ministero durante le indagini, in coerenza con le indicazioni contenute negli artt. 10 e 12 della direttiva.

Il coinvolgimento precoce dell’offeso nella fase del contraddittorio preprocessuale potrebbe avere effetti positivi anche sulla attivazione di eventuali percorsi di giustizia riparativa (indicati come necessari dall’art. 12 della direttiva). La mediazione potrebbe svilupparsi proprio in seguito alla notifica dell’avviso ed essere

¹⁵ Per evidenziare meglio i nodi critici rilevati, si pensi al caso di un teste oculare maggiorenne di un cruento omicidio di mafia: il reato di omicidio non rientra tra quelli per cui è possibile l’accesso al contraddittorio anticipato speciale previsto dal comma 1 *bis* dell’art. 392 c.p.p.; il teste potrebbe essere tuttavia vulnerabile a causa del trauma indotto dalla visione dell’evento che potrebbe avere prodotto un disordine psichico documentabile; in questo caso il contraddittorio incidentale non potrebbe essere attivato neanche facendo ricorso alla interpretazione conforme al diritto UE, in quanto il teste non è vittima e dunque non rientra tra i dichiaranti interessanti dall’intervento della normativa dell’Unione. Lo stesso testimone potrebbe tuttavia essere oggetto di minacce volte ad evitare la testimonianza; se il pubblico ministero fornisse elementi sufficienti a dimostrare il tentativo di subornazione, il teste potrebbe essere sentito con l’incidente probatorio “ordinario” ai sensi del comma 1 lett. b) dell’art. 392 c.p.p.; in tal caso la sua condizione di vulnerabilità potrebbe essere (oggi) finalmente valorizzata ai sensi del nuovo comma 5 *ter*. Lo sforzo di tutela potrebbe rivelarsi tuttavia inefficace: il reato di omicidio non rientra tra quelli indicati dall’art. 190 comma 1 *bis* c.p.p. ed il teste è maggiorenne; l’esame potrà quindi essere ripetuto in dibattimento ed il testimone, visto che l’omicidio non è compreso (neanche) tra i reati per i quali il comma 4 *quater* dell’art. 498 c.p.p. consente le modalità protette dovrà essere sentito con modalità “ordinarie”.

¹⁶ E non solo a quelli dei reati di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p.

favorita dalla ostensione degli elementi di prova raccolti¹⁷. Alla modifica dell'art. 415 *bis* c.p.p. dovrebbe seguire la correzione dell'art. 416 c.p.p. con l'introduzione di una sanzione processuale per la omessa notifica; sanzione omogenea a quella che presidia il mancato avviso all'indagato.

La impossibilità di assegnare all'offeso la qualifica di parte processuale impedisce di estendere allo stesso la disciplina generale sulle nullità prevista dall'art. 178 comma 1 lett. c), riferita solo alle "parti": l'introduzione della sanzione si configurerebbe come misura diretta a rendere effettivo il diritto di partecipazione della persona offesa prima della eventuale costituzione di parte civile nella fase dell'udienza preliminare.

5.2. *L'individuazione di uno statuto speciale per la prova dichiarativa del vulnerabile (artt. 22 e ss. della direttiva)*

Si tratta dell'intervento di adeguamento di maggiore complessità.

Come si è evidenziato la direttiva 2012\29\UE prevede la valorizzazione della vulnerabilità "aspecifica" ovvero di una condizione di debolezza personale non riconducibile al fatto che l'offeso sia vittima di particolari reati, ma inducibile piuttosto da un esame individuale che deve tenere conto di alcuni indicatori¹⁸. Ovvero:

- delle caratteristiche personali della vittima;
- del tipo o natura del reato,
- delle circostanze del reato.

Tale valutazione deve tenere inoltre in considerazione il danno patito in conseguenza del reato, il fatto che il reato trova origine nel pregiudizio o nelle caratteristiche personali delle vittime, nella relazione e dipendenza delle vittime dall'autore del reato. Particolare attenzione deve essere rivolta alle vittime di terrorismo, criminalità organizzata, tratta degli esseri umani, violenza di genere, violenza nelle relazioni strette, violenza o sfruttamento sessuale, reati basati sull'odio o nei confronti di vittime disabili (così l'art. 22 della direttiva)

La scelta di assegnare rilevanza non solo al tipo di reato, ma anche alla relazione tra l'autore ed il dichiarante, ed alle intrinseche caratteristiche di questi impone la rinuncia al ricorso a presunzioni assolute.

L'approccio europeo alla prova dichiarativa "debole" esclude infatti il ricorso a meccanismi "automatici" o ciecamente presuntivi, indirizzando il legislatore nazionale verso la individuazione e valorizzazione delle peculiarità della persona-vittima.

¹⁷ In materia di giustizia riparativa v. MANNOZZI, *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali, giuridici e sociali*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di BARTOLI, PALAZZO, Firenze, 2011, MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 131.

¹⁸ BELLUTA, *As is, to be: vittime di reato e giustizia penale tra presente e futuro*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. BARGIS, Giuffrè, 2013, p. 154.

Secondo l'art. 22 comma 4 della direttiva solo vulnerabilità dei minori è presunta. Sebbene venga riconosciuto come intrinsecamente vulnerabile, il minore deve comunque essere sottoposto ad una analisi individuale che ne individui le caratteristiche specifiche e ne valuti in concreto la "debolezza", anche con riferimento al percorso processuale che dovrà affrontare.

L'assessment individuale (cfr art. 22 e ss della direttiva) dovrà essere effettuato tempestivamente nella fase iniziale delle indagini.

Secondo quanto consigliato dalle "Linee guida della Commissione europea per l'attuazione della direttiva 2012\29\UE" tale valutazione può essere effettuata anche (solo) dalla polizia giudiziaria e dai servizi di assistenza per le vittime. Si tratta di una soluzione ragionevole che sembra legittimare la valutazione individuale atecnica (ovvero non effettuata da esperti in psichiatria e psicologia) che, se adottata, consentirà di modulare l'approfondimento della valutazione in relazione alle peculiarità del caso.

Per quanto il ricorso seriale alla consulenza psicologica possa apparire rassicurante, la previsione della sua obbligatorietà avrebbe lo svantaggio di "appesantire" i procedimenti in una fase, come quella investigativa, in cui si presenta certamente prioritaria l'esigenza di salvaguardare la celerità nella raccolta degli elementi di prova. Alla consulenza si potrebbe, comunque fare ricorso nei casi in cui il pubblico ministero lo ritenesse opportuno per la complessità della condizione del dichiarante.

La proceduralizzazione della valutazione dello stato di vulnerabilità si presenta indispensabile per consentire la sua tracciabilità e critica, anche in vista di una rivalutazione su istanza della difesa¹⁹.

Lo condizione di vulnerabilità dovrebbe essere dichiarata con un atto fruibile nel corso dell'intero processo. Considerato che tale valutazione deve essere effettuata nella fase iniziale del procedimento (se fosse tardiva non consentirebbe la applicazione tempestiva dei presidi di protezione) è ragionevole che possa essere affidata ad un decreto del pubblico ministero sottoponibile a critica e revisione nel corso del processo.

La dichiarazione di vulnerabilità è destinata ad incidere in modo significativo sul diritto di difesa. La prova dichiarativa del vulnerabile viene assunta con modalità che, di regola, prevedono il divieto per l'accusato di entrare in contatto diretto con la fonte. Tale compressione è stata comunque valutata compatibile con le garanzie convenzionali dalla Corte di Strasburgo²⁰ ed è stata "promossa" come bilanciamento ottimale tra il diritto dell'accusato e quello della vittima ad essere tutelata "dal processo" dalla Corte di Lussemburgo (ci si riferisce alla nota sentenza della CGUE nel caso Pupino).

Il decreto dichiarativo dello stato di vulnerabilità, nella fase segreta delle indagini, dovrebbe essere comunicato solo alla vittima (o al dichiarante vulnerabile), mentre l'ostensione all'accusato dovrebbe rimanere limitata ai casi di *discovery*

¹⁹ Sulla necessità di adeguare il sistema contemperando i diritti della vittima con quelli dell'accusato [CASSIBBA, Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili, in questa Rivista, 11 luglio 2014.](#)

²⁰ Si veda la decisione della Corte Edu, Accardi e altri c. Italia, (dec) 20.1.2005.

ordinaria (conseguente alla applicazione di una misura cautelare, alla richiesta di un incidente probatorio speciale ed alla chiusura delle indagini).

Alla introduzione della vulnerabilità aspecifica dovrebbe conseguire la correzione di tutte le norme che disciplinano la raccolta della prova dichiarativa del vulnerabile, dunque sia quelle che disciplinano la assunzione delle dichiarazioni unilaterali in fase investigativa, che quelle destinate a regolare la (fondamentale) fase dell'incidente probatorio e la (residua) ipotesi dell'esame dibattimentale²¹.

Le dichiarazioni predibattimentali del dichiarante vulnerabile, essenziali per la valutazione della credibilità della progressione dichiarativa (destinata ad emergere in dibattimento con le contestazioni) dovrebbero essere assunte con tutte le cautele indicate dalla normativa sovranazionale. Ad oggi il nostro codice riconosce un presidio di tutela specifico solo quando deve assumersi la testimonianza di un minore. In tal caso è prevista la presenza di un esperto in psicologia infantile accanto alla autorità certificante (pubblico ministero, polizia giudiziaria o difensore nel corso delle indagini difensive). Si tratta di una misura funzionale alla prevenzione della vittimizzazione secondaria che, nella prospettiva della valorizzazione della vulnerabilità aspecifica potrebbe essere estesa a tutti i dichiaranti con caratteristiche di vulnerabilità.

Il che sarebbe in linea con una sempre più chiara tendenza a distinguere lo statuto processuale della prova dichiarativa in coerenza con le caratteristiche del testimone e con il suo rapporto con il fatto da accertare²².

Si tratta di un approccio alla prova dichiarativa che valorizza, da un lato, la relazione del dichiarante con il fatto e, dall'altro, le caratteristiche individuali del testimone. Il rapporto del dichiarante con il fatto rileva non solo perché indica la necessità di attivare i presidi di tutela disponibili a difesa dalla vittimizzazione secondaria, ma anche perché segnala relazioni di coinvolgimento o dipendenza traumatica dall'evento-reato idonee ad influire sulla genuinità della testimonianza.

Il tecnico che assiste il vulnerabile durante le varie audizioni (comprese quelle processuali che si svolgono in dibattimento o in contraddittorio incidentale) in coerenza con quanto previsto dall'art. 23 comma 2 lett c) della direttiva che indica che *«tutte le audizioni della vittima sono svolte dalle stesse persone a meno che ciò sia contrario alla buona amministrazione della giustizia»* dovrebbe essere lo stesso. La scelta si fonderebbe sul chiaro inquadramento dell'esperto come soggetto processuale che assiste e supporta il vulnerabile, ma non ne certifica le dichiarazioni e richiederebbe il superamento del diffuso pregiudizio verso il potenziale etero inducente degli esperti scelti dalla parte.

Nella prospettiva della valorizzazione della vulnerabilità come condizione per l'attivazione di uno statuto speciale della prova dichiarativa, l'incidente probatorio

²¹ Occorrerebbe dunque intervenire sugli artt. 351 comma 1 *ter*, 362, 391 *bis*, 392, 398, 190 comma 1 *bis*, 498 c.p.p. definendo lo statuto speciale della prova dichiarativa del testimone (vittima o non) vulnerabile.

²² Il testimone può essere "vulnerabile" (e non solo in relazione alla minore età), "indifferente" (si tratta del teste non traumatizzato che non ha nessuna relazione con il fatto da rievocare) o "coinvolto nel fatto". Quest'ultimo ha già uno statuto delineato che si compone di una articolata disciplina che regola l'esercizio del diritto al silenzio e, della (fondamentale) regola di valutazione descritta dall'art. 192 comma 2 c.p.p.

“atipico” (ovvero non dipendente dalla deperibilità della prova) dovrebbe essere esteso a tutti i dichiaranti vulnerabili, a prescindere dal fatto che si proceda per specifici reati.

L’istituto è chiaramente sorretto dalla finalità di contrarre il numero delle audizioni nel rispetto del diritto di difesa. Quest’ultimo patisce delle evidenti “compressioni” che possono essere sinteticamente ricondotte alla esclusione dell’ “accesso” diretto al teste (l’audizione avviene di regola in forma “protetta” con la mediazione del giudice o del tecnico) ed al sacrificio dell’oralità, dato che la prova incidentale si forma di fronte ad un giudice, che non è chiamato ad accertare la responsabilità. Tale “mediazione” tra la tutela del diritto di difesa e la tutela del diritto del vulnerabile ad essere protetto dal processo trova i suoi punti di forza nella idoneità del contraddittorio incidentale di offrire alle parti la opportunità di partecipare alla formazione della prova e nella compensazione della perdita dell’oralità con l’obbligo di ricorso a forme di documentazione “aggravata” (come l’audio o la video registrazione) capaci di rendere fruibili durante l’intero percorso processuale i dettagli della testimonianza.

Quanto alla individuazione delle modalità funzionali alla audizione protetta è opportuno lasciare ampia discrezionalità al giudice prevedendo tuttavia di evitare il contatto visivo tra accusato e dichiarante e di utilizzare sistemi di comunicazione a distanza, in linea con le indicazioni della direttiva (art. 23 comma 3 della direttiva)²³.

L’utilizzo della videoregistrazione per documentare la raccolta delle dichiarazioni in fase di indagine è propugnato con forza dalla legislazione sovranazionale.

La videoripresa viene indicata da più fonti come uno strumento idoneo a raggiungere l’obiettivo della contrazione delle audizioni giudiziali, ed adeguato a raggiungere il fine di contenere la vittimizzazione secondaria o “da processo”²⁴.

Indicazioni in tal senso si trovano sia nella direttiva sul traffico degli esseri umani²⁵, sia nella direttiva sulla protezione minima della vittima nel processo penale²⁶

²³ Il 398 comma 5 *bis* c.p.p. diventerebbe la disciplina base dell’audizione in forma protetta del vulnerabile richiamata integralmente dall’art. 498 c.p.p. che disciplina l’esame dibattimentale. La centralità della norma che disciplina l’audizione incidentale si spiega con la rilevanza dell’incidente probatorio quando si assume la testimonianza del dichiarante vulnerabile.

²⁴ Le fonti sovranazionali indicano (addirittura) l’opportunità di assegnare dignità di prova alle videoregistrazioni delle dichiarazioni rese in fase investigativa. Indicazione questa che non può trovare attuazione nel nostro sistema, se non nei limiti tracciati dall’art 111 della Carta costituzionale che assegna valore di prova alle dichiarazioni predibattimentali solo nei casi di impossibilità oggettiva di ripetizione o quando l’imputato vi acconsenta.

²⁵ All’art. 15 comma 4, la Direttiva 2011\36\UE prevede che “Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, nelle indagini relative ai reati di cui agli articoli 2 e 3, tutte le audizioni del minore vittima del reato, ovvero del minore testimone dei fatti, possano essere videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale, conformemente alle disposizioni di diritto interno”.

²⁶ La direttiva 2012\29\UE all’art. 24 comma 1 lett. a) stabilisce che “nell’ambito delle indagini penali tutte le audizioni del minore vittima di reato possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali”.

che indica come necessario il ricorso alla videoregistrazione di “tutte” le audizioni del minore (all’art. 24 comma 1 lett. a).

Anche la Convenzione di Lanzarote²⁷ all’art. 35 promuove espressamente l’utilizzo della videoregistrazione individuandola come la forma di documentazione da privilegiare quando si assumono le dichiarazioni di un minore: la legge di ratifica tuttavia ha ommesso di farne cenno e la scelta di ricorrere a tale forma di documentazione resta affidata alla discrezionalità delle parti²⁸.

Si tratta di una occasione (allora) perduta per rendere fruibile il percorso dichiarativo del vulnerabile, fin dalle prime manifestazioni.

Sarebbe oggi auspicabile un intervento che, in coerenza con tali indicazioni, estendesse l’obbligo di documentazione aggravata a tutte le audizioni dei vulnerabili²⁹. Non solo il minore infatti presenta quelle caratteristiche di vulnerabilità che suggeriscono il ricorso alla documentazione aggravata.

L’obbligo di registrazione delle audizioni investigative avrebbe inoltre uno straordinario effetto sulla semplificazione e velocizzazione dei procedimenti.

Infine: la misura sarebbe coerente anche con le indicazioni della giurisprudenza della Corte di legittimità che ha riconosciuto il potenziale inquinante delle domande suggestive³⁰. In assenza di videoregistrazione i dubbi circa l’eteroinduzione (anche involontaria) di contenuti nel corso dell’esame svolto in fase di indagine sono destinati a permeare tutto il tessuto processuale.

L’unico strumento per valutare in concreto la portata delle eventuali suggestioni (anche inconsapevolmente) trasmesse in fase investigativa è quello di

²⁷ Previsione analoga a quelle riportate nelle due note che precedono si trova all’art. 35 comma 2 della Convenzione di Lanzarote.

²⁸ Sia consentito rinviare a [RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote, in questa Rivista, 8 marzo 2013.*](#)

²⁹ La direttiva indica, come è noto, un livello “minimo” di tutela che può essere ulteriormente sviluppata.

³⁰ In due rilevanti pronunce la Corte di cassazione ha stabilito che il giudice che procede all’esame diretto del testimone minorenni non può formulare domande suggestive. In motivazione la Corte ha precisato che, ove si ritenesse diversamente, si arriverebbe all’assurda conclusione che le regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie (Cass. sez. III, 11 maggio 2011 n. 25712, in *C.E.D. Cass.*, n. 250615); così si è ancora è stato stabilito che “il divieto di porre al testimone domande suggestive si applica a tutti i soggetti che intervengono nell’esame, operando, ai sensi del comma secondo dell’art. 499 cod. proc. pen., per tutti costoro, il divieto di porre domande che possono nuocere alla sincerità della risposta e dovendo, anche dal giudice, essere assicurata, in ogni caso, la genuinità delle risposte ai sensi del comma sesto del medesimo articolo. (Fattispecie di esame di minore persona offesa del reato *ex art. 609 quater* cod. pen.: Cass. sez. III, 18 gennaio 2012 n. 7373, in *C.E.D. Cass.*, n. 252134); in precedenza la Corte aveva invece deciso che “il divieto di porre al testimone domande suggestive non opera né per il giudice né per l’ausiliario di cui il giudice si avvalga nella conduzione dell’esame testimoniale del minorenni. (In motivazione la Corte ha precisato che l’eventuale vizio di acquisizione delle dichiarazioni effettuate dal minore non integra un problema di utilizzabilità, ma può formare oggetto di gravame sotto il profilo dell’attendibilità del risultato della prova a causa delle modalità della sua assunzione: Cass. sez. III, 28 ottobre 2010, in *C.E.D. Cass.*, n. 246205); in dottrina FERRUA, *Domande nocive e domande suggestive, tra equivoci del legislatore e contrasti giurisprudenziali*, in *Giurisprudenza Commentata*, 2012, 70; ID., *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 60.

“vedere” come si è svolta l’audizione: quali le posture, quali i toni, quali le pause, quali le domande.

Consentire alla parte che non ha raccolto la prova la possibilità di esaminare l’atto nella sua integrità venendo a contatto (attraverso la visione del filmato) con tutte le sfumature dialettiche e relazionali che hanno caratterizzato l’intervista probatoria potrebbe dissolvere i resistenti dubbi sulla manipolazione del dichiarante.

Si tratterebbe di un contraddittorio “sulla” prova (già) formata che potrebbe rappresentare una delle manifestazioni più avanzate del giusto processo in una dimensione “allargata” capace di *estendere* le garanzie oltre il contraddittorio dibattimentale per affondare nella fase “oscura” delle indagini³¹.

“Sollevare il velo” e mostrare “come” la prova dichiarativa viene raccolta nella fase delle indagini potrebbe avere anche il pregio di consentire scelte avvertite circa l’accesso ai riti a prova contratta, con indubbi effetti positivi sul dichiarante, dato che si abbatterebbe il rischio di reiterazioni defatiganti della dichiarazione.

Infine: la modifica dell’art. 190 *bis* comma 1 *bis* c.p.p. si presenta essenziale per garantire la contrazione delle audizioni.

La limitata barriera che l’art. 190 comma 1 *bis* c.p.p. nella attuale formulazione pone alla riedizione dibattimentale della testimonianza (già) assunta in incidente probatorio rende problematica la valutazione circa la ammissibilità della testimonianza di chi è già stato sentito in contraddittorio incidentale ed abbia superato la soglia dei sedici anni o, pur essendo infrasedicenne abbia testimoniato in relazione a fatti non inclusi nell’elenco dell’art. 190 c.p.p., inspiegabilmente non coincidente con quello dei reati che (ad oggi) consentono l’accesso all’incidente probatorio (elencati nell’art. 392 comma 1 *bis* c.p.p.).

La lacuna normativa è stata sanata dalla giurisprudenza che ha chiarito che le valutazioni devono essere effettuate sulla base del rigoroso rispetto del parametro indicato dall’art. 190 c.p.p.”, dato che “se non può negarsi per le parti il “diritto alla prova” con correlato dovere giudiziale d’ammissione”, tuttavia occorre tenere nella dovuta considerazione l’obbligo del giudice di escludere “le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti”.³²

³¹ CANZIO, RAFARACI, RECCHIONE, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010.

³² Nel corpo della pronuncia in relazione all’art. 190 c.p.p si legge che essa “si pone dunque come limite per il giudicante il quale potrà escludere le prove richieste soltanto laddove esista un espresso divieto in ordine all’oggetto o al soggetto della prova, ovvero questa risulti in concreto “manifestamente superflua” o “irrilevante”. Non appaiono decisive le considerazioni sviluppate dalla difesa del ricorrente nella memoria *ex art. 611 cod. proc. pen.* in atti in cui viene prospettata, ancora una volta, la possibilità per l'imputato la cui posizione venga ritenuta (ma a torto) “menomata” laddove la prova contro di lui si sia formata nell’incidente probatorio, di recuperare una ideale posizione di parità rispetto all'accusa attraverso il meccanismo di riascolto del testimone:tralascia infatti di considerare la difesa che il diniego della Corte territoriale si basa essenzialmente sulla manifesta superfluità della prova derivante dalla assoluta identità delle circostanze sulle quale la teste avrebbe dovuto essere risentita rispetto a quelle che avevano formato oggetto della precedente escussione in sede di contraddittorio ed alla presenza delle parti e dei difensori: ciò indipendentemente dalla particolare natura dei reati” (Cass. sez. III, 22 maggio 2013 n. 6095 in *C.E.D. Cass.*, n. 258825).

5.3. *Ulteriori possibili interventi (di avanguardia): l'offeso parte processuale, controllo sulle scelte di inazione del pubblico ministero e sulle inerzie in materia cautelare.*

Se gli interventi finalizzati a favorire la partecipazione dell'offeso nella fase delle indagini e quelli mirati alla edificazione di uno statuto processuale speciale destinato alla raccolta della testimonianza del vulnerabile si configurano come interventi minimi per l'attuazione della direttiva 2012\29\UE l'orizzonte aperto dalla normativa europea sollecita interventi più radicali nella direzione della qualificazione della persona offesa come parte anche nel corso delle indagini e della individuazione di più penetranti i poteri di controllo sulle scelte di inazione del pubblico ministero.

La rivoluzione ("culturale" prima che giuridica) consisterebbe nel prevedere la possibilità che l'offeso si costituisca «parte processuale» nel corso del procedimento attraverso la nomina di un difensore. L'offeso costituito parte processuale (posizione che potrebbe essere assunta nel corso delle indagini e che assorbirebbe la successiva, sebbene autonoma, costituzione di parte civile) potrebbe:

- chiedere l'incidente probatorio direttamente³³,
- porre direttamente domande senza l'autorizzazione del giudice nel corso dell'esame incidentale,
- essere destinatario degli avvisi relativi agli accertamenti irripetibili *ex art. 360*.

Ad oggi l'offeso può attivare un controllo sulla scelta di inazione attraverso l'attivazione del contraddittorio camerale in seguito alla opposizione, ma non può sindacare il contenuto dell'ordinanza di archiviazione del Gip. Sul punto la direttiva all'art. 11 comma 2 chiede, genericamente che sia garantito il diritto di ottenere il riesame della decisione sulla inazione.

Il nostro sistema, ad oggi, è coerente con tale richiesta solo se si individua la decisione di inazione in quella del pubblico ministero, ma non se si ritiene che essa debba essere individuata in quella del Gip. Se si accede a tale seconda prospettiva dovrebbe essere prevista una forma di riesame dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari.

³³ La Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione di irricevibilità per esaurimento delle vie di ricorso interne pronunciata il 25 febbraio 2005 nel caso *Sottani contro Italia*, ha sollevato perplessità circa la compatibilità della disciplina processuale italiana, che non consente all'offeso di chiedere direttamente al giudice per le indagini preliminari l'incidente probatorio, con il diritto "all'uguaglianza delle armi" e dell'accesso alla giustizia, entrambi sanciti all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; v. BALSAMO, RECCHIONE, *La protezione della persona offesa tra Corte europea, Corte di giustizia delle Comunità europee e carenze del nostro ordinamento*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di BALSAMO, KOSTORIS, Torino, 2008, p. 315. Di diverso avviso la Corte di Lussemburgo secondo cui anche nel caso in cui l'incidente probatorio non venga ammesso e l'indagato sia rinviato a giudizio, la tutela della vittima vulnerabile sarebbe pur sempre garantita da diverse disposizioni del codice di rito, che prevedono in particolare la possibilità di procedere a porte chiuse nonché di ricorrere alle modalità protette previste per l'audizione dell'offeso in incidente probatorio (art. 398, comma 5 *bis*, c.p.p. Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2011, causa C-507/10, *Proc. penale c. X. In argomento v. LUPARIA, Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE, in questa Rivista, 21 dicembre 2011*.

Il controllo sull'inazione potrebbe essere esteso all'area delle misure cautelari. Si tratta di una proposta talmente innovativa che è al limite della "provocazione".

Il tema, al di là delle provocazioni, è particolarmente delicato in quanto evidenzia la assenza di controllo dell'offeso sulla attivazione dei presidi cautelare a tutela dell'incolumità personale. Ammettere tale controllo significa incidere profondamente sulla struttura "pubblica" dell'azione penale, anche e soprattutto quando si esprime nell'area delle cautele penali. Tuttavia è evidente che soprattutto nei reati che si consumano in ambiente familiare o nell'ambito delle relazioni strette è l'offeso che ha la diretta percezione dell'evoluzione della relazione criminogena, sicché consentire allo stesso di attivare un controllo sulle inerzie del pubblico ministero potrebbe essere una scelta che, per quanto destabilizzante (perché incidente sulle architravi "pubbliche" dell'azione penale), andrebbe nella direzione della tutela effettiva e non nominalistica dei diritti fondamentali della persona.