

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Ufficio per gli Incontri di Studio

Incontro di studio sul tema:
“I reati con vittima vulnerabile: indagini e giudizio”

Roma, 31 gennaio - 2 febbraio 2011
Ergife Palace Hotel

La testimonianza “debole” della vittima nel processo penale

Relatore
Dott.ssa Sandra RECCHIONE
Giudice del Tribunale di Torino

La testimonianza ‘debole’ della vittima nel processo penale

1. **Individuazione del testimone “vulnerabile” e del “doppio binario”;** 1.1. Le fonti; 1.2. I problemi; 1.3. Le soluzioni allo stato praticabili; 1.3.1. Incidente probatorio e ammissibilità della testimonianza dibattimentale; 1.3.2. L'estensione dell'accesso alle modalità protette; 1.3.3. L'accesso all'incidente probatorio delle vittime non comprese nell'elenco dell'art. 392 comma 1 bis c.p.p.: in particolare degli offesi del reato di sfruttamento della prostituzione; **2. Tecniche di escussione;** 2.1. Le caratteristiche della “testimonianza debole”; 2.2. La escussione della vittima nel corso delle indagini. La documentazione “aggravata”; 2.3. La escussione della vittima vulnerabile in contraddittorio; **3. La valutazione della prova dichiarativa proveniente dalla vittima vulnerabile;** 3.1. La progressione dichiarativa; 3.2. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di testimonianza “debole”; 3.3. La valutazione del testimone debole nella giurisprudenza della Corte di cassazione; 3.3.1. La valutazione delle dichiarazioni della vittima e del minore in particolare; 3.3.3. L'incidente ex art. 500 comma IV c.p.p. e la ritrattazione; 3.3.4. La valutazione di attendibilità delle dichiarazioni predibattimentali acquisite ex art. 512 c.p.p.; 3.3.5. La attendibilità frazionata; 3.4. Alcune considerazioni di sistema

1. Individuazione del testimone “vulnerabile” e del “doppio binario”

1.1. Le fonti

Occorre in via preliminare individuare quali siano attualmente le fonti utili alla individuazione delle vittime “vulnerabili”.

Le indicazioni provengono:

- dall'art. 392 comma 1 bis c.p.p. che ha individuato *alcuni* reati i cui offesi (sia minorenni che maggiorenni) possono essere uditi in contraddittorio incidentale a prescindere dalle condizioni di deperibilità della prova normalmente richieste per l'anticipazione del contraddittorio (con conseguente rinuncia all'oralità);
- dall'art. 398 c.p.p. che consente il ricorso a modalità protette di audizione per le vittime di *alcuni* reati,
- dall'art. 190 bis c.p.p. che limita il ricorso alla ri-audizione dibattimentale per le vittime minori di sedici anni di *alcuni* reati se le stesse devono essere chiamate deporre su circostanze in relazione alle quali sono già state escuse in contraddittorio incidentale,
- dall'art. 498 commi 4, 4 bis e 4 ter c.p.p. che prevedono le modalità protette di audizione per il teste minorenni vittima di *alcuni* reati,
- dalla sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 29 gennaio 2005 che ha esteso il ricorso alle modalità protette di audizione di cui all'art. 398 e 498 c.p.p. anche al maggiorenne infermo di mente quando le esigenze di questi lo rendano necessario ed opportuno,
- dalla sentenza della Corte costituzionale n. 283 del 30 luglio 1997 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 498 c.p.p. nella parte in cui non consente nel caso di testimone maggiorenne infermo di mente che il Presidente, ove ritenga che l'esame del teste ad opera delle parti possa nuocere alla personalità del teste medesimo, sentite le parti, ne conduca direttamente l'esame.
- dalla decisione quadro 2001/220 GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale che tra le definizioni individua la “vittima” “*nella persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro*”; ed all'art. 8 comma 4 stabilisce che “*ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato*

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

- da alcune decisioni delle Corti sopranazionali che individuano alcuni indici di vulnerabilità della vittima. In particolare la Corte EDU li ha individuati caso per caso nell'età della vittima, ma anche nella condizione di soggezione e dipendenza dall'autore del reato (sentenza nel caso Siliadin c. Francia del 26.7.2005), nella scarsità di risorse economiche e di strumenti culturali, ovvero nella posizione socio- economica complessiva della persona (pronuncia Salah Sheekh c. Paesi Bassi dell'11.1.2007). Non mancano tuttavia pronunce che collegano la condizione di vulnerabilità al tipo di reato subito, ovvero al patimento di violenza sessuale (S.N. c. Svezia del 2.7.2002) o di violenza domestica (sentenza Opuz c. Turchia del 9 giugno 2009)
- da ultimo si segnala che la Legge 4 giugno 2010, n. 96 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2009), recante i “*Principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*”, prevede che, nell'esercizio della delega di cui all'articolo 52, comma 1 lett. a), il Governo debba seguire alcuni principi e criteri direttivi “specifici” tra i quali “introdurre nel libro V, titoli VII e IX, e nel libro VII, titolo II, del codice di procedura penale una o più disposizioni che riconoscano alla persona offesa dal reato, che sia da considerare, per ragioni di età o condizione psichica o fisica, particolarmente vulnerabile, la possibilità di rendere la propria testimonianza, nel corso dell'incidente probatorio, dell'udienza preliminare e del dibattimento, secondo modalità idonee a proteggere la sua personalità e a preservarla dalle conseguenze della sua deposizione in udienza”.

1.2. I problemi

Possono delinearsi due “macroaree” nell'ambito delle quali appare evidente la necessità di rivedere in modo critico rapporti tra vittima e processo, al fine di garantire la tutela sostanziale dei diritti dell'offeso.

La prima è l'area della formazione della *prova dichiarativa* proveniente dalla vittima: l'offeso dichiarante, se non adeguatamente tutelato, è infatti esposto al “trauma da processo” connesso alla riedizione giudiziale dell'evento traumatico primario.

La seconda è l'area delle *misure cautelari* ed in particolare di quelle specificamente dirette alla protezione della vittima da reato, prima e durante il processo.

Sullo sfondo resta il problema delle prerogative della vittima nel corso dell'intero procedimento: il diritto all'informazione, il diritto alla corretta e tempestiva formazione della prova, il diritto alla protezione effettiva della incolumità attraverso l'esecuzione di misure cautelari appropriate.

Dal sistema di fonti sopra indicato si intravede comunque nel nostro ordinamento l'esistenza di un “doppio binario” riservato alla gestione processuale di alcune vittime particolarmente vulnerabili.

Tale sistema appare caratterizzato dalla individuazione delle vittime attraverso il tipo di reato da cui sono offese e dall'aggravamento delle cautele nel caso in cui gli offesi siano minorenni. In tal caso oltre che all'accesso al contraddittorio anticipato è prevista infatti anche la possibilità dell'audizione in forme “protette”.

La limitata barriera alla ri-audizione dibattimentale (art. 190 bis c.p.p) restringe ancora di più la categoria dei destinatari della cautela in questione riservata solo ai minori di sedici anni di alcuni reati.

Si rileva che l'accesso al contraddittorio anticipato è previsto oltre che per tutti i reati di violenza sessuale e per i reati di cui agli artt. 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quinquies, 601 e 602 c.p. anche per il reato di atti persecutori e per il reato di maltrattamenti in famiglia.

Le modalità protette *non* sono invece estese (dall'art. 398 e 498 c.p.p.) alle vittime del reato di maltrattamenti in famiglia (e dall'art. 498 neanche alla vittima del reato di cui all'art. 609 quinquies c.p.).

La norma dell'art. 190 bis c.p.p. relativa alla inammissibilità della testimonianza dibattimentale "conforme" si riferisce solo alle vittime *infrasedicenni* di reati sessuali e dei reati di cui agli artt. 600 bis 600 ter 600 quater e 600 quinquies: non sono tutelati invece gli offesi dai maltrattamenti in famiglia, atti persecutori, tratta di persone (601) e d acquisto ed alienazione di schiavi (602 c.p.), anche se le vittime di tali reati sono *minori infrasedicenni*.

Dal doppio binario indicato è inoltre escluso il reato di sfruttamento della prostituzione.

La disorganicità della indicata normativa produce una serie di difficoltà nella ordinaria gestione dei processi con vittima vulnerabile ed appare non del tutto conforme al quadro di garanzie e diritti previsti dalla normativa sopranazionale.

Di seguito alcuni dei problemi:

a) Deve essere osservato come sia particolarmente arduo stabilire in via pregiudiziale *quali* siano le vittime che hanno patito un trauma dall'evento idoneo a renderle vulnerabili.

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

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

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

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

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

E' ragionevole infatti che sia il giudice a ritenere se un presunto offeso debba o meno essere considerato "vulnerabile" ed essere trattato con le cautele processuali conseguenti.

Tale scelta se, da un lato, ha il difetto di introdurre nel processo un giudizio discrezionale prevedibilmente produttivo di contenzioso, dall'altro, presenta il pregio di evitare il ricorso a presunzioni assolute in una materia, come quella della tutela endoprocessuale delle vittime, che si caratterizza per le sue ricadute sulla tutela di diritti fondamentali della persona¹.

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

¹ In materia di tutela di diritti fondamentali la Corte Costituzionale ha, anche di recente (in occasione della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 275 comma 3 c.p.p.: sent n. 265 del 25.5.2010) evidenziato che "le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*".

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

Analoghe indicazioni provengono dalla Direttiva del 14.12.2010 sulla repressione del traffico degli esseri umani e sulla tutela delle relative vittime che all'art. 12 comma 4 demanda espressamente alla "*valutazione individuale delle autorità competenti*" la situazione della vittima dichiarante.

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

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

Del pari, se si volesse affidare al giudice il compito di valutare la effettiva vulnerabilità della vittima l'interlocuzione con l'autorità giudiziaria dovrebbe essere garantita all'offeso non solo attraverso facilitazioni all'accesso alla difesa tecnica, ma anche attraverso la tempestiva attivazione dei canali informativi indicati dalla decisione quadro che, all'art 4, prevede espressamente il diritto della vittima ad accedere alle informazioni rilevanti per la tutela dei suoi interessi.

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

Gli indici di vulnerabilità sono stati infatti rinvenuti dai giudici europei non solo nell'età dell'offeso, ma anche nella condizione di soggezione e dipendenza dall'autore del reato (sentenza nel caso Siliadin c. Francia del 26.7.2005), nella scarsità di risorse economiche e di strumenti culturali, ovvero nella posizione socio-economica complessiva della persona (pronuncia Salah Sheekh c. Paesi Bassi dell'11.1.2007). Non mancano tuttavia pronunce che collegano la condizione di vulnerabilità al tipo di reato subito, ovvero al patimento di violenza sessuale (S.N. c. Svezia del 2.7.2002) o di violenza domestica (sentenza Opuz c. Turchia del 9 giugno 2009).

b) Ma al di là dei limiti normativi evidenziati, deve essere rilevato che si registra qualche resistenza all'accoglimento dell'incidente probatorio "incondizionato" previsto dall'art. 392 comma 1 bis c.p.p. Sono infatti non insoliti provvedimenti di rigetto emessi dai giudici per le indagini preliminari.

L'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio è peraltro un provvedimento pacificamente ritenuto inoppugnabile, in quanto espressione di un potere discrezionale di natura

strumentale rispetto alla speditezza del processo (in tal senso: Cass. Sez. 4, n. 2678 del 30.11.2000).

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

Sul punto sarebbe auspicabile un intervento legislativo che, da un lato consenta l'accesso incondizionato a vittime vulnerabili di fatto, ma ora escluse e, dall'altro, espliciti la *ratio* dell'istituto attraverso l'individuazione dei parametri per l'esercizio della discrezionalità nella decisione sull'ammissibilità dell'incidente.

Infatti, condivisa la valutazione della Suprema Corte circa l'incompatibilità dell'impugnazione dell'incidente con le esigenze di speditezza che caratterizzano la fase investigativa, un intervento chiarificatore sui parametri utilizzabili per la decisione sull'accesso all'istituto avrebbe, comunque, l'effetto di limitare reiezioni ingiustificate.

c) Deve inoltre essere rilevato il mancato coordinamento tra la norma che prevede l'accesso al contraddittorio incidentale e la norma che impedisce la audizione dibattimentale della persona offesa quando questa sia già stata udita in incidente probatorio, nei casi in cui la testimonianza da assumere non riguardi circostanze *diverse* da quelle sulle quali il teste è già stato sentito (art. 190 bis c.p.p.): mentre l'accesso alla fase incidentale è stata estesa a tutte le vittime, anche maggiorenni, dei reati indicati nell'art. 392 comma 1 bis c.p.p., lo sbarramento alla ammissibilità della testimonianza dibattimentale, è limitato alle audizioni dei minori di anni sedici e non comprende tra gli offesi protetti, le vittime dei reati di atti persecutori, maltrattamenti in famiglia, né dei reati di cui agli artt. 601 e 602 c.p. (ammesse invece al contraddittorio anticipato ex art. 392 comma 1 bis c.p.p.).

Il risultato della evidenziata disarmonia normativa è quello di vanificare, in un numero rilevante di casi, l'intento di tutela della vittima insito nella novella, che ha l'obiettivo di anticipare la audizione dell'offeso vulnerabile, di effettuarla in forma protetta e di contrarre il numero di audizioni giudiziali.

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

Questa scelta mal si concilia con le indicazioni che provengono dalla decisione quadro 2001/220 GAI che invece all'art. 8 comma 4 prevede che "*ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento*".

e) Nell'area delle cautele si è registrata una significativa modifica del nostro sistema, attraverso l'introduzione di misure ricalcate sugli ordini di protezione del processo civile, caratterizzate dalla specifica finalizzazione alla tutela di vittime determinate. Il che costituisce una novità nel nostro sistema cautelare e rappresenta un segnale non trascurabile di attenzione per i diritti degli offesi da reato.

Le misure in questione (previste dagli artt. 282 bis e 282 ter c.p.p.) appaiono dirette ad evitare i contatti tra l'indagato ed una determinata vittima (ed, al più, i suoi familiari) e sono caratterizzate da uno specifico obiettivo di prevenzione, in quanto finalizzate ad evitare la reiterazione della condotta nei confronti di una persona offesa individuata (recentemente, peraltro, il Parlamento

europeo, con delibera del 14 dicembre 2010, ha approvato una direttiva che prevede l'emissione di un ordine di protezione europeo, OPE, che consentirà l'estensione delle cautele disposte nello stato di provenienza, anche nello stato ove la persona perseguitata intenda risiedere o soggiornare).

Discusso è il grado di effettività della tutela connessa alla esecuzione di tali misure, sostanzialmente monitorie, la cui efficacia dipende essenzialmente dalla collaborazione dell'indagato e dal suo grado di autodisciplina.

Quel che rileva tuttavia, come dato di sistema, è che attraverso la loro introduzione, si è dato ingresso a cautele non dirette a prevenire la reiterazione *generica* di reati analoghi, ma piuttosto la reiterazione *specifica* di condotte illecite nei confronti di una persona determinata.

La rivoluzione è copernicana: a fondamento della cautela non c'è l'interesse generale della collettività, ma l'interesse determinato di una persona individuata.

La valenza protettiva marcatamente individuale di tali misure consente dunque di ritenere che, anche nel nostro ordinamento, trova legittimazione il diritto dell'offeso ad essere specificamente ed individualmente "protetto" attraverso l'imposizione di cautele penali.

Circa tale diritto della vittima da reato alla protezione attraverso l'applicazione di cautele appropriate, importanti indicazioni provengono anche dalla Corte EDU.

Da ultimo infatti, i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 2 della Convenzione in un caso in cui non era stata data adeguata protezione ad una donna che si era rivolta a più riprese all'autorità giudiziaria ed era stata, infine, uccisa nell'ambito di una interminabile vicenda di violenza domestica (sentenza C. Edu OPUZ c. Turchia del 19 giugno 2009²). In tale frangente, è stato riconosciuto dalla Corte di Strasburgo un diritto dell'offeso ad essere protetto attraverso l'applicazione di misure cautelari appropriate e tale diritto è stato ricondotto all'interno del più ampio spettro di tutela previsto dall'art. 2 della Convenzione, che garantisce la tutela del diritto alla vita³.

In quel caso è particolarmente significativo che il ritiro della querela è stato considerato un evento prevedibile e, ragionevolmente riconducibile alle pressioni dell'indagato, dunque inidoneo ad inibire l'obbligo positivo dello Stato di proteggere la vita attraverso l'imposizione di cautele appropriate: secondo i giudici europei, tenuto conto della gravità degli illeciti che l'indagato aveva commesso in passato, il pubblico ministero "*avrebbe dovuto proseguire nella sua attività nonostante la rimessione della querela da parte della vittima*" e garantire una protezione adeguata attraverso l'applicazione di misure appropriate.

Il riconosciuto diritto alla tutela della vita, attraverso il tempestivo ricorso a misure cautelari appropriate, si distingue dunque, nettamente, dalla pretesa alla punizione dell'autore del reato rappresentata nella querela.

La "forza" del diritto alla vita ed all'incolumità fisica impone infatti obblighi positivi di azione alle autorità pubbliche particolarmente stringenti e tempestivi, che non possono essere "condizionati" dalla volontà della vittima.

Il che costringe a chiedersi se il nostro ordinamento sia sufficientemente "attrezzato" a reagire contro ingiustificate *inerzie* del pubblico ministero nella gestione delle misure mirate alla protezione dell'incolumità dell'offeso da reato. E se sia conforme alle garanzie richieste dall'ordinamento integrato affidare, in via esclusiva, al pubblico ministero il compito di rispondere alle istanze di protezione della vita dell'offeso, senza che sulla sua *azione* (ma soprattutto sulla sua *inazione*) sia possibile alcun intervento di controllo (o di impugnazione) da parte della vittima.

² Analoghe prese di posizione, circa la presenza in capo agli Stati di un obbligo positivo di protezione della vita anche attraverso "misure preventive" si rinvengono da parte della Corte EDU nei casi Kontrovà c. Slovacchia, sent del 31.5.2007, § 49 Kiliç c. Turchia, sent. del 28.3.2000, § 62-76; 1, Osman c. Regno Unito, sent del 28.10.1998, § 115, Maiorano c. Italia, sent del 15 dicembre 2009.

³ Nel senso di evidenziare l'obbligo positivo degli atti nel disporre "misure preventive di ordine pratico" per proteggere la vita di un individuo determinato minacciato da azioni criminali altrui: Kontrovà c. Slovacchia, cit; Kiliç c. Turchia, cit, Osman c. Regno Unito, cit; nonché Bevacqua c. Bulgaria sent del 12.6.2008, quest'ultima relativa agli obblighi positivi dello Stato in relazione alla protezione dell'art. 8 della Convenzione.

f) Così come ci si chiede, per altro verso, se la previsione della facoltà di rimettere la querela in relazione a reati che segnalano un serio pericolo per la vita dell'offeso, come quello di atti persecutori (art. 612 bis c.p.) sia compatibile con una tutela *effettiva* dei diritti delle vittime.

La necessità di depotenziare il ruolo della querela trova conferma, per quanto riguarda i procedimenti per il reato di traffico degli esseri umani, nel contenuto della direttiva approvata dal Parlamento europeo il 14 dicembre 2010 (COM (2010)0095-c7-0087/2010 –2010/0065(COD) che, all'art. 9, espressamente prevede che *“gli stati membri adottano le misure necessarie affinché le indagini o l'azione penale relative ai reati di cui agli artt. 2 3 non siano subordinate alle dichiarazioni o all'accusa formulate dalla vittima ed il procedimento penale possa continuare anche se la vittima ritratta le proprie dichiarazioni”*. Posizione questa di estremo rilievo: sia perché evidenzia la naturale inattendibilità della ritrattazione effettuata da alcune vittime (nella specie offese dal reato di tratta, dunque particolarmente vulnerabili in quanto ragionevolmente destinatarie di minacce e pressioni), sia perché invita a strutturare alcuni procedimenti penali in modo da non “centrarli” esclusivamente sulla testimonianza dell'offeso.

Ma il diritto alla protezione della vittima da reato, oltre che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, emerge con chiarezza anche dalla decisione quadro 2001\220 GAI, che il nostro legislatore è stato chiamato ad attuare con la legge n. 96 del 4 giugno 2010.

L'art. 8 della citata decisione prevede infatti, in modo espresso, il diritto delle vittime, ed in particolare di quelle più vulnerabili, ad essere protette, all'interno del processo, con la predisposizione di misure adeguate per la assunzione della testimonianza e, fuori dal procedimento, con misure che contrastino le prevedibili conseguenze della loro partecipazione al processo e, naturalmente, le prevedibili ritorsioni dell'accusato.

g) Accanto al diritto alla tempestiva applicazione di cautele appropriate si delinea poi il diritto della vittima alla corretta e tempestiva acquisizione della prova ed, in modo implicito, alla verifica che può (deve?) essere effettuata dall'offeso sulla azione investigativa del pubblico ministero, anche solo ai fini dell'esercizio della pretesa civile.

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

Circa il diritto dell'offeso all'esperimento immediato dei mezzi di prova la Corte di Strasburgo in una significativa decisione del 24 febbraio 2005, nel caso *Sottani c. Italia*, ha affermato, riguardo alla richiesta di incidente probatorio proposto dalla persona offesa attraverso la “mediazione” del pubblico ministero, che il sistema legislativo previsto dagli articoli 392 e 394 del c.p.p. potrebbe *“fare sorgere dei dubbi quanto al rispetto del diritto della parte lesa alla uguaglianza delle armi come a quello di accedere a un Tribunale garantito dall'art. 6 paragrafo 1 della Convenzione”*.

La pronuncia in questione fa espresso riferimento al diritto dell'offeso all'esperimento immediato di un mezzo di prova ed evidenzia come tale diritto *“può rivelarsi essenziale per una efficace costituzione di parte civile”*, sicché deve essere tutelato anche nella fase antecedente a quella in cui la costituzione può essere effettuata.

Emerge dunque, seppur tra le righe, il sospetto della Corte di Strasburgo sulla compatibilità dell'art. 6 della Convenzione con la previsione di un accesso “mediato” dell'offeso alle prove ed agli strumenti di tutela in genere: nel caso di specie era in discussione il diritto all'accesso *diretto* alla richiesta di incidente probatorio, ma il ragionamento potrebbe essere esteso a tutti i diritti della vittima tutelabili, nella delicata fase delle indagini preliminari *solo* attraverso la mediazione del pubblico ministero, il quale potrebbe (in ipotesi) assumere un atteggiamento ingiustificatamente inerte.

In sintesi, si rileva che il quadro emergente dalla normativa sovranazionale e dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo evidenzia alcune criticità del nostro sistema:

- a) in particolare, nella fase delle indagini preliminari la protezione del diritto alla vita attraverso la tempestiva ed appropriata imposizione di cautele penali, pone il problema dei controlli sulle inerzie del pubblico ministero;
- b) del pari, emerge la critica previsione della remissione di querela in alcuni reati, come quello di atti persecutori: dato normativo, questo, che potrebbe porsi in serio contrasto con l'effettività della tutela di vittime particolarmente vulnerabili, proprio perché soggiate dall'accusato che induce la remissione (analoga criticità emerge nella gestione processuale delle ritrattazioni);
- c) inoltre il fatto che la costituzione di parte civile sia possibile per la prima volta nella fase dell'udienza preliminare e che durante le indagini la persona offesa possa promuovere l'interesse alla completa e tempestiva raccolta della prova, fondamentalmente attraverso istanze rivolte al pubblico ministero, evidenzia il livello di critica effettività delle garanzie dell'offeso anche nel settore della raccolta degli elementi di prova funzionali alla efficace costituzione di parte civile.

Sulla possibilità della vittima di censurare l'operato del pubblico ministero il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nell'ambito della Raccomandazione sul ruolo del pubblico ministero nel sistema di giustizia penale adottata il 6 ottobre 2000, ha rilevato che *“les victimes doivent avoir la possibilité de contester la décision prise par le ministère public de ne pas engager de poursuites, notamment en les autorisant à les mettre en œuvre elles-mêmes (paragraphe 29 ci-dessus)”*: risoluzione che sembra individuare uno spazio di “reazione” dell'offeso più ampio di quello previsto dagli artt. 408 e ss. del nostro codice di procedura penale.

1.3. Le soluzioni allo stato praticabili.

1.3.1. L'incidente probatorio e ammissibilità della testimonianza dibattimentale

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

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

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

Si segnala la recente direttiva sulla repressione del traffico degli esseri umani (all'art. 12 comma 4) lettera a) impone gli stati membri dell'Unione di strutturare il procedimento penale in modo da *“evitare ripetizioni non necessarie delle audizioni nel corso delle indagini e del procedimento penale”*: il che lascia ben sperare circa il futuro superamento delle evidenziate disarmonie.

1.3.2. L'estensione dell'accesso alle modalità protette

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

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

Nel caso in questione il giudice dell'udienza preliminare italiano in relazione alla richiesta di ammissione della audizione in forma protetta di un bimbo di soli cinque anni nel corso di un procedimento per il reato di abuso di mezzi di disciplina, non previsto dall'art. 392 comma 1 bis c.p.p., sollevava questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 35 Trattato UE, sollecitando la Corte di Lussemburgo ad interpretare gli artt. 2,3, ed 8 della decisione quadro 2001\220\GAI in merito al possibile contrasto tra tale disposizione e la disciplina processuale italiana in materia di audizioni protette incidentali. La Corte ha chiarito che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le disposizioni del proprio ordinamento in maniera conforme alla lettera ed alle finalità della normativa europea nel rispetto del limite di compatibilità con i principi dell'ordinamento nazionale e con quelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ed ha stabilito, nel caso specifico, che le norme della decisione quadro devono essere interpretate nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare minori offesi dal reato di maltrattamenti a rendere la loro deposizione, secondo modalità che permettano di garantire un livello di tutela adeguato (ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima)⁴.

La sentenza in questione pone diversi problemi.

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

Le decisioni quadro pur non essendo direttamente vincolanti, impongono infatti al giudice nazionale di interpretare il diritto interno alla luce della loro lettera e del loro scopo al fine di conseguire il risultato perseguito da queste. Dunque in capo al giudice nazionale si insedia un obbligo di interpretazione conforme che trova i suoi limiti solo nel rispetto dei principi generali del diritto (certezza del diritto e non retroattività) e nella compatibilità dell'interpretazione correttiva con il diritto nazionale nel suo complesso e con i principi costituzionali in particolare.

Circa il problema rilevato, ovvero l'estensione delle modalità protette di audizione anche quando si procede per ipotesi di reato diverse da quelle indicate⁵ la Corte costituzionale italiana si è già espressa negativamente circa la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 398 comma 5 bis c.p.p.. La Corte ha sostenuto che non è irragionevole la scelta del legislatore di limitare l'operatività di quella disposizione alle sole ipotesi di testimonianza resa dall' (allora solo) infrasedicenne in procedimenti per reati sessuali, trattandosi di illeciti per i quali "si pone con maggiore intensità ed evidenza l'esigenza di proteggere la personalità del minore, nell'ambito del suo coinvolgimento processuale, e la genuinità della prova"; sia anche perché una interpretazione estensiva di quella norma finirebbe per attribuire ingiustificatamente una rilevanza costituzionale all'incidente probatorio, la cui funzione è di derogare eccezionalmente alla regola generale secondo cui la prova penale è assunta in dibattimento (principio al quale il legislatore ha inteso porre

⁴ La decisione della Corte di Lussemburgo fissa tuttavia dei limiti alla auspicata azione di interpretazione adeguatrice delegata al giudice nazionale, uno dei quali viene - come si è detto - individuato nella compatibilità dell'interpretazione con i principi fondamentali dello Stato membro interessato. Tale limite di compatibilità deve essere dunque verificato dal giudice nazionale al momento della valutazione della possibile estensione dell'ambito di applicazione dell'istituto dell'incidente probatorio (punto 57 della decisione). Del pari deve essere valutato da quel giudice se l'interpretazione adottata sia o meno rispettosa del principio dell'equo processo stabilito dall'art. 6 della Convenzione EDU (punto 60).

⁵ Corte. Cost., 9 maggio 2001, n. 114, in Cass Pen , 2001, p. 2325. In tema, v. Marandola, Audizione del minore infrasedicenne: non irragionevole la limitazione ai soli reati sessuali dell'incidente probatorio «incondizionato», in Fam. e dir., 2003, p. 221.

l'eccezione dell'ascolto anticipato del teste minore di sedici anni esclusivamente per l'indicata categoria di reati).

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

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

La forza riconosciuta dalla Corte di giustizia alle norme della decisione quadro 2001/220/GAI sembra infatti consentire al giudice nazionale di scegliere modalità adeguate di audizione della vittima vulnerabile, anche fuori dei casi tassativamente previsti dall'art. 392 comma 1 bis c.p.p., ovviamente previa positiva valutazione della compatibilità di tali modalità con i principi dell'ordinamento nazionale, in genere, e del giusto processo, in specie.

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

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

1.3.2.L'accesso all' incidente probatorio delle vittime non comprese nell'elenco dell'art. 392 comma 1 bis c.p.p.; in particolare degli offesi del reato di sfruttamento della prostituzione.

L'accesso al contraddittorio predibattimentale per alcuni offesi da reato è un approdo raggiunto solo di recente con l'estensione della possibilità di utilizzare l'istituto anche per l'audizione delle vittime *maggioresni* di reati sessuali, atti persecutori o maltrattamenti in famiglia⁶.

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

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

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

Si tratta, in tal caso, di una estensione motivata dalla esigenza di preservazione dell'utilizzabilità della fonte di prova, più che da esigenze di tutela della vittima: che tiene conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha in più occasioni ribadito il carattere "non equo" del processo

⁶ La novella è stata introdotta dal D.L. 23 febbraio 2009 nn.11 convertito con modificazioni nella legge 23 aprile 2009 n. 38.

fondato in modo esclusivo o determinante sulle dichiarazioni di chi non è o si è sottoposto alle domande dell'imputato⁷, oltre che della giurisprudenza della Corte di Cassazione, particolarmente rigorosa circa la valutazione dell'utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p. (tra le altre, Cass. Sez. 2 n. 43331 del 2007, Poltronieri, nonché Cass. Sez. 1, n. 44158 del 23.9.2009, Marinkovic; Cass. sez. 3, n. 27582 del 15.6.2010, R.).

2. Tecniche di escussione

2.1. Le caratteristiche della "testimonianza debole"

I problemi maggiori in tema di tutela delle vittime da reato si registrano tuttavia nell'area della formazione della prova dichiarativa proveniente dall'offeso.

La assunzione della testimonianza di una vittima vulnerabile necessita infatti di particolare accortezza e specializzazione⁸.

Principalmente nella fase investigativa. Il pubblico ministero deve infatti essere particolarmente accorto nella gestione della raccolta della prima testimonianza giudiziale e nel decidere *quando* effettuare la richiesta di incidente probatorio cui consegue la completa *discovery* degli atti ex art. 393 comma 2 bis c.p.p.

Al riguardo è diffusa tra gli operatori una sensazione di depotenziamento dell'effettività del valore probatorio della testimonianza quando la stessa viene assunta a distanza di diversi anni dall'accadimento dei fatti che il teste è chiamato ad evocare. I limiti del nostro sistema di formazione della prova dichiarativa tuttavia si manifestano - e vengono percepiti - con maggiore evidenza proprio nel caso delle audizioni dei testi cd. "deboli", ovvero delle (presunte) vittime di reato, quando queste sono chiamate ad evocare l'evento reato fonte di trauma.

La evoluzione della giurisprudenza e degli studi sulla psicologia della testimonianza hanno consentito di evidenziare l'estrema complessità della formazione della prova dichiarativa del teste vulnerabile.

Le difficoltà indicate trovano il loro acme nella audizione del minore in età pre-scolara: in tal caso, i problemi connessi alla assunzione ed alla valutazione della testimonianza si intrecciano con quelli di gestione della prova scientifica, ovvero delle consulenze e perizie psicologiche che, nella prassi, vengono disposte sul teste minore.

Le dichiarazioni accusatorie provenienti da vittime traumatizzate inoltre, difficilmente sono immediatamente esaustive. Esse emergono a seguito di faticosi itinerari di rivisitazione e superamento del trauma patito. In genere sono rese nella inconsapevolezza degli effetti processuali che producono. Appaiono dunque frammentarie, simboliche, non veritiere (per timore, vergogna, soggezione, induzione).

E' raro che la vittima conceda immediatamente ed in un'unica soluzione la intera rappresentazione dei fatti per cui si procede, dato che essa dovrà confrontarsi con gli effetti del trauma primario denunciato e con gli esiti del trauma (secondario) scaturente dal processo.

Le dichiarazioni rese saranno dunque condizionate dall'affidamento (o dal rifiuto) che la vittima maturerà nei confronti dell'autorità procedente durante un percorso giudiziario che si intreccerà e confonderà con quello psicologico di rielaborazione del trauma da reato.

Il merito dell'approfondimento compiuto dalla psicologia in materia di testimonianza (in genere e) del minore (in particolare) risiede essenzialmente nel fatto di avere evidenziato, da un lato, come i meccanismi del ricordo siano influenzati dal *setting* della audizione (e, principalmente, dal

⁷ C.Edu (sent.), *Balsyte-Lideikiene c. Lituania*, 4.11.2008, §§ 64-66; (sent.), *Majadallah c. Italia*, 19.10.2006, §§ 39-43; (sent.), *Vaturi c. Francia*, 13.4.2006, §§ 52-59, (sent.) *Bracci c. Italia*, 13.10.2005, §§ 59-61; *Hulki Gunes c. Turchia*, 19.6.2003, §§ 88-96; (sent.) *Craxi c. Italia (n°2)*, 5.12.2002, §§ 88-94; *Lucà c. Italia*, 27.2.2001, §§ 43-45; *A.M. c. Italia*, 14.12.1999, §§ 26-28.

⁸ Sul punto v. la importante risoluzione di indirizzo della Sesta Commissione del CSM dell' 11.2.2009 per migliorare la risposta di giustizia nell'ambito della violenza familiare reperibile sul sito del CSM

rapporto con l'intervistatore) e, dall'altro, come la testimonianza si presenta, di regola, non omogenea in occasione delle varie audizioni effettuate nel corso del procedimento e del processo: si assiste, in tali casi, alla emersione di una "progressione dichiarativa", che si sviluppa attraverso le diverse fasi processuali, spesso (anche se non sempre) in coerenza con il richiamato percorso di (accresciuto o, talvolta, diminuito) affidamento del dichiarante alla autorità giudiziaria.

Tale modalità di emersione del ricordo, è particolarmente evidente nel caso del minore presunte vittima di abusi sessuali, ma è riconoscibile anche nel comportamento testimoniale di molte persone offese, quando queste sono chiamate ad evocare un evento-reato di natura traumatica.

Si assiste infatti ad una visibile differenziazione dei comportamenti dei testi in relazione al rapporto che gli stessi hanno con l'evento che sono chiamati ad editