

## AUDIZIONI INVESTIGATIVE E TUTELA DELLA VITTIMA<sup>(\*)</sup>

di Elisa Lorenzetto

SOMMARIO: 1. Audizioni investigative e diritti delle vittime di reato. – 2. Audizione investigativa come esercizio del diritto alla partecipazione. – 2.1. Persona offesa alloglotta e pubblico ministero distrettuale. – 3. Audizione investigativa come fonte del diritto alla protezione. – 3.1. Presupposti. – 3.2. Accertamenti preliminari. – 3.3. Regole operative.

### 1. Audizioni investigative e diritti delle vittime di reato.

Collocate nella fase preliminare del processo, le audizioni investigative rappresentano il frangente primo in cui le vittime di reato si trovano a sperimentare la spiccata ambivalenza del loro ruolo nel procedimento penale, che le vuole, contemporaneamente, agli antipodi del binomio “diritto-dovere”.

Certamente, contribuire alla ricostruzione degli accadimenti costituisce, per il soggetto leso, tanto l’esercizio di una legittima pretesa di giustizia, riconducibile al più ampio contraddittorio partecipativo (art. 111 comma 2 Cost.), quanto l’adempimento di un obbligo inderogabile di solidarietà (art. 2 Cost.), qui richiesto per i fini dell’accertamento penale<sup>1</sup>. Il contatto vittima-inquirente sembrerebbe, allora, ineludibile, indipendentemente dalla circostanza che l’iniziativa promani dallo stesso soggetto passivo del reato ovvero da coloro che sono interessati al suo sapere a scopo di indagine.

Viene in rilievo, sul primo versante, l’audizione investigativa come esercizio del diritto alla partecipazione, che la più fresca e limpida tra le fonti sovranazionali in tema di vittime – la direttiva 2012/29/UE, che «istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI» – tutela espressamente quale «diritto di essere sentiti» (art. 10). Sotto questo profilo, si tratta di verificare se l’ordinamento interno, anche alla luce del recentissimo recepimento della normativa eurounitaria attuato con il d.lgs. 15 dicembre

---

\* Il testo del presente contributo è destinato al volume *“Vittime di reato e processo penale. La ricerca di nuovi equilibri”*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, edito da Giappichelli, Torino. Si ringraziano i curatori e l’editore per avere concesso la pubblicazione in *questa Rivista*.

<sup>1</sup> Efficace la sintesi di G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2015, p. 66: «la vittima al tempo stesso si serve del processo per ottenere giustizia, ma serve anche al processo per le finalità del medesimo».

2015, n. 212<sup>2</sup>, assicuri alle vittime di reato l'esercizio effettivo di simile prerogativa, sul piano specifico del diritto a ottenere ascolto dai soggetti che agiscono nella fase investigativa<sup>3</sup>.

Più articolato il percorso nella prospettiva del dovere di partecipazione: se è vero che il contributo dichiarativo del soggetto leso pesa in misura rilevante per l'accertamento dei fatti e delle responsabilità, non vi è dubbio che acquisire quel sapere agli esordi del procedimento possa rivelarsi determinante – talora essenziale – per lo stesso sviluppo delle indagini. La vittima, cioè, serve al processo ma occorre, prima ancora, alle investigazioni e viene quindi a trovarsi in stato di soggezione rispetto alle esigenze inquirenti sottese al suo ascolto<sup>4</sup>. Ne è ben consapevole il legislatore europeo, che mai si spinge – nemmeno con la direttiva-*omnia* 2012/29/UE – ad accordare alle vittime la facoltà di sottrarsi alle audizioni investigative<sup>5</sup>. E tuttavia, benché non siano rintracciabili riferimenti espliciti neppure all'obbligo di prendervi parte, carenza che di certo si spiega poiché il *corpus iuris* in materia di vittime riconosce “diritti”<sup>6</sup>, è proprio sul presupposto implicito del dovere di interloquire sin dalle indagini che origina, per l'appunto, una serie nutrita di tutele, tutte preordinate a proteggere la vittima in quanto fonte di prova.

E infatti, l'Europa – in aggiunta ai “filtri” volti a preservare il soggetto passivo dall'imputato, rispetto al rischio di intimidazione, ritorsioni, danni emotivi o psicologici (c.d. vittimizzazione primaria)<sup>7</sup> – ha imposto di forgiare uno “scudo”<sup>8</sup> che

---

<sup>2</sup> Per i primi commenti, v. P. BRONZO, *In gazzetta le nuove tutele processuali delle vittime di reato*, in *IlQuotidianogiuridico*, 7 gennaio 2016; M. CAGOSI, [Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale](#), in questa Rivista, 19 gennaio 2016; F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, *ivi*, 11 aprile 2016; A. FAMIGLIETTI, *Persona offesa e modalità di audizione protetta: verso lo statuto del testimone vulnerabile*, in *Proc. pen. giust.*, 2016 (2), p. 142; D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo d'insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, *ivi*, 29 gennaio 2016; L. TAVASSI, *Lo statuto italiano della “vittima” del reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016 (3), p. 108; D. VISPO, *La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processualpenalistico italiano: prime riflessioni a margine del D. lgs. 212/2015*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 25 febbraio 2016. Più di recente, v. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, *ivi*, 4 luglio 2016, p. 20; V. BONINI, *L'assistenza linguistica della vittima*, *ivi*, 4 luglio 2016, p. 38; EAD., *L'assistenza in sede di denuncia/querela e i diritti delle vittime per reati commessi in altri Stati membri*, *ivi*, 4 luglio 2016, p. 53; P. SPAGNOLO, *Nuovi diritti informativi per la vittima dei reati*, *ivi*, 4 luglio 2016, p. 3.

<sup>3</sup> V. *infra*, § 2.

<sup>4</sup> Con riferimento alla testimonianza, sottolinea G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, cit., p. 66, come il diritto della vittima a essere ascoltata «si coniuga con l'assoggettamento ai doveri propri di chi è chiamato a riferire fatti penalmente rilevanti all'autorità giudiziaria».

<sup>5</sup> V. ancora G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, cit., p. 65, circa il mancato riconoscimento alla vittima della facoltà di astenersi dal partecipare attivamente al procedimento quando ne è richiesta la collaborazione.

<sup>6</sup> Secondo un approccio metodologico immutato, rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI, declinato nei molteplici diritti di cui la vittima deve essere riconosciuta titolare: così, H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 22.

<sup>7</sup> Già prima della direttiva “vittime” tali istanze, anche sulla spinta di strumenti sovranazionali – su tutti, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011 (c.d. Convenzione di Istanbul), ratificata dall'Italia con

salvaguardi, essenzialmente, il contributo dichiarativo delle vittime di reato. Rievocare un vissuto doloroso può riaprire ferite e infliggerne ulteriori (c.d. vittimizzazione secondaria), esponendo la vittima a rinnovata violenza proprio a causa e nel corso del procedimento penale<sup>9</sup>. Ecco allora che l'ambiguità, congenita al ruolo del soggetto leso sin dalla fase preliminare al processo, nel panorama sovranazionale parrebbe sfumare e recuperare coerenza, poiché anche le audizioni investigative, quando pure doverose e inevitabili, per la vittima sono comunque fonte del diritto alla protezione<sup>10</sup>.

È invece noto come in campo domestico, malgrado l'assoluta centralità del tema, per lungo tempo sia prevalsa una pervicace indifferenza al bisogno di preservare l'offeso chiamato a rendere dichiarazioni durante le indagini. A più riprese e con approccio disorganico, sono state allestite modalità specifiche per assumere nell'incidente probatorio e nel dibattimento la testimonianza di determinati soggetti (minore, infermo di mente, maggiorenne – da ultimo, anche persona offesa – in condizioni di particolare vulnerabilità), gradualmente riconosciuti dichiaranti-fragili in relazione a titoli di reato determinati ovvero per ragioni comunque connesse alla condizione personale<sup>11</sup>. Viceversa, nel contesto delle audizioni investigative si era registrato un isolato e tardivo innesto per la sola ipotesi in cui polizia giudiziaria, pubblico ministero e difensore, nei procedimenti per talune gravi ipotesi di reato afferenti essenzialmente alla libertà individuale e alla sfera sessuale, assumano informazioni dalla persona minore<sup>12</sup>. Indolenza imprudente, se è vero che la tenuta degli stessi presidi approntati nelle sedi di elaborazione della prova si misura

---

legge 27 giugno 2013, n. 77 – avevano trovato risposta nel campo cautelare e precautelare, con il corredo dei dispositivi informativi (introdotti con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119) che consentono all'offeso da reati commessi con violenza alla persona di interagire nelle vicende evolutive delle misure (in argomento, v. H. BELLUTA, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 68 s.); strumenti oggi arricchiti, proprio con il d.lgs. n. 212 del 2015, dalle comunicazioni dell'evasione e della scarcerazione di cui al nuovo art. 90-ter c.p.p.

<sup>8</sup> Immagine mutuata da S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012.

<sup>9</sup> Sul tema della vittimizzazione primaria e secondaria, v. S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada*, cit., p. 17 s.; H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, *ivi*, p. 95 s.

<sup>10</sup> Per uno sguardo d'insieme, v. H. BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 257 s.

<sup>11</sup> Senza sottacere lo scopo di garantire il contributo cognitivo, prima ancora che la fonte di prova. In questo senso, v. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 21.

<sup>12</sup> Si allude alle innovazioni introdotte dalla legge 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale del 25 ottobre 2007 (c.d. Convenzione di Lanzarote), a cui si deve l'inserimento della regola per la quale «nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter», nell'assumere informazioni da «persona minore», ciascun inquirente – polizia giudiziaria (art. 351 comma 1-ter c.p.p.), pubblico ministero (art. 362 comma 1-bis c.p.p.) nonché difensore (art. 391-bis comma 5-bis c.p.p.) – «si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile». In argomento, v. L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte di prova minorenni: i modesti ritocchi della legge n. 172/2012 tradiscono le attese per un'audizione garantita*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, II ed., Giuffrè, 2015, p. 29 s.; F. SIRACUSANO, *Indagini difensive e "persona informata" di minore età: ancora poche luci e molte ombre*, *ivi*, p. 91 s.

immediatamente sulle regole che governano le audizioni in indagine: la protezione “allargata” nell’incidente probatorio e nell’esame dibattimentale rischia di rimanere del tutto vanificata se preceduta dall’impeto con cui gli inquirenti possono condurre, unilateralmente, le loro investigazioni<sup>13</sup>.

Al difetto di tutele si è inteso porre rimedio nel recepire la direttiva “vittime”; ma soltanto *in extremis* e dietro preciso sollecito nel corso dell’*iter* di approvazione del d.lgs. n. 212 del 2015<sup>14</sup>. A conferma, insomma, di una persistente apatia ad affrontare il tema della protezione delle vittime nelle audizioni investigative, che pone subito una seria ipoteca sul giudizio di effettività di cautele introdotte *ob torto collo* e senza adeguata ponderazione. Prova ne sono le sconcertanti difficoltà di coordinare il *novum* con un tessuto normativo previgente rimasto inalterato, sì da costringere l’inquirente a districarsi tra statuti acquisitivi differenziati in ragione della fonte di prova – persona offesa “mera”, minorenni e, oggi, in condizione di particolare vulnerabilità – di cui restano incerti tanto i presupposti quanto il loro accertamento quanto, ancora, le regole operative e il relativo grado di coerenza<sup>15</sup>.

Lungi, peraltro, dall’esaurire la verifica di congruità del sistema, il concreto agire degli strumenti a salvaguardia delle vittime-dichiaranti nel corso delle indagini interseca, in prospettiva diametralmente opposta, la tutela del diritto di difesa di colui che ne incarna l’antagonista naturale<sup>16</sup>. L’accostamento non deve sorprendere, se è vero che i diritti previsti dalla stessa direttiva – esordiva in questi termini il considerando n. 12 – «fanno salvi i diritti dell’autore del reato»<sup>17</sup>. Non è un caso che la normativa europea dischiuda ben cinque fronti di tutela in favore delle vittime – informazione, assistenza, partecipazione, compensazione e protezione<sup>18</sup> – e, tuttavia, abbia cura di precisare che proprio il diritto alla protezione (art. 18), il diritto alla protezione durante le indagini penali (art. 20) nonché il diritto alla protezione delle vittime con esigenze specifiche (art. 23), richiamato quale nucleo di base anche per la protezione del minore (art. 24), siano tutti garantiti «fatti salvi i diritti della difesa»<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> Aporia prontamente segnalata in dottrina. Per tutti, v. G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1023.

<sup>14</sup> Mentre lo schema di decreto legislativo licenziato dal Governo non prevedeva alcuna modifica in tema di audizioni investigative, il [parere espresso dalla Commissione giustizia](#) (reperibile in *questa Rivista*, 29 gennaio 2016) segnalava subito l’esigenza di «coordinare i criteri di accesso all’incidente probatorio (...) e le disposizioni in materia di assunzione di informazioni da parte della polizia giudiziaria e del pubblico ministero (articoli 351 e 362 del c.p.p.) e da parte del difensore (art. 391-bis c.p.p.)». In argomento, v. D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato*, cit., p. 9.

<sup>15</sup> Questioni approfondite *infra*, rispettivamente, § 3.1, 3.2 e 3.3.

<sup>16</sup> Relazione di antagonismo fotografata da P.P. PAULESU, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo I, 2008, p. 594.

<sup>17</sup> Dovendosi intendere per «autore del reato» non soltanto la persona condannata ma altresì «indagata o imputata prima dell’eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna», nozione che «fa salva la presunzione d’innocenza» (considerando n. 12).

<sup>18</sup> Sistema di garanzie «strumentali» e «sostanziali», ricostruito da M. GIALUZ, *Protezione della vittima tra Corte edu e Corte di giustizia*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 22 s.

<sup>19</sup> Clausola coerente: non soltanto alla luce del considerando n. 12, già ricordato, ma, altresì, in relazione al considerando n. 58, secondo cui proprio la portata delle misure di protezione durante il procedimento

Se, dunque, le prerogative in favore della vittima sono essenzialmente concorrenti con quelle riconosciute all'indagato, è sul fronte della protezione che i dispositivi predisposti possono entrare in rotta di collisione con il diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini. Ne deriva un monito, per il legislatore nazionale, che punta deciso verso il bilanciamento, poiché occorre proteggere la vittima e salvaguardare, al tempo stesso, le garanzie difensive dell'accusato<sup>20</sup>.

Il tema, che nella fase investigativa afferisce in via prioritaria alle possibili audizioni condotte dalla difesa, impone di verificare se sia davvero effettiva la facoltà di attingere alla persona offesa-fonte di prova, nell'esercizio di quel diritto di difendersi indagando che bene si iscrive nella cornice costituzionale sorretta da diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.), parità tra le parti (art. 111 comma 2 Cost.) e contraddittorio (art. 111 commi 2 e 4 Cost.)<sup>21</sup>.

Se, poi, l'orizzonte si allarga alle dinamiche procedurali in senso ampio, lo sprone a bilanciare istanze di protezione e garanzie difensive finisce per sollevare il quesito circa la spendibilità delle dichiarazioni assunte, sospese tra la più pura vocazione endofasica e la mai sopita tentazione al recupero in giudizio. E tuttavia, l'esigenza di mettere a fuoco fisiologia e patologia in punto di impiego, senza dubbio avvertita per l'evidente tensione con il diritto al confronto riconosciuto all'imputato anche dalle fonti sovranazionali (art. 6 § 3 lett. d c.e.d.u.)<sup>22</sup>, risponde ancor prima a un perentorio richiamo di sistema che non permette di sacrificare il metodo dialettico quale canone per l'accertamento della responsabilità (art. 111 comma 4 Cost.); neppure sull'altare dei diritti delle vittime.

## 2. Audizione investigativa come esercizio del diritto alla partecipazione.

Posto icasticamente al vertice delle garanzie partecipative di cui si compone il Capo III della direttiva, il «diritto di essere sentiti» (art. 10) conferisce alle vittime una «voce», espressione primordiale di presenza tangibile nel procedimento che prelude all'esercizio di più mirati interventi in senso tecnico<sup>23</sup>.

---

penale dovrebbe essere determinata «lasciando impregiudicati i diritti della difesa», oltre che nel rispetto della discrezionalità giudiziale.

<sup>20</sup> In argomento, v. M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada*, cit., p. 88. L'esigenza di cercare «un punto di equilibrio tra esigenze spesso contrapposte» è posta in luce da H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., p. 124. Nello stesso ordine di idee, v. O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, p. 478.

<sup>21</sup> Locuzione che descrive l'antecedente sistematico del più noto «diritto di difendersi provando» efficacemente espresso da G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p. 12. Per una ricostruzione di principi e regole che fondano l'istituto delle investigazioni difensive e per gli opportuni riferimenti bibliografici, nella vasta letteratura sul tema, sia consentito rinviare a E. LORENZETTO, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, ESI, 2013.

<sup>22</sup> M. GIALUZ, *Protezione della vittima tra Corte edu e Corte di giustizia*, cit., p. 27.

<sup>23</sup> Secondo S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 14, il diritto di essere sentiti rappresenta per la vittima «la traduzione legale del diritto al racconto quale momento di riconoscimento». Il diritto all'ascolto compete anche alla

Sarebbe, tuttavia, incongruo ritenere che le norme europee, con la locuzione «gli Stati membri garantiscono che la vittima possa essere sentita nel corso del procedimento» (art. 10 § 1), abbiano inteso istituire in capo agli apparati giudiziari un simmetrico dovere di procedere all'audizione del soggetto leso quale rovescio del suo diritto all'ascolto<sup>24</sup>. Malgrado il tenore perentorio – «garantiscono» – e nonostante il rilievo specifico assegnato al diritto di essere sentiti, che precede, nell'ordine espositivo, l'adiacente e distinto potere di «fornire elementi di prova», deve darsi atto che la direttiva, per la regolamentazione di ambedue le prerogative, cede subito il passo alle «norme procedurali (...) stabilite dal diritto nazionale» (art. 10 § 2). Rinvio comprensibile, se è vero che i poteri in discorso – ma lo stesso è a dirsi per gli ulteriori diritti in cui si articola la partecipazione tecnica nel procedimento penale<sup>25</sup> – possono ricevere modulazione differente da parte di ciascun ordinamento a seconda del ruolo accordato alla vittima nel corrispondente sistema processuale<sup>26</sup>.

Fatta salva la discrezionalità per i legislatori locali nel decidere il *quomodo*, resta invece vincolante l'impegno a garantire l'*an* del diritto all'ascolto, che ben può manifestarsi sin dalla fase delle indagini<sup>27</sup>.

Un primo livello di attuazione può dunque riscontrarsi allorché l'ordinamento interno contempra istituti per dare audizione alla vittima nel corso delle investigazioni e conferire rilevanza procedimentale al contributo dichiarativo raccolto. In questi termini, il sistema domestico offre sedi propizie nel contesto delle informazioni assunte da polizia giudiziaria (art. 351 c.p.p.) e pubblico ministero (art. 362 c.p.p.): l'offeso è persona – “la” persona, per definizione – che più di tutte può «riferire circostanze utili

---

vittima minore, per la cui audizione – precisa la direttiva – «si tengono in debito conto la sua età e la sua maturità» (art. 10 § 1 secondo periodo).

<sup>24</sup> È pur vero che la direttiva prevede che durante le indagini penali l'audizione della vittima si svolga «senza indebito ritardo» (art. 20 § 1 lett. a), ma l'enunciato, ricompreso tra le disposizioni dedicate a «Protezione delle vittime e riconoscimento delle vittime con specifiche esigenze di protezione» (Capo IV), sembra volto a non differire nel tempo la rievocazione di un ricordo comunque doloroso, senza che sia possibile ricavarne la sussistenza di un dovere di procedere all'audizione.

<sup>25</sup> Così è per i diritti in caso di decisione di non esercitare l'azione penale (art. 11) o in materia di patrocinio a spese dello Stato (art. 13), di rimborso delle spese (art. 14) o di restituzione dei beni (art. 15), che prevedono tutte il medesimo rinvio.

<sup>26</sup> Sono note le ricadute sull'esercizio dei diritti che competono alla vittima in un ordinamento, come quello interno, dominato dalla radicale scissione tra persona offesa, soggetto del procedimento dotato di poteri essenzialmente nel segmento investigativo, e parte civile, con un ruolo di attore sulla scena processuale a cui l'offeso può ambire soltanto se decida di costituirsi, dopo l'esercizio dell'azione, per esercitare la pretesa civilistica nella sede penale. Sul tema, v. L. LUPÁRIA, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, in S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada*, cit., p. 33 s. Per l'opinione favorevole, in prospettiva di riforma, a riconoscere alla persona offesa *tout court* il ruolo di parte in senso tecnico, v. H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., p. 124; G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima del reato: analisi e prospettive*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 104.

<sup>27</sup> Come rileva S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 14, la direttiva non indica in quale fase del procedimento né davanti a quali organi di giustizia debba avvenire l'ascolto della vittima.

ai fini delle indagini»<sup>28</sup>, da verbalizzare (artt. 357 comma 2 lett. c e 373 comma 1 lett. d c.p.p.) e conservare nell'apposito fascicolo presso l'ufficio del pubblico ministero (art. 373 comma 5 c.p.p.)<sup>29</sup>. Se si considera, poi, il dovere di rispondere secondo verità che grava su ogni dichiarante al cospetto degli organi inquirenti (arg. ex art. 198 c.p.p., richiamato dall'art. 362 c.p.p. e, a questo rinviando, anche dall'art. 351 c.p.p.), ne esce confermata la sostanziale equiparazione tra le informazioni rese dalla persona offesa e dal potenziale testimone *tout court*, sia nel valore procedimentale che nell'attendibilità di massima – per così dire – implicita nell'obbligo di dichiarare il vero<sup>30</sup>.

Meno convincente è invece la scelta di omologare le due figure anche in punto di poteri propulsivi. Di fatto, le audizioni investigative dell'offeso e della semplice persona informata sono sempre rimesse all'iniziativa di polizia giudiziaria e pubblico ministero: al più, è consentito al soggetto passivo sollecitarle, nell'esercizio della facoltà di indicare elementi di prova in ogni stato e grado del procedimento (art. 90 c.p.p.) ovvero di interloquire con il magistrato inquirente – qui, tramite il difensore – presentando richieste scritte (art. 367 c.p.p.)<sup>31</sup>. Anche a prescindere dalla ridotta incidenza di simili impulsi rispetto alle scelte degli organi investigativi, sorprende che la stessa sussistenza della facoltà di essere sentita dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero non figuri in termini autonomi in alcuna delle informative dirette alla persona offesa: neppure in quelle di nuovo conio (art. 90-bis c.p.p.) – introdotte nel recepire le norme europee, esse stesse, per vero, non esplicite sul punto (art. 4) – salvo ritenerla inclusa nelle informazioni da rendere all'offeso in merito «al ruolo che assume nel corso delle indagini e del processo» (art. 90-bis comma 1 lett. a c.p.p.).

Come detto, la direttiva non impone il dovere di sentire la vittima, neppure su istanza specifica, rinviando alla legislazione nazionale per le modalità di esercizio del diritto all'ascolto. All'atto del recepimento, nondimeno, proprio il ruolo che l'ordinamento interno assegna alla persona offesa durante le indagini avrebbe potuto suggerire di rendere la sua audizione più stabile, se non altro nello snodo cruciale che precede la decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale<sup>32</sup>. Sia

---

<sup>28</sup> Che la vittima si trovi «ovviamente in una posizione “privilegiata” per poter osservare e successivamente raccontare gli accadimenti» è sottolineato da O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, cit., p. 475.

<sup>29</sup> Merita segnalare come lo schema di decreto legislativo predisposto dal Governo mettesse in evidenza proprio le disposizioni in materia di assunzione di informazioni da parte di polizia giudiziaria e pubblico ministero per concludere nel senso della conformità dell'ordinamento interno alle indicazioni della direttiva.

<sup>30</sup> Per la medesima considerazione riferita alla testimonianza in senso tecnico resa dalla “vittima”, v. G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, cit., p. 66.

<sup>31</sup> In entrambi i casi, senza garanzie di successo, non essendo configurabile per il pubblico ministero un dovere di dare seguito alle richieste della persona offesa, fatto salvo l'incentivo implicito nella consapevolezza che carenze investigative potrebbero poi riaffiorare davanti al giudice, chiamato a vagliare le scelte del titolare dell'accusa in ordine all'esercizio, o meno, dell'azione penale.

<sup>32</sup> La direttiva prevede in termini autonomi le prerogative partecipative che si sostanziano nel «diritto di chiedere il riesame di una decisione di non esercitare l'azione penale» (art. 11): potere *lato sensu* di impugnazione, che si colloca successivamente alla decisione medesima. Altro sarebbe prospettare per la

sufficiente riflettere sul coinvolgimento sempre crescente accordato all'offeso nelle dinamiche innescate dalla richiesta di archiviazione: la facoltà di opporsi – cui funge da tramite l'avviso della richiesta (art. 408 c.p.p.)<sup>33</sup> – con l'onere di indicare, a pena di inammissibilità, «l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova» (art. 410 comma 1 c.p.p.), può ben sfociare nell'istanza della persona offesa di essere sentita e nella sua conseguente audizione per ordine del giudice (art. 409 comma 4 c.p.p.), specialmente nelle ipotesi in cui il pubblico ministero abbia assunto le proprie determinazioni senza mai provvedervi; e ancora, l'udienza camerale che il giudice venga a fissare *ex art. 409 c.p.p.* – sempre, a fronte di un'opposizione ammissibile, e comunque ove ritenga di non accogliere subito la richiesta di archiviazione – offre anche all'offeso, compreso tra le «altre persone interessate» destinatarie dell'avviso d'udienza *ex art. 127 comma 1 c.p.p.*, la facoltà di essere sentito, se compare (art. 127 comma 3 c.p.p.).

E allora, per irrobustire il diritto all'ascolto sin dalle indagini si potrebbe immaginare un meccanismo per cui proprio la persona offesa mai sentita, prima che il pubblico ministero formuli la richiesta di archiviazione, debba essere informata della facoltà di ricevere audizione, con l'effetto di rendere doveroso procedervi a fronte dell'istanza formulata in questo specifico contesto. Una parentesi interlocutoria, insomma, che avrebbe il pregio di scongiurare prassi investigative lassiste propense a rinviare l'ipotetico ascolto dell'offeso alla mera eventualità dell'opposizione e del contraddittorio camerale, di fatto privando le vittime del diritto di esprimere la loro voce già durante le indagini e in ogni caso prima della chiusura di queste.

Da relegare ai margini del sofisma giuridico è, invece, l'esegesi che propone di immettere nel procedimento il contributo dichiarativo auto-generato dall'offeso, mediante audizione in indagini condotta dal suo stesso difensore *ex artt. 391-bis e 391-ter c.p.p.*<sup>34</sup>. Deve, infatti, escludersi ogni equiparazione tra attività investigativa e flussi informativi intercorrenti tra il legale e l'assistito: indipendentemente dal ruolo che la persona ricopre nel procedimento penale – indagato, imputato o vittima – non vi è spazio per sovrapposizioni tra soggetto "fonte" (art. 391-bis comma 1 c.p.p.) e soggetto a beneficio del quale l'investigazione è svolta (art. 327-bis comma 1 c.p.p.)<sup>35</sup>. Prevale,

persona offesa la prerogativa di ottenere audizione prima ancora che il pubblico ministero formuli la richiesta di archiviazione, quale implicazione del diritto di essere sentita.

<sup>33</sup> Oggi notificato alla persona offesa «in ogni caso» – *i.e.*, a prescindere dalla sua specifica richiesta – per i delitti commessi con violenza alla persona (art. 408 co. 3-*bis* c.p.p.), e comunque dovuto (qui, anche alla persona sottoposta alle indagini) in ipotesi di archiviazione richiesta per particolare tenuità del fatto (art. 411 co. 1-*bis* c.p.p.). Deve darsi anche atto di una nuova informativa di carattere preliminare che compete alla persona offesa, nel contesto dell'informativa-*omnia* di nuova introduzione, proprio in merito alla «facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione» (art. 90-*bis* comma 1 lett. c c.p.p.).

<sup>34</sup> In giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, B., in *Cass. pen.*, 2011, p. 2309, che ha escluso la nullità o l'inutilizzabilità del verbale di informazioni che il difensore della persona offesa dal reato abbia acquisito dal proprio assistito. Nello stesso senso, v. anche Cass, Sez. VI, 26 giugno 2008, T.M., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, p. 219.

<sup>35</sup> Inequivocabili le norme di condotta dettate per il difensore-inquirente: v. art. 11 comma 1 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate dal Consiglio dell'Unione delle Camere penali il 14 luglio 2001 e aggiornate il 19 gennaio 2007 («È fatto divieto ai soggetti della difesa di

nel contesto del rapporto “interno”, la componente fiduciaria che lega professionista e cliente, impedendo di ravvisare i connotati dell’atto di indagine nel dialogo tra difensore e assistito, espressione di autodifesa nel significato più “intimo”<sup>36</sup>.

A nulla varrebbe argomentare, in senso contrario, che la legge – in difetto di preclusioni espresse – consente di ritenere ammessa l’audizione a fini investigativi della persona che si assiste<sup>37</sup>. Semmai, e per converso, va detto che proprio il divieto “interno” non necessita di previsione alcuna ed è anzi implicito nella struttura della fattispecie, non essendo affatto comparabili, sul piano ontologico e funzionale, il colloquio tra difensore e assistito e l’atto “investigativo” di rilevanza procedimentale. Se dunque si ritiene – come si ritiene – che il dialogo professionista-cliente sia *altro* rispetto all’attività di indagine, occorre concludere che l’audizione “investigativa” dell’offeso sia ipotizzabile unicamente nel contesto di rapporti “esterni”, vale a dire che vi possa attingere soltanto il difensore-inquirente di assistiti che non siano la stessa persona offesa<sup>38</sup>. Diversamente, l’attività non sarebbe neppure riconducibile al *genus* “indagine difensiva”<sup>39</sup>.

Nella prospettiva di rendere effettivo il diritto all’ascolto, occorre semmai verificare se l’ordinamento interno contempra strumenti idonei a rimuovere gli ostacoli che ne rendono meno agevole l’esercizio. Lo spunto è offerto dalle previsioni della direttiva che indicano l’adozione di misure appropriate «per ridurre al minimo le difficoltà» quando la vittima è residente in uno Stato membro diverso da quello del commesso reato (art. 17). Tra queste, con specifico riferimento alle audizioni investigative rilevano due precise sollecitazioni rivolte alle autorità del *locus commissi delicti* (§ 1): per un verso, «raccolgere la deposizione della vittima immediatamente

applicare le disposizioni degli articoli 391-*bis* e 391-*ter* del codice di procedura penale nei confronti della persona assistita»).

<sup>36</sup> Secondo G. FRIGO, *L’indagine difensiva da fonti dichiarative*, in L. FILIPPI (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Cedam, 2001, p. 237, lo svolgimento di atti investigativi attraverso la persona assistita, «specialmente se si risolvesse in un verbale di assunzione formale di informazioni, che sarebbe la caricatura di quello previsto dalla legge», darebbe luogo a un’attività «processualmente ... “incestuosa”».

<sup>37</sup> È questa la motivazione spesa, invece, dai giudici di legittimità (v. Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, B., cit.), per i quali non rileva nemmeno l’eventuale contrarietà del comportamento a regole deontologiche, la cui inosservanza può soltanto dare luogo a responsabilità disciplinari (v. Cass., Sez. VI, 26 giugno 2008, T.M., cit.).

<sup>38</sup> Impregiudicato, evidentemente, il potere del difensore dell’offeso di svolgere attività investigativa nell’interesse – non per il tramite – del proprio assistito *ex art. 327-bis* c.p.p. Sul tema, anche in rapporto alla previsione della direttiva che accorda alla vittima il diritto di «fornire elementi di prova» (art. 10 § 1), v. H. BELLUTA, *Participation of the victim in criminal investigations: the right to receive information and to investigate*, in *questa Rivista*, 23 dicembre 2015, p. 5 s. V. anche L. LUPÁRIA, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, cit., p. 44 s.

<sup>39</sup> Per l’opinione, sia pure risalente e riferita a un contesto normativo poi variato, favorevole ad ammettere l’attività investigativa che abbia come fonte lo stesso assistito, v. E. STEFANI, *La difesa attiva nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento*, Giuffrè, 1994, p. 21 s. Recentemente, con specifico riguardo all’eventualità che la difesa acquisisca informazioni “rituali” dall’assistito minorenni-persona offesa, ravvisandovi uno strumento utile per sanare «la carenza di tutela del diritto alla “attiva” partecipazione dell’offeso alle indagini che caratterizza il nostro sistema», v. S. RECCHIONE, *Le dichiarazioni del minore dopo la ratifica della Convenzione di Lanzarote*, in *questa Rivista*, 8 marzo 2013, p. 12.

dopo l'avvenuta denuncia relativa al reato all'autorità competente» (lett. *a*) e, per altro verso, «ricorrere nella misura del possibile, per l'audizione delle vittime che risiedono all'estero, alle disposizioni relative alla videoconferenza e alla teleconferenza di cui alla convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea» (lett. *b*)<sup>40</sup>.

Entrambe le indicazioni non hanno generato modifiche nell'ordinamento interno in sede di recepimento; la prima, in particolare, sul presupposto di una conformità già riscontrabile nella previsione – segnatamente, quanto all'assunzione di informazioni da parte degli organi inquirenti (artt. 351 e 362 c.p.p.) – di «pari diritti e facoltà processuali per la vittima a prescindere dalla cittadinanza italiana o comunitaria o extra-UE»<sup>41</sup>. Anche tralasciando il riferimento improprio alla «cittadinanza» – la direttiva, infatti, muove dal concetto di «residenza» – non sembra corretto applicare il principio di eguaglianza formale in situazioni che, proprio perché diverse, reclamano un trattamento differenziato, funzionale a rimuovere gli inconvenienti che la sola vittima residente in altro Stato membro può incontrare nell'esercizio del diritto all'ascolto. Il rischio intuibile è perderne il contributo dichiarativo una volta che abbia fatto rientro nel paese di provenienza, salva l'eventualità di successivi ritorni; non a caso, la direttiva imprime la massima accelerazione – «immediatamente dopo l'avvenuta denuncia» – nella raccolta della deposizione<sup>42</sup>. Viceversa, il sistema locale equipara i tempi dell'audizione investigativa di tutte le persone offese, senza alcun sollecito all'ascolto tempestivo, ignorando *in toto* il monito europeo a ridurre al minimo le difficoltà per le vittime residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui il reato è stato commesso<sup>43</sup>.

Analoghe e, per certi versi, contigue perplessità solleva l'adeguamento alle previsioni che invitano a ricorrere a videoconferenza o teleconferenza per «l'audizione delle vittime che risiedono all'estero» (art. 10 § 1 lett. *b*). Certamente, la ratifica dello strumento di assistenza giudiziaria in materia – la Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 – che la stessa direttiva richiama costituisce la sede più appropriata per l'intervento. Nondimeno, un esame preliminare dell'articolato ad oggi predisposto dal Parlamento lascia intendere come la delega conferita sul punto al Governo sia limitata a prevedere forme di collegamento a distanza per «la partecipazione all'udienza

---

<sup>40</sup> Il diritto della vittima, in ipotesi di reato perpetrato in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede, a sporgere denuncia presso le autorità competenti dello Stato di residenza, garantito dalla direttiva (art. 17 § 2 e 3), ha trovato attuazione nel nuovo art. 108-ter disp. att. c.p.p. Sul punto, v. V. BONINI, *L'assistenza in sede di denuncia/querela e i diritti delle vittime per reati commessi in altri Stati membri*, cit., p. 54 s.

<sup>41</sup> Così lo schema di decreto legislativo originariamente predisposto dal Governo.

<sup>42</sup> Un *quid pluris*, in termini di tempestività, rispetto alla previsione dettata in materia di protezione secondo cui, durante le indagini penali, deve provvedersi affinché l'audizione della vittima si svolga «senza indebito ritardo» (art. 20 § 1 lett. *a*), disposizione che lascia aperto un margine di discrezionalità nella scelta dei tempi a cui occorre rinunciare se la vittima è residente in altro Stato.

<sup>43</sup> Stigmatizza l'omissione V. BONINI, *L'assistenza in sede di denuncia/querela e i diritti delle vittime per reati commessi in altri Stati membri*, cit., p. 55.

dell'imputato, del testimone o del perito»<sup>44</sup>. Tralasciando l'omessa menzione specifica della persona offesa, lacuna rimediabile ricorrendo alla categoria del «testimone», è il riferimento alla sola «udienza» a creare gli ostacoli maggiori. Sfugge, insomma, proprio l'audizione investigativa; che dunque, se non eseguita in tempi rapidi subito dopo l'avvio del procedimento e comunque prima che l'offeso residente all'estero abbia abbandonato il territorio dello Stato, nemmeno potrà essere recuperata *in itinere* mediante tecnologie di comunicazione che consentirebbero di assumere le informazioni a distanza.

### 2.1. Persona offesa alloggota e pubblico ministero distrettuale.

Preludio imprescindibile del diritto all'ascolto accordato alla vittima – con parsimonia, come visto, quanto al sistema nostrano – è la stessa facoltà di dare impulso al procedimento penale in prima persona. In siffatto contesto, tra le garanzie che la direttiva riconosce al momento della denuncia (art. 5) – diritto all'avviso di ricevimento scritto (§ 1) nonché, per la vittima alloggota, diritto di utilizzare una lingua che comprende o di ricevere assistenza linguistica (§ 2) e diritto di disporre della traduzione gratuita dell'avviso di ricevimento scritto, qualora ne faccia richiesta (§ 3) – il legislatore del 2015 si è trovato a colmare la lacuna proprio con riferimento alle prerogative in favore della persona offesa che non conosca la lingua italiana. Molteplici elementi, tuttavia, inducono a ritenere che la soluzione adottata in campo domestico non sia riuscita affatto a fluidificare l'innescò del procedimento per mano dell'offeso alloggotto, finendo anzi in certa misura per deprimerne le iniziative.

*Ratione loci*, la scelta di intervenire sulle disposizioni attuative tradisce subito gli intenti organizzativi – ancor prima che di garanzia – sottesi alle previsioni di nuovo conio<sup>45</sup>: nel formalizzare la notizia di reato, alla persona offesa che non conosca la lingua italiana compete il diritto di utilizzarne una a lei conosciuta e di ottenere, previa richiesta, la traduzione dell'attestazione di ricezione, ma soltanto «se presenta

---

<sup>44</sup> Si allude al d.d.l. n. 1460-B, dal titolo "Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive", trasmesso dal Senato alla Camera dei deputati il 26 aprile 2016, approvato definitivamente dalla Camera il 13 luglio 2016 e promulgato come legge 21 luglio 2016, n. 149 (in *G.U.*, 4 agosto 2016, n. 181).

<sup>45</sup> Secondo V. BONINI, *L'assistenza in sede di denuncia/querela e i diritti delle vittime per reati commessi in altri Stati membri*, cit., p. 53, si tratterebbe di scelta topografica condivisibile, sia per la stretta contiguità al tema dell'attestazione di presentazione di denuncia o querela (art. 107 disp. att. c.p.p.) sia per ragioni di sistema dettate dall'inopportunità di collocare la relativa disciplina negli artt. 143 s. c.p.p., essendo le notizie di reato estranee alla categoria degli «atti» del procedimento.

denuncia o propone querela dinnanzi alla procura della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto» (art. 107-ter disp. att. c.p.p.)<sup>46</sup>.

Senza dubbio mosso dall'esigenza di contenere le risorse necessarie per soddisfare i nuovi impegni<sup>47</sup>, l'innesto punta a trasformare il procuratore distrettuale in una sorta di collettore per la ricezione di denunce e querele da persone offese alloglotte; con il risultato, per questa via, di subordinare la tutela linguistica al fattore – del tutto casuale – legato al luogo in cui l'atto è formalizzato. Ad ogni modo, benché la nuova previsione imponga *a contrario* l'esegesi restrittiva per cui sarebbe ora doveroso l'uso della lingua italiana per denunce e querele presentate in uffici diversi dalla procura del capoluogo del distretto<sup>48</sup>, in simili evenienze un rimedio pratico potrebbe rintracciarsi nelle nuove informazioni che competono alla persona offesa «sin dal primo contatto con l'autorità procedente» (art. 90-bis c.p.p.) – incluso il momento di presentazione della *notitia criminis*<sup>49</sup> – e che comprendono, per l'appunto, anche le «modalità di esercizio del diritto all'interpretazione e alla traduzione di atti del procedimento» (lett. e). Con il rischio, nondimeno, che l'informativa e l'invito "implicito" a recarsi presso la procura distrettuale per usufruire dell'assistenza linguistica inducano la persona offesa, anche solo per gli inconvenienti logistici legati allo spostamento, a rinunciare alla garanzia se non addirittura a desistere dal presentare l'atto di impulso.

Anche nel definire soggetti e oggetto della tutela si registra qualche incongruenza. Per un verso, il riferimento alla sola «persona offesa», senza dubbio calzante rispetto alla querela in quanto diritto nella sua esclusiva titolarità (art. 120 c.p.), impedisce di estendere l'assistenza linguistica al denunciante che non sia offeso dal reato e che pure è legittimato – talora, tenuto – a presentare denuncia (artt. 331 s. c.p.p.)<sup>50</sup>. Ad ogni buon conto, prassi virtuose suggeriscono di mettere comunque in

---

<sup>46</sup> Già prima della novella, la possibilità di utilizzare la lingua nota, diversa da quella italiana, era soluzione pressoché pacifica in dottrina (v. *ex plurimis*, G.P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VII ed., Cedam, 2014, p. 177).

<sup>47</sup> È l'opinione espressa da M. GUERRA, *Relazione dell'Ufficio massimario della Corte di cassazione, Rel. III/2/2016, Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: prima lettura del d.lgs. 212 del 2015*, p. 22. Nella stessa direzione v. già la *Relazione illustrativa* allo schema di decreto legislativo predisposto dal Governo.

<sup>48</sup> In termini critici, per l'arretramento rispetto alle opzioni già disponibili, in virtù dell'interpretazione sistematica, prima della nuova previsione, v. V. BONINI, *L'assistenza in sede di denuncia/querela e i diritti delle vittime per reati commessi in altri Stati membri*, cit., p. 54.

<sup>49</sup> Precise sul punto le [Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria](#), predisposte dalla Procura di Trento, in *questa Rivista*, 19 gennaio 2016, p. 7, che pongono una specifica regola di indirizzo: «se la denuncia/querela è ricevuta dalla polizia giudiziaria all'incombente informativo deve procedere l'organo che l'ha raccolta», precisando che il mancato assolvimento importa «l'irricevibilità dell'informativa che sarà resa ai fini dell'espletamento dell'incombente omesso».

<sup>50</sup> Lo rileva V. BONINI, *L'assistenza in sede di denuncia/querela e i diritti delle vittime per reati commessi in altri Stati membri*, cit., p. 53, ravvisando nella prevista garanzia linguistica una funzione eminentemente difensiva degli interessi della vittima.

campo le tutele per l'alloglotto, specialmente nei casi in cui la qualifica di persona offesa risulti ancora incerta all'atto di ricezione della *notitia criminis*<sup>51</sup>.

Sul piano oggettivo, invece, manca qualsiasi riferimento all'istanza (art. 341 c.p.p.), condizione di procedibilità – che pure può assumere i caratteri della notizia di reato, se pubblico ministero e polizia giudiziaria non l'hanno già acquisita in un momento anteriore – con cui la persona offesa chiede di procedere per un reato commesso all'estero dal cittadino italiano o dallo straniero, nei casi previsti dagli artt. 9 comma 2 e 10 comma 1 c.p. Nondimeno, malgrado la lacuna, anche l'istanza di procedimento dell'offeso alloglotto – che radica la giurisdizione italiana e rende inapplicabile il nuovo meccanismo di trasmissione all'estero di denunce e querele, presentate dalla persona offesa residente o domiciliata nel territorio dello Stato in relazione a reati commessi in altri Paesi dell'Unione europea (art. 108-ter disp. att. c.p.p.)<sup>52</sup> – potrebbe comunque ritenersi coperta dall'assistenza attraverso il richiamo alle «forme della querela», stabilito per la proposizione dell'istanza (art. 341 c.p.p.): sempre che il rimando possa intendersi come comprensivo della nuova tutela linguistica<sup>53</sup>.

Tornando ai profili generali, persino il contenuto delle garanzie accordate risulta fortemente incerto. Complice una scelta lessicale ambigua, l'«assistenza dell'interprete», cui fa cenno la rubrica dell'art. 107-ter disp. att. c.p.p., nel corpo della disposizione si risolve nel diritto di utilizzare una lingua conosciuta<sup>54</sup>. Nondimeno, ragionevolezza impone di superare l'equivoco e di ritenere comunque operante la garanzia dell'interprete in sede di denuncia e querela, trattandosi di condizione implicita per esercitare il diritto “esplicito” all'uso della lingua nota<sup>55</sup>. Restano tuttavia in ombra i profili connessi agli oneri economici: a fronte di una direttiva che imponeva la gratuità – sia pure soltanto in ordine alla traduzione dell'avviso di ricevimento

---

<sup>51</sup> La difficoltà è segnalata dalle *Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria*, cit., p. 7.

<sup>52</sup> In questi termini, v. V. BONINI, *L'assistenza in sede di denuncia/querela e i diritti delle vittime per reati commessi in altri Stati membri*, cit., p. 55 s.; M. GUERRA, *Relazione dell'Ufficio massimario della Corte di cassazione*, Rel. III/2/2016, cit., p. 23. V. anche le *Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria*, cit., p. 13.

<sup>53</sup> L'istanza di procedimento non è contemplata nell'art. 107 disp. att. c.p.p., che prevede l'attestazione della presentazione soltanto di denuncia e querela; ragion per cui, si tratterebbe di garantire il solo diritto all'uso della lingua nota, e non anche quello alla traduzione dell'attestazione.

<sup>54</sup> La direttiva (art. 5 § 2) enuncia in termini alternativi la possibilità di presentare denuncia utilizzando una lingua nota «o» ricevendo la necessaria assistenza linguistica. Anche lo schema di decreto legislativo originariamente predisposto dal Governo prevedeva, nei commenti conclusivi, l'assistenza di un interprete o la facoltà di presentare denuncia nella lingua madre con successiva traduzione, formulazione poi non trasfusa nella proposta di norma di recepimento il cui testo corrisponde, infatti, alla disposizione in vigore.

<sup>55</sup> Nella stessa direzione sembrano orientare le *Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria*, cit., p. 15.

scritto della denuncia presentata (art. 5 § 3)<sup>56</sup> – le norme interne omettono qualsiasi previsione sul punto. D'altra parte, se lo scopo dell'intero intervento risiede davvero nell'organizzare risorse e finanze degli uffici, sarebbe del tutto irragionevole avere circoscritto le garanzie linguistiche, accentrando nelle sole procure distrettuali per esigenze di economicità, per poi addossare comunque le relative spese proprio alla persona offesa che dovrebbe beneficiarne, moltiplicando così i deterrenti che potrebbero indurre l'alloggiato a rinunciare del tutto ad azionare il procedimento penale.

### 3. Audizione investigativa come fonte del diritto alla protezione.

Neppure l'attuazione della direttiva 2012/29/UE ha fornito l'occasione propizia per correggere un vistoso difetto prospettico che mina alle radici il sistema di tutele per la vittima dichiarante durante le indagini. Per certi aspetti, anzi, la stabilità complessiva ne esce ulteriormente compromessa.

L'obiettivo immediato dovrebbe essere la protezione<sup>57</sup>: anzitutto, *dal* processo (ancor prima, dalle investigazioni), attraverso un'audizione tempestiva, preferibilmente non reiterata e comunque circoscritta ai casi di necessità, sì da ridurre al minimo i contatti vittima-inquirente. Chiara sul punto la direttiva, prevedendo che durante le indagini penali le audizioni delle vittime si svolgano «senza indebito ritardo» dopo la presentazione della denuncia di un reato (art. 20 lett. *a*) e siano in numero «limitato al minimo», avendo luogo «solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale» (art. 20 lett. *b*).

In seconda battuta, si persegue la protezione *nel* processo (e nelle investigazioni), attraverso misure che attengono più propriamente alle modalità per acquisire il sapere della vittima, nella prospettiva di salvaguardarne la dignità e di alleviare lo *stress* insito nella rievocazione di un ricordo doloroso. A tale scopo la direttiva, fermo il diritto all'assenza di contatti tra vittima e autore del reato nei locali in cui si svolge il procedimento, a meno che la compresenza non sia imposta dal procedimento stesso (art. 21), prevede la possibilità che la vittima sia accompagnata dal suo rappresentante legale e da una persona di sua scelta, salvo motivata decisione contraria (art. 20 lett. *c*), disposizioni che ben si prestano a trovare applicazione anche nel contesto delle audizioni investigative.

Ancora più nel dettaglio, per le vittime che risultano bisognose di specifiche esigenze di protezione sulla base di una tempestiva «valutazione individuale», in

---

<sup>56</sup> Così anche lo schema di decreto legislativo originariamente predisposto dal Governo, nei commenti conclusivi, salvo poi non riportare il riferimento alla traduzione gratuita nella proposta di norma di recepimento.

<sup>57</sup> In via mediata, anche la garanzia di attendibilità del contributo acquisito, specialmente dal dichiarante minorenni. Sul punto, v. L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte di prova minorenni*, cit., p. 29 s.; F. SIRACUSANO, *Indagini difensive e "persona informata" di minore età*, cit., p. 91 s.

quanto «particolarmente esposte al rischi di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni» (art. 22), la direttiva contempla la possibilità di avvalersi di misure speciali (art. 23): così, durante le indagini penali (§ 2), le audizioni della vittima si svolgono in locali appositi o adattati allo scopo (lett. *a*), sono effettuate da o tramite operatori formati a tale scopo (lett. *b*), sono svolte tutte dalle stesse persone, a meno che ciò sia contrario alla buona amministrazione della giustizia (lett. *c*) e, trattandosi di vittime di violenza sessuale, di genere o nelle relazioni strette, salvo il caso in cui siano svolte da un pubblico ministero o da un giudice, se la vittima lo richiede sono svolte da una persona dello stesso sesso, a condizione che non risulti pregiudicato lo svolgimento del procedimento penale (lett. *d*)<sup>58</sup>. Infine, quando la vittima è un minore – in tal caso, le specifiche esigenze di protezione sono presunte, fatta salva la valutazione individuale per determinare «se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali» (art. 22 § 4) – si prevede *inter alia* che tutte le audizioni possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e che tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nei procedimenti penali (art. 24 § 1 lett. *a*).

Precise indicazioni di metodo si stagliano sullo sfondo dell'affresco europeo. Per un verso, non sfugge che un livello minimo di protezione nelle indagini è riferito a tutte le vittime in quanto tali (artt. 20 e 21), anche quando la valutazione individuale non ne abbia fatto emergere la particolare esposizione al rischio di vittimizzazione secondaria (art. 22), ferma l'adozione di misure speciali aggiuntive (artt. 23 e 24) qualora, invece, l'*individual assessment* porti ad accertare esigenze di protezione specifiche. Per altro verso, proprio perché il sistema rinforzato di tutele si ancora alla valutazione individualizzata, la direttiva segna il tramonto di ogni categoria soggettiva e astratta di vittime "vulnerabili" per virare verso una differenziazione concreta delle misure speciali di protezione, in ragione delle specifiche esigenze riscontrate<sup>59</sup>.

Entrambi gli spunti non trovano proiezione in campo domestico, dove il legislatore abulico del 2015 ha rinunciato *per tabulas* a tutelare nelle audizioni investigative la persona offesa "mera", abbandonata all'ordinario statuto acquisitivo "non protetto" (artt. 351 comma 1, 362 comma 1 e 391-bis c.p.p.). Allo stesso tempo, si è continuato a ragionare per categorie soggettive: a quella preesistente – riferita al minore in relazione a talune ipotesi di reato – per cui opera un regime "assistito" dall'esperto (artt. 351 comma 1-ter primo periodo, 362 comma 1-bis primo periodo e 391-bis comma 5-bis c.p.p.), si affianca oggi la tipologia dell'offeso in condizione di particolare vulnerabilità, che beneficia di un protocollo "rinforzato" (artt. 351 comma 1-ter secondo e terzo periodo e 362 comma 1-bis secondo e terzo periodo c.p.p.). Il

---

<sup>58</sup> Durante il procedimento giudiziario (art. 23 § 3), poi, le misure speciali sono volte a evitare il contatto visivo tra vittime e autori dei reati, anche durante le deposizioni, ricorrendo a mezzi adeguati fra cui l'uso delle tecnologie di comunicazione (lett. *a*), a consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, anche qui ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione (lett. *b*), a evitare domande non necessarie sulla vita privata della vittima senza rapporto con il reato (lett. *c*) nonché a permettere lo svolgimento dell'udienza a porte chiuse (lett. *d*).

<sup>59</sup> Una «nuova tipologia "mobile"» di vittima: così, H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 24.

risultato è una convivenza burrascosa tra *individual assessment* e presunzioni astratte, che rappresentano l'esatta negazione dell'accertamento in concreto<sup>60</sup>.

Ma anche volendo prescindere da una scelta di metodo foriera di ricadute sistematiche discutibili, *punctum dolens* diviene oggi proprio quella valutazione individuale della condizione di particolare vulnerabilità della vittima (art. 90-*quater* c.p.p.), dal cui riscontro dovrebbe discendere una protezione più robusta, anche in sede di audizione investigativa<sup>61</sup>. Il difetto assoluto di indicazioni circa tempi e modi dell'accertamento lascia presagire profonde incertezze nel momento applicativo, con il rischio di affidare le concrete potenzialità delle cautele alle buone prassi adottate dai soggetti inquirenti<sup>62</sup>.

Non ultimo, nei *desiderata* della direttiva viene in rilievo anche il diritto di difesa dell'accusato, sempre fatto salvo nel dettare misure di protezione in favore delle vittime, pure durante le indagini (artt. 20 e 23). Profilo rispetto al quale, invece, l'ordinamento interno fa registrare l'ennesima noncuranza, costringendo il difensore-inquirente in una sorta di limbo operativo al cospetto della persona offesa-fonte di prova.

### 3.1. Presupposti.

Si è detto che la novella del 2015 in tema di statuto dichiarativo "protetto", anche nel contesto delle audizioni investigative, ruota interamente attorno alla nuova condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa (art. 90-*quater* c.p.p.): alla sua sussistenza, da desumere sulla scorta di un *individual assessment* dai confini pericolosamente vaghi, si riconnette l'operatività di tutti gli innesti – sono sette – funzionali ad assicurare al dichiarante-offeso dal reato protezione *dal* processo e *nel* processo.

Una prima porzione di innesti punta a favorire il ricorso all'incidente probatorio, allo scopo di cristallizzare subito – nel contraddittorio, con la garanzia giurisdizionale e nel rispetto della dignità della persona offesa – un contributo dichiarativo spendibile in dibattimento; arginando, benché senza eliminarla del tutto, l'eventualità del successivo esame dibattimentale<sup>63</sup>. Il presupposto della concreta

---

<sup>60</sup> V. *infra*, § 3.1.

<sup>61</sup> Prima della novella, lo *status* di particolarmente vulnerabile aveva assunto rilievo – sia pure in termini non omogenei – nel contesto dell'incidente probatorio (art. 398 comma 5-*ter* c.p.p.) e del dibattimento (art. 498 comma 4-*quater* c.p.p.).

<sup>62</sup> V. *infra*, § 3.2.

<sup>63</sup> Così, se la persona offesa è particolarmente vulnerabile, a prescindere dall'età e dai reati per cui si procede, da un lato, si estende l'incidente probatorio per acquisirne la testimonianza (art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.) mentre, dall'altro lato, si circoscrive l'evenienza del suo esame dibattimentale, ammesso soltanto se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze (art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p.). Allo stesso modo, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità – sia nell'incidente probatorio (art. 398 comma 5-*quater* c.p.p.) che in dibattimento (art. 498

condizione di vulnerabilità della vittima, poi, vorrebbe consentire di colmare le lacune del sistema derivanti dalle previsioni che ancora oggi circoscrivono l'operatività degli istituti interessati – anche in punto di audizioni protette – soltanto in relazione a talune ipotesi di reato ovvero a talune categorie di dichiaranti.

Nell'intento di coordinare le cautele predisposte nei contesti di elaborazione della prova con le dinamiche dell'assunzione di informazioni in indagini – esigenza prontamente segnalata dalla Commissione giustizia della Camera nel parere reso sullo schema di decreto legislativo, che nulla prevedeva al riguardo – inserti specifici hanno interessato anche il tessuto investigativo. Qui, per la verità, si è scelto di replicare pedissequamente la regola dello statuto "assistito" secondo cui tutti i soggetti inquirenti, per assumere sommarie informazioni da persone minori – vittime o testimoni – nei procedimenti per taluni gravi delitti afferenti essenzialmente alla libertà individuale e alla sfera sessuale, si avvalgono dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile (artt. 351 comma 1-ter primo periodo, 362 comma 1-bis primo periodo e 391-bis comma 5-bis c.p.p.).

Si stabilisce, così, che polizia giudiziaria e pubblico ministero – nulla è detto quanto al difensore – procedono «allo stesso modo» (*rectius*, con l'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria, non necessariamente "infantile", come invece lascerebbe intendere una *littera legis* senz'altro imprecisa)<sup>64</sup>, quando devono assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità (artt. 351 comma 1-ter secondo periodo e 362 comma 1-bis secondo periodo c.p.p.). All'assistenza dell'esperto si aggiunge, altresì, la cautela di evitare all'offeso particolarmente vulnerabile i contatti con la persona sottoposta alle indagini in occasione della richiesta di sommarie informazioni e di essere chiamato più volte a rendere le informazioni medesime, salva l'assoluta necessità per le indagini (artt. 351 comma 1-ter terzo periodo e 362 comma 1-bis terzo periodo c.p.p.). Statuto "rinforzato", dunque; ancor più grazie alla nuova previsione in materia di documentazione, che consente «in ogni caso» – senza imporla – la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa particolarmente vulnerabile, anche al di fuori delle ipotesi di assoluta necessità (art. 134 c.p.p.).

Rimanendo nel contesto specifico delle audizioni investigative – ma il tema interessa con la stessa urgenza anche l'esame nell'incidente probatorio e nel dibattimento, segnatamente in punto di audizioni protette – non vi è dubbio che il moltiplicarsi dei protocolli operativi sia frutto di quella convivenza impropria tra *individual assessment* e presunzioni, cui già si è fatto cenno. Occorre dunque definirne,

---

comma 4-*quater* c.p.p.) – il giudice, se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta, dispone l'adozione di «modalità protette» (*i.e.*, esame condotto dal presidente, esame protetto nelle forme di cui all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. ovvero esame schermato dal vetro specchio), sempre indipendentemente dall'età e dal titolo di reato per cui si procede.

<sup>64</sup> V. le *Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria*, cit., p. 13; H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 32; F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 25, nota 89.

anzitutto, le interazioni reciproche, per poi individuare i presupposti da cui discende l'applicazione dei differenti statuti: "rinforzato", "assistito" ovvero "non protetto".

La lettura sistematica suggerisce di ritenere che per la categoria preesistente – il minore (spettatore o vittima) in relazione ai soli reati di cui all'art. 351 comma 1-ter primo periodo c.p.p. – si configuri una presunzione assoluta e insuperabile di vulnerabilità. Lo scopo è assicurare a dichiaranti di cui si riconosce la fragilità immanente un livello minimo di tutela – l'assistenza dell'esperto – comunque insopprimibile<sup>65</sup>. Diversamente, la previsione non avrebbe ragione di sopravvivere accanto al nuovo meccanismo che consente l'accertamento in concreto.

Per converso, nulla esclude che proprio grazie a quel congegno lo statuto protettivo possa oggi essere esteso e irrobustito, al ricorrere di circostanze che giustificano protezione al di fuori dell'area presuntiva e comunque in termini potenziati. Anche il minore, difatti, se persona offesa deve ritenersi soggetto a valutazione individuale per stabilire l'eventuale condizione di particolare vulnerabilità. L'assunto, sia pure in via mediata, si evince dall'art. 90-*quater* c.p.p. laddove, tra gli indici da cui desumere siffatta condizione, menziona in primo luogo proprio l'«età»: espressione ampia, riferibile tanto all'età avanzata quanto a quella giovanile, ivi inclusa quella inferiore agli anni diciotto<sup>66</sup>. Nello stesso senso orientano anche i nuovi artt. 351 comma 1-ter secondo periodo e 362 comma 1-*bis* secondo periodo c.p.p.: se il protocollo rinforzato si applica alla persona offesa particolarmente vulnerabile «anche maggiorenne», *a contrario* si ammette che pure il minore – anzi, il minore specialmente – possa versare in condizione di vulnerabilità particolare. E senza i limiti oggettivi derivanti dal catalogo legale dei reati *ex* art. 351 comma 1-ter c.p.p.<sup>67</sup>: previsti – o richiamati – soltanto nel primo periodo di quelle stesse disposizioni allo scopo di circoscrivere la presunzione di vulnerabilità "semplice" del minore, perdono ogni ragion d'essere rispetto all'offeso, maggiorenne o minorenni, del quale sia stata accertata in concreto la vulnerabilità "particolare".

Il risultato è un duplice effetto estensivo: per un verso, si recupera la protezione anche per coloro che sono estranei all'area presuntiva in ragione della maggiore età o comunque del titolo di reato; contestualmente, si rinforza lo statuto acquisitivo, aggiungendo alla "assistenza" le ulteriori misure che operano specificamente per l'offeso particolarmente vulnerabile. Ampliamento, quest'ultimo, che ben si spiega pure in favore del minore già ricompreso nell'area della tutela intangibile, poiché dalla "semplice" vulnerabilità presunta si passa alla condizione di vulnerabilità "particolare", accertata in concreto.

---

<sup>65</sup> Parla di «un'area presuntiva intangibile» F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 25.

<sup>66</sup> E lo conferma altresì la direttiva, per la quale «si presume» che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione ma, allo stesso tempo, si prevede siano «oggetto di una valutazione individuale per determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali» (art. 22 § 4).

<sup>67</sup> Nello stesso senso, v. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 33.

Se così è, il contatto tra l'inquirente che si appresti all'audizione investigativa e la fonte di prova andrebbe condotto con cauta gradualità. Più precisamente: muovendo dalla verifica dei presupposti del regime più protettivo per estensione e intensità di tutele – quello in favore dell'offeso particolarmente vulnerabile – si dovrebbe giungere soltanto per esclusione ad adottare statuti meno garantiti.

Anzitutto, occorre allora stabilire se il dichiarante sia persona offesa dal reato: diversamente, al cospetto della persona informata sui fatti *tout court*, l'audizione avviene secondo le regole ordinarie "non protette". Salvo si proceda per i reati di cui all'art. 351 comma 1-ter primo periodo c.p.p., circostanza che rende operativa, se il dichiarante è minorenni, l'audizione "assistita" con l'esperto. E fermo restando che, trattandosi di procedimenti per reati *extra-catalogo*, anche il minore-testimone refluisce nello statuto acquisitivo "non protetto".

Appurato, invece, che il dichiarante è persona offesa dal reato, il secondo passaggio è la valutazione individuale per stabilirne la condizione di particolare vulnerabilità *ex art. 90-quater c.p.p.*, dal cui accertamento discende il modello "rinforzato" di nuovo conio (artt. 351 comma 1-ter secondo e terzo periodo e 362 comma 1-bis secondo e terzo periodo c.p.p.).

Al contrario, quando la condizione *ex art. 90-quater c.p.p.* venga esclusa scendono in campo le presunzioni: se la persona offesa è un minore e si procede per i reati del catalogo *ex lege*, lo statuto da applicare è quello "assistito" dall'esperto (artt. 351 comma 1-ter primo periodo, 362 comma 1-bis primo periodo e 391-bis comma 5-bis c.p.p.); viceversa, se l'offeso è maggiorenne ovvero, pur essendo minorenni, il reato non rientra nell'elenco di cui sopra – trattasi di persona offesa "mera", poiché non vulnerabile, né "particolarmente" né presuntivamente – rimane oggetto di ordinaria audizione "non protetta" (artt. 351 comma 1, 362 comma 1 e 391-bis c.p.p.).

Evidenti le aporie: talune, per difetto. È il caso del minore-non offeso, protetto in relazione a certi reati e non ad altri e comunque estraneo alla valutazione di particolare vulnerabilità, essendogli precluso in radice il regime "rinforzato" anche quando, in ragione del titolo di reato, è la legge stessa a presumerlo vulnerabile al punto da stabilire per la sua audizione l'assistenza dell'esperto. Ma altrettanto dicasi per il minore-offeso al quale, se non particolarmente vulnerabile e quindi escluso dal protocollo "rinforzato", l'audizione assistita dall'esperto per vulnerabilità presunta si applica soltanto se si procede per reati determinati. Nel raffronto con la direttiva, poi, la carenza è addirittura strutturale poiché al cospetto della "mera" persona offesa nessuna cautela è predisposta, ancorché le indicazioni europee – come detto – puntino verso un livello minimo di tutele nelle indagini a favore di tutte le vittime in quanto tali (artt. 20 e 21). Senza sottacere le implicazioni della scelta legislativa di ignorare – deliberatamente – ogni forma di protezione nelle audizioni investigative per le semplici persone informate sui fatti<sup>68</sup>. Frutto della persistente discrepanza tra la più

---

<sup>68</sup> L'unica eccezione è il minore che sia "soltanto" testimone dei reati *ex art. 351 comma 1-ter primo periodo c.p.p.*, presunto vulnerabile, ma comunque sottratto alla valutazione di vulnerabilità particolare di cui all'art. 90-quater c.p.p.

ampia concezione europea di “vittima” e la circoscritta nozione interna di “persona offesa”, l’opzione riduttiva finisce per privare di tutele quei dichiaranti rispetto ai quali ben potrebbe essere accertata una condizione di particolare vulnerabilità, quand’anche non abbiano subito in prima persona il reato<sup>69</sup>. Con frattura evidente rispetto al regime dell’esame nell’incidente probatorio e in dibattimento, contesti in cui si è ricavato – sia pure in modo caotico e non sempre per mano del legislatore – uno spazio protetto per il testimone, quando sia infermo di mente o versi in condizione di particolare vulnerabilità.

Non manca una vistosa incongruenza per eccesso, insita proprio nella presunzione insuperabile che concerne il minore, vittima o testimone in relazione al catalogo legale di reati<sup>70</sup>. L’automatismo dell’audizione *sempre* assistita dall’esperto pare, infatti, contrario allo spirito della direttiva, senz’altro attenta alla posizione dei minori vittime di reato, ma non al punto da sancire presunzioni assolute: la valutazione individuale, di cui anche le vittime minori sono oggetto, è diretta a determinare anzitutto «se» – e soltanto poi, «in quale misura» – debbano avvalersi delle misure speciali (art. 22 § 4)<sup>71</sup>. Il divario di vedute, come si diceva, è di tipo prospettico e non si presta a correzioni se non attraverso una risoluta scelta di sistema che abbandoni la differenziazione dei soggetti in favore della differenziazione delle tutele, sulla base della sola valutazione individuale concreta.

### 3.2. Accertamenti preliminari.

La centralità assegnata alla condizione di particolare vulnerabilità della vittima quale discrimine per stabilire il corretto statuto acquisitivo nelle indagini – rinforzato, se sussiste il presupposto, per sfumare gradatamente e in via soltanto residuale verso audizioni meno garantite – disvela subito la delicatezza sottesa alla sua valutazione. Ben si spiega che la direttiva ne esorti il compimento «tempestivamente» (art. 22 § 1), per consentire subito l’operare delle cautele, di certo sin dalla fase investigativa. In sede di adeguamento dell’ordinamento interno si è invece rinunciato a definire un meccanismo per accertare la condizione di particolare vulnerabilità sin dagli esordi del

---

<sup>69</sup> Lapidaria sul punto la Relazione governativa, che liquida la questione osservando che «la direttiva, a cui si dà attuazione, non affronta il tema del testimone c.d. vulnerabile, limitandosi alla tematica, già ampia, della vittima dei reati». Per la proposta di estendere i riferimenti fissati nel codice per la persona offesa a tutte le vittime indirette, secondo un’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea, che accoglie una nozione di vittima tale da ricomprendere «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente dal reato» (art. 2), v. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 28.

<sup>70</sup> Rileva F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l’adeguamento dell’Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 25, come la tutela venga «attivata in maniera indiscriminata (...) in un eccesso di garantismo che pare destinato a ripercuotersi sul piano della tenuta del sistema».

<sup>71</sup> Ritiene sussistente una «presunzione relativa» M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., p. 72.

procedimento, e a formalizzarne l'esito con dichiarazione *ad hoc* – comunque revocabile – cui dare adeguata conoscenza ai soggetti interessati<sup>72</sup>.

Sembra dunque che la valutazione, per quanto determinante e di rilevanza trasversale, sia rimessa all'apprezzamento del singolo operatore che si trovi a compiere uno degli atti sul cui regime incide la condizione di vulnerabilità particolare<sup>73</sup>. Con il rischio intuibile di valutazioni sovrapposte non sempre coincidenti. Soprattutto, tenuto conto dell'estrema genericità degli indici – soggettivi (età, stato di infermità o di deficienza psichica) e oggettivi (tipo di reato, modalità e circostanze del fatto) – da cui desumere lo *status* di particolarmente vulnerabile, enunciati alla rinfusa insieme ad altri più specifici criteri riferiti ai fatti – commessi «con violenza alla persona o con odio razziale», riconducibili «ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta di esseri umani», caratterizzati per «finalità di discriminazione» – o imperniati sulla dipendenza affettiva, psicologica o economica della persona offesa rispetto all'imputato (art. 90-*quater* c.p.p.). Con qualche non trascurabile ambiguità: «per la valutazione della condizione» – così, il dettato normativo – si tiene conto «se» il fatto o la persona offesa presentano le caratteristiche elencate, quasi che i criteri divengano essi stessi presupposti della condizione, anziché essere strumenti per accertarla. In un quadro tanto complesso, sempre più urgente si profila il bisogno di una specifica formazione professionale degli operatori, chiamati a soppesare situazioni personali e obiettive che spesso trascendono la dimensione tecnico-giuridica.

Ricompresa tra gli indici della vulnerabilità particolare, anche l'«età» della persona offesa viene presa in esame ai fini della valutazione e certamente – come già osservato – potrà assumere rilievo tanto per il giovane, quanto per l'anziano. Ne discende che il riscontro di un'età inferiore agli anni diciotto è elemento sintomatico ma non decisivo ai fini della sussistenza della condizione<sup>74</sup>. Viceversa, verificare con precisione il dato anagrafico diviene determinante per applicare nelle audizioni investigative lo statuto “assistito” dall'esperto, cautela riservata al «minore», vittima o testimone dei reati *ex art.* 351 comma 1-*ter* primo periodo c.p.p.

Sul punto, va dato atto che il legislatore del 2015, in adeguamento a una specifica indicazione della direttiva (art. 24 § 2), ha innovato l'art. 90 c.p.p. con la previsione per cui «il giudice», in caso di incertezza sulla minore età della persona offesa, dispone anche d'ufficio «perizia», precisando che al permanere del dubbio «la minore età è presunta»: ma qui – diversamente da quanto già stabilito per il rito minorile (art. 8 d.p.R. 22 agosto 1988, n. 448), dove l'identica regola riverbera effetti anche sul piano sostanziale – la presunzione di minore età opera «soltanto ai fini

---

<sup>72</sup> Scelta che suscita condivisibili riserve: v. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 26; F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 9 s.

<sup>73</sup> V. M. GUERRA, *Relazione dell'Ufficio massimario della Corte di cassazione, Rel. III/2/2016*, cit., p. 18; H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 32.

<sup>74</sup> In questo senso orientano anche le *Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria*, cit., p. 12.

dell'applicazione delle disposizioni processuali» (art. 90 comma 2-*bis* c.p.p.). L'innesto, senz'altro opportuno nella prospettiva di assicurare le tutele al minore-offeso anche quando l'effettiva età anagrafica risulti incerta<sup>75</sup>, è destinato a replicare, nel contesto qui considerato, gli interrogativi che l'omologa previsione pone allorché si tratti di accertare l'età del minore-indagato<sup>76</sup>. A fronte di una norma che sembra riservare l'attività al giudice, il nodo esegetico concerne la possibilità che siano gli stessi organi inquirenti a disporre i necessari accertamenti – di tipo auxologico, valutando la crescita della persona in età evolutiva – nel corso delle indagini preliminari<sup>77</sup>.

Nella prospettiva dell'accusa, lo strumento azionabile dal pubblico ministero, con il consenso dell'interessato, parrebbe essere l'accertamento tecnico *ex art.* 359 c.p.p.<sup>78</sup>. Non sembra invece che la polizia giudiziaria disponga di potere analogo nell'ambito delle attività identificative di sua competenza: l'opzione che rimanda a rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché ad «altri accertamenti» è riferita alla sola persona nei cui confronti vengono svolte le indagini (art. 349 comma 2 c.p.p.) e non pare estensibile alle persone «in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti» – tale è l'offeso – che sono menzionate nel solo primo comma della medesima disposizione<sup>79</sup>. Anche a margine della difesa non si rinviene alcuna norma che abiliti espressamente operazioni tecniche condotte sulla persona: l'unico riferimento ai rilievi (tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi) compare in materia di sopralluoghi (art. 391-*sexies* c.p.p.) e sembra essere circoscritto a «luoghi» e «cose» di cui si prende visione<sup>80</sup>.

Muovendo dalla considerazione che le verifiche in discorso sono indubbiamente idonee a incidere sulla libertà personale, occorre inoltre osservare come il pubblico ministero abbia oggi a disposizione uno strumento specifico per eseguire le attività corrispondenti, anche senza il consenso dell'interessato: trattasi delle operazioni disciplinate dall'art. 359-*bis* c.p.p., che annoverano, mediante il rinvio alle ipotesi di perizia coattiva *ex art.* 224-*bis* c.p.p., anche la categoria degli «accertamenti medici» esperibili per finalità processuali ad ampio spettro<sup>81</sup>. La previsione, dettata con

---

<sup>75</sup> Occorre tuttavia segnalare come la disposizione di nuovo conio, dettata unicamente per la «persona offesa dal reato», non opera ove l'incertezza sulla minore età riguardi il testimone *tout court*.

<sup>76</sup> Per una ricostruzione esaustiva della materia, v. A. PRESUTTI, *I soggetti e le parti private*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, 2016, p. 70.

<sup>77</sup> Paventa l'eventualità che un'esegesi rigorosa della nuova previsione porti a ritenere competente all'accertamento il solo giudice, attraverso l'incidente probatorio, M. GUERRA, *Relazione dell'Ufficio massimario della Corte di cassazione, Rel. III/2/2016*, cit., p. 5.

<sup>78</sup> A meno di ricorrere alla procedura più strutturata *ex art.* 360 c.p.p. (v. P. SPAGNOLO, *Nuovi diritti informativi per la vittima dei reati*, cit., p. 7, nota 21) trattandosi di accertare una condizione – l'età del minore – suscettibile di modificazione proprio in ragione del processo evolutivo in atto.

<sup>79</sup> In senso possibilista, v. M. GUERRA, *Relazione dell'Ufficio massimario della Corte di cassazione, Rel. III/2/2016*, loc. *ult cit.*

<sup>80</sup> Salvo ritenere, per il difensore come per la polizia giudiziaria, che il consenso dell'interessato sia sufficiente ad abilitare un potere di accertamento sulla persona che la legge *expressis verbis* non accorda.

<sup>81</sup> Merita ricordare come entrambe le previsioni (artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p.) sono state introdotte dalla l. 30 giugno 2009, n. 85 – con cui l'Italia ha aderito al Trattato di Prum del 27 maggio 2005 – proprio al fine di colmare la lacuna in materia di operazioni idonee a incidere sulla libertà personale, dopo che la Corte

lo scopo preciso di soddisfare le riserve di legge e di giurisdizione poste a tutela della libertà personale (art. 13 comma 2 Cost.), sancisce essa stessa il diretto coinvolgimento del giudice, in via preventiva o successiva, quale garanzia di controllo giurisdizionale sull'azione del magistrato inquirente<sup>82</sup>. L'alternativa – possibile, ma non obbligata – rimane la richiesta di incidente probatorio, oggi ammesso anche per eseguire una perizia che comporti l'esecuzione di accertamenti forzosi (art. 392 comma 2 ultimo periodo c.p.p.). Opzione che resta la sola percorribile, nella prospettiva del difensore-inquirente, in quanto soggetto comunque privo di poteri coattivi in senso lato<sup>83</sup>.

Al di là dei rilievi operativi, occorre anche chiedersi se la nuova presunzione di minore età dell'offeso, espressamente riferita ai casi di dubbio persistente dopo la perizia disposta dal giudice (art. 90 comma 2-bis c.p.p.), possa ritenersi efficace pure quando l'accertamento eseguito dal pubblico ministero non riesca a dissipare le incertezze. La lettura estensiva rimane senz'altro la più conforme allo spirito della direttiva, per la quale la presunzione non è circoscritta in una fase specifica del procedimento (art. 24 § 2). Va comunque ribadito che le cautele nei confronti dell'offeso di cui sia dubbia la minore età possono essere recuperate laddove se ne accerti la condizione particolarmente vulnerabile, per la cui verifica – come detto – rileva l'età (art. 90-*quater* c.p.p.), senza che sia decisivo stabilire il dato anagrafico sotto la soglia degli anni diciotto.

Proprio in tema di riscontro della vulnerabilità particolare, a complicare un quadro già piuttosto confuso si aggiunge lo “strano caso” del difensore-inquirente.

Pacifico che il tema dell'investigazione difensiva sia rimasto del tutto ignorato dalla riforma del 2015: ai ritocchi sul fronte dell'indagine degli inquirenti pubblici, aggiornata nei termini poc'anzi ricordati in punto di assunzione di sommarie informazioni, non è seguito innesto alcuno nella disciplina delle forme dichiarative dell'inchiesta “parallela”. Eppure, la sede per intervenire era tutto sommato agevole da individuare. Anche l'indagine della difesa, grazie all'art. 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p., conosce la regola che prevede l'ausilio dell'esperto per assumere informazioni dal minore. Di talché, a rime baciata con polizia giudiziaria e pubblico ministero, ben sarebbe stato possibile prevedere che «allo stesso modo» – sempre epurato il

costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 224 comma 2 c.p.p. nella parte in cui, nell'ambito della perizia, consentiva il ricorso a interventi forzosi al di fuori dei «casi» e dei «modi» specificamente previsti dalla legge (Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2124, con nota di A. NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica*, e di M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenze di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*).

<sup>82</sup> Resta comunque da chiarire se l'accertamento *ex art. 359-bis* c.p.p., anche ai fini di risolvere il dubbio circa la minore età dell'offeso, sia esperibile dal pubblico ministero soltanto «quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, per i delitti di cui agli articoli 589-*bis* e 590-*bis* del codice penale e negli altri casi espressamente previsti dalla legge» (art. 224-*bis* c.p.p.) – cioè a dire entro la cornice oggettiva della perizia forzosa, valida anche per le operazioni omologhe compiute nella fase investigativa *ex art. 359-bis* co. 1 c.p.p. – ovvero se sia consentito superare i limiti normativamente stabiliti, quando l'intervento sia volto specificamente ad accertare la minore età dell'offeso.

<sup>83</sup> È la soluzione che propone A. PRESUTTI, *I soggetti e le parti private*, cit., p. 94, anche con riferimento alla verifica della minore età della persona offesa dal reato.

riferimento alla psicologia o psichiatria soltanto infantile – procede anche il difensore, quando debba assumere informazioni dalla persona offesa particolarmente vulnerabile.

E invece, malgrado il parere licenziato dalla Commissione giustizia della Camera sullo schema di decreto legislativo contenesse un riferimento specifico sul punto, per le indagini difensive la lacuna sussiste; e nemmeno si presta a essere colmata per via esegetica, se non a prezzo di un'evidente forzatura del dato letterale. Vero è che l'art. 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p. contiene un rimando all'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p. Il richiamo, tuttavia, non riguarda la disciplina dettata per la polizia giudiziaria, oggi arricchita proprio in materia di audizione dell'offeso particolarmente vulnerabile. Il rinvio, semmai, serve per individuare i «procedimenti per i delitti» di cui al citato art. 351 comma 1-*ter* c.p.p., ossia il catalogo dei reati in relazione ai quali il difensore, per assumere informazioni dal minore, si avvale dell'ausilio dell'esperto<sup>84</sup>. Detto altrimenti: è un richiamo “oggettivo”, non “operativo”.

Se, tuttavia, si ritiene – come si ritiene – che l'audizione della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità sia sfornita di copertura legale quando indaga il difensore, ne discendono conseguenze dirompenti e al limite del paradosso. Ed invero, a meno di credere, del tutto irragionevolmente, che al solo legale – e non ai pubblici inquirenti – sia consentito sentire “a briglie sciolte” l'offeso vulnerabile, con buona pace per le esigenze di protezione della vittima, non resta che concludere, altrettanto irragionevolmente, che al solo difensore – e non ai pubblici inquirenti – è preclusa l'audizione investigativa della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, con buona pace, questa volta, per le prerogative difensive.

Se le premesse sono corrette, valutare in via preliminare lo *status* dell'offeso-fonte di prova diviene, per il difensore, condizione essenziale per procedere, poiché un riscontro positivo della particolare vulnerabilità ne paralizza l'azione<sup>85</sup>. Allo stesso modo, l'audizione eventualmente avviata nei casi dubbi – ferma l'assistenza dell'esperto, se il dichiarante è un minore e se il reato è compreso nel catalogo *ex art.* 351 comma 1-*ter* primo periodo c.p.p. (art. 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p.) – andrebbe comunque interrotta non appena si profili la condizione di offeso particolarmente vulnerabile. Con il rischio, certamente da evitare, di aver già compromesso irrimediabilmente la fonte di prova; e, comunque, senza alcuna garanzia di poter validamente impiegare le informazioni nel frattempo assunte sul presupposto – rivelatosi erroneo – della non vulnerabilità dell'offeso<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Nello stesso senso, v. A. PRESUTTI, *I soggetti e le parti private*, cit., p. 94. Ritiene invece possibile un «“aggiornamento automatico”» della disposizione alla nuova disciplina, mercé il rinvio all'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p., F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 25, nota 91.

<sup>85</sup> Potrebbe rimanere aperta la possibilità di promuovere l'incidente probatorio, secondo la nuova previsione che consente di formulare la relativa richiesta per assumere la testimonianza della persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità *ex art.* 392 comma 1-*bis* c.p.p.

<sup>86</sup> Sul punto, v. *infra*, § 3.3.

D'altra parte, sarebbero prive di utilità le ipotetiche soluzioni – dal sapore antico, che spiace persino rievocare – volte a “canalizzare” sull'antagonista pubblico l'audizione che il difensore diligente, colto anche il semplice *fumus* di vulnerabilità, ritenesse preclusa. Pure a prescindere dal rilievo formale che la disciplina in vigore contempla tra i presupposti per l'audizione “condivisa” con il pubblico ministero il dissenso della persona interpellata (art. 391-*bis* comma 10 c.p.p.) – non la sua condizione di particolare vulnerabilità – sarebbe ben strano che l'iniziativa di accertarne “ufficialmente” lo *status* fosse provocata proprio dal difensore dell'indagato, poiché non v'è dubbio che se l'offeso è particolarmente vulnerabile, l'accusa da cui difendersi viene ad assumere contorni particolarmente deplorabili.

### 3.3. Regole operative.

Esauriti gli accertamenti preliminari, gli inquirenti dovrebbero essere in grado di sciogliere la riserva sullo statuto da adottare per le audizioni investigative. Preso atto dei contenuti più estesi inseriti nel protocollo “rinforzato” di nuovo conio, che assorbe *talis qualis* la cautela dell'esperto già prevista per sentire il minore nei procedimenti per i reati *ex art.* 351 comma 1-*ter* primo periodo c.p.p. e aggiunge ulteriori tutele in ragione della particolare vulnerabilità dell'offeso, conviene concentrare l'analisi sulle implicazioni operative della recente novella.

Va prima segnalato che per effetto di una trasposizione secca della garanzia dell'esperto – «allo stesso modo procede» (artt. 351 comma 1-*ter* secondo periodo e 362 comma 1-*bis* secondo periodo c.p.p.) – l'audizione investigativa dell'offeso particolarmente vulnerabile finisce con l'ereditare le profonde incongruenze che già contraddistinguono l'agire degli inquirenti quando assumono informazioni dal minore, e che l'adeguamento alla direttiva “vittime” ha rinunciato a chiarire<sup>87</sup>.

Del tutto evanescenti sono i contenuti del contributo che l'esperto è chiamato ad apportare, anche se il riferimento testuale all'«ausilio» lascerebbe supporre che non si tratti di intervento “sostitutivo” ma, per l'appunto, solo *ad adiuvandum*. Lo specialista, insomma, dovrebbe affiancare l'inquirente allo scopo di “mediare” il contatto con la fonte nei preamboli e nel corso dell'audizione, mettendo in campo le proprie competenze tecniche. Il che, peraltro, parrebbe indurre a intravedere nell'esperto un soggetto assimilabile al consulente, piuttosto che al mero soggetto ausiliario; ferme restando, naturalmente, le peculiarità connesse alla tipologia dell'incarico, ben distinto dall'accertamento – per così dire – tradizionale affidato al consulente tecnico, e tutto volto a fluidificare le dinamiche dell'audizione investigativa.

Quale che sia la portata del sostegno fornito dall'esperto nell'interazione con l'offeso particolarmente vulnerabile, che si tratti, cioè, di conduzione integrale

---

<sup>87</sup> Stigmatizza l'omissione F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 25. Sulle incertezze applicative già riscontrate nel campo delle audizioni investigative del minore, v. L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte di prova minorenni*, cit., p. 29 s.; F. SIRACUSANO, *Indagini difensive e “persona informata” di minore età*, cit., p. 91 s.

dell'audizione o, in termini più rigorosi, di supporto collaterale all'attività comunque gestita in prima persona dall'inquirente, sul piano sistematico sarebbe ragionevole predicarne comunque l'incompatibilità con l'ufficio di testimone. Occorre, infatti, arginare il rischio che la deposizione *de relato* dell'esperto si tramuti in *escamotage* per introdurre nel dibattimento il sapere "spurio" dell'offeso, per giunta così come filtrato dallo specialista, in violazione del metodo del contraddittorio (art. 111 comma 4 Cost.). Il risultato, all'apparenza conseguibile sulla scorta dell'art. 197 comma 1 lett. *d* c.p.p., che sancisce l'incompatibilità a testimoniare anche per coloro che hanno svolto funzioni di «ausiliario» del pubblico ministero, postula per l'esperto un ruolo difficilmente sostenibile, se è vero che lo specialista – come detto – apporta competenze tecniche, ancorché in «ausilio» dell'inquirente<sup>88</sup>.

Più in generale, la regola operativa importata dall'audizione del minore – testualmente, «quando deve assumere sommarie informazioni (...) si avvale» (art. 351 comma 1-*bis* primo periodo c.p.p.) – contiene una prescrizione dal significato incerto, non essendo chiaro il grado di coerenza che esprime. Il tema, all'evidenza, incide sulla possibilità di riconnettere all'inosservanza della regola l'inutilizzabilità generale di cui all'art. 191 c.p.p.<sup>89</sup>

Sul punto, affiora una palese e inspiegabile asimmetria. Quando agisce il difensore – al quale è consentito assumere informazioni soltanto dal minore presunto vulnerabile (art. 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p.), non anche dalla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità – la regola che contempla l'audizione con l'esperto, secondo la "topografia" dell'indagine dichiarativa della difesa, rientra nel raggio della speciale sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 391-*bis* comma 6 c.p.p., che colpisce – per l'appunto – la violazione «di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti». Viceversa, polizia giudiziaria e pubblico ministero, pur ammessi all'audizione investigativa in termini più estesi rispetto al difensore, potendo assumere informazioni sia dal minore presunto vulnerabile (artt. 351 comma 1-*ter* primo periodo e 362 comma 1-*bis* primo periodo c.p.p.) che dall'offeso in condizioni di particolare vulnerabilità (artt. 351 comma 1-*ter* secondo periodo e 362 comma 1-*bis* secondo periodo c.p.p.), in entrambi i casi risultano del tutto affrancati da qualsivoglia sanzione

---

<sup>88</sup> Significativa l'opinione espressa dai giudici di legittimità, propensi a escludere l'incompatibilità a testimoniare per l'esperto di neuropsichiatria infantile che abbia precedentemente partecipato all'assunzione di informazioni rese al pubblico ministero dal minore vittima – nel caso concreto – di reati sessuali, atteso che tale soggetto «non è qualificabile come "ausiliario"» (Cass., Sez. III, 27 novembre 2012, T., in *C.e.d.*, n. 254137).

<sup>89</sup> In argomento, v. anche M. GUERRA, *Relazione dell'Ufficio massimario della Corte di cassazione, Rel. III/2/2016*, cit., p. 23, che in difetto di specifiche sanzioni processuali a presidio delle disposizioni introdotte, dovendosi escludere ipotesi di nullità stante il principio di tassatività, ravvisa possibili ricadute sul versante applicativo in punto di attendibilità e genuinità delle dichiarazioni, fermo il dovere generale di osservanza delle norme processuali anche quando non ne derivi nullità o altra sanzione processuale (art. 124 c.p.p.).

processuale, non essendo previsto alcun presidio per l'ipotesi di inosservanza della cautela connessa all'audizione con l'esperto<sup>90</sup>.

Per la verità, davanti ai pubblici inquirenti i profili critici di cui si discute sono più che conclamati, quanto meno rispetto all'audizione del minore. Prova ne sono le posizioni non proprio coerenti, già maturate in rapida successione tra i giudici di legittimità: i quali, per un verso, intravedono nella presenza dell'esperto una mera cautela, rimessa alla valutazione del pubblico ministero, ai fini del giudizio di attendibilità e genuinità della deposizione del minore<sup>91</sup>; per altro verso, anche quando affermano l'obbligatorietà di quella presenza, in difetto di sanzione *ad hoc* negano all'inosservanza della regola conseguenze di carattere processuale, fatti salvi i rilievi disciplinari e le ricadute – insidiose ma pur sempre potenziali – sul solo piano dell'inattendibilità della dichiarazione acquisita<sup>92</sup>.

Così come la tutela principale, prive di sanzione sono anche le garanzie aggiuntive, insite nell'assicurare l'assenza di contatti con la persona indagata e nell'evitare audizioni ripetute, salva l'assoluta necessità per le indagini (artt. 351 comma 1-*ter* terzo periodo e 362 comma 1-*bis* terzo periodo c.p.p.)<sup>93</sup>. Va anche detto che il rispetto delle due regole, certamente esigibile quanto alla prima, sembra più difficile da valutare in relazione a scelte ad alto tasso di discrezionalità dettate da esigenze investigative, che ben potrebbero giustificare l'«assoluta necessità» di audizioni ripetute.

Nessuna reale incidenza, sul piano operativo, pare desumersi dalla nuova previsione che consente «in ogni caso», anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità, la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità (art. 134 comma 4 secondo periodo c.p.p.). Inserita *ad abundantiam* rispetto ai contenuti della direttiva, esplicita nel prevedere la registrazione audiovisiva – e la possibilità di usarla come prova – tra le misure speciali da adottare nelle indagini penali per tutte le audizioni della sola vittima minorenni (art. 24 § 1 lett. a), la forma rinforzata di documentazione, per quanto favorita

---

<sup>90</sup> Sul punto, v. le *Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria*, cit., p. 13, che richiamano la precedente Circolare avente per oggetto *Escussione del minore vittima di reato e nomina dell'esperto*, dove il difetto di sanzioni previste per l'ipotesi di mancato incarico all'esperto era motivo per affermare che vi si dovesse procedere «solo nei casi in cui tale nomina risultasse, a seguito di apprezzamento congiunto della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, realmente necessaria, rappresentando un *quid pluris* in punto di attendibilità» (p. 2).

<sup>91</sup> V. Cass., Sez. IV, 12 marzo 2013, F.V., in *C.e.d.*, n. 254943.

<sup>92</sup> V. Cass., Sez. III, 10 dicembre 2013, R.A., in *C.e.d.*, n. 259088.

<sup>93</sup> V. H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 33, che vi ravvisa «previsioni di *moral suasion* e nulla più». V. anche le *Indicazioni operative per la procura della Repubblica e per la polizia giudiziaria*, cit., p. 13, secondo cui, muovendo dalla considerazione che l'esigenza di evitare inutili ripetizioni dell'audizione è norma cautelare funzionale sia a risparmiare all'offeso inutili *stress* psicologici sia a garantire genuinità e attendibilità delle dichiarazioni, per gli organi di polizia giudiziaria deve valere l'indicazione di concordare previamente con il pubblico ministero «l'escussione della vittima in condizioni che si ipotizzassero pregiudicate».

specialmente nel contesto delle audizioni investigative<sup>94</sup>, resta nella facoltà degli organi inquirenti.

Alla contenuta incidenza operativa si contrappone, nondimeno, una pericolosa deriva sul versante sistematico<sup>95</sup>. Certamente funzionale alla verifica di attendibilità del contributo raccolto in indagini, con ricadute apprezzabili nei contesti cautelari e nei riti alternativi al dibattimento, la riproduzione audiovisiva non deve invece fornire il pretesto per consentire il recupero dibattimentale delle dichiarazioni in luogo della testimonianza, in nome di una concezione mistificata di protezione che non compete alla documentazione garantire<sup>96</sup>. Se è vero, anzi, che la stessa direttiva rimanda al diritto nazionale per determinare «le norme procedurali per le registrazioni audiovisive (...) e la loro utilizzazione» (art. 24 § 1 ultimo periodo), occorre allora ribadire la regola aurea imposta dal metodo dialettico (art. 111 comma 4 Cost.), che vieta l'uso delle dichiarazioni unilaterali per la pronuncia sulla responsabilità senza nulla concedere alle forme di documentazione, quand'anche potenziate da riproduzione audiovisiva.

A conti fatti, a margine di un affresco complessivo davvero poco confortante, quello statuto che si voleva rinforzare per proteggere l'offeso particolarmente vulnerabile esce alquanto indebolito alla verifica delle regole operative. Tali e tanti sono i dubbi sollevati da una disciplina lacunosa e appena abbozzata, da indurre davvero a rivalutare l'incidente probatorio "unico" quale archetipo obbligato per acquisire il contributo dichiarativo delle vittime comunque vulnerabili<sup>97</sup>.

Eppure, per quanto fortemente garantista delle prerogative dell'offeso, la soluzione di anticipare la prova sempre – e preferibilmente *una tantum* – non sarebbe affatto indolore. Intuibili gli inconvenienti per l'accusa, costretta a piegare le esigenze investigative in un contesto strutturato con ampie parentesi di *discovery*, non sempre compatibile con i ritmi serrati dell'indagine e comunque difficilmente in grado di soddisfare subito necessità inquirenti che potrebbero maturare progressivamente, rendendo indispensabili ulteriori audizioni. Ancora più drastica la previsione sul versante difensivo<sup>98</sup>: azionato l'incidente probatorio, i risultati dell'esame vengono immediatamente immessi nel circuito procedimentale, con una proiezione di impiego finanche nel dibattimento. Si perde, così, la direzione finalistica dell'inchiesta "parallela", necessariamente orientata nell'interesse dell'assistito, ciò che la rende teleologicamente distante dall'indagine pubblica e che giustifica per il solo difensore la facoltà di decidere se e quando esibire le risultanze raccolte.

Da ultimo, a farne le spese è il sistema nel suo complesso, che postula il potere di ricercare gli elementi probatori – di indagare, quindi – quale condizione

---

<sup>94</sup> L'auspicio è espresso da D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato*, cit., p. 10.

<sup>95</sup> Posta in luce anche da H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 29 s.

<sup>96</sup> V., ancora, H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile*, cit., p. 30.

<sup>97</sup> In argomento, v. G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, cit., p. 1019 s.

<sup>98</sup> Segnala gli inconvenienti F. SIRACUSANO, *Indagini difensive e "persona informata" di minore età*, cit., p. 154.

imprescindibile affinché le parti si predispongano al confronto dialettico davanti al giudice (art. 111 commi 2 e 4 Cost.). Se un bilanciamento va trovato, insomma, prima ancora di tracciare vie di fuga dalle investigazioni è al loro interno che occorre fermarsi; e prendere sul serio l'impegno a rendere effettiva la tutela delle vittime proprio durante le audizioni nelle indagini: senza doverne sacrificare la vocazione euristica, che nutre le fondamenta dell'accertamento penale.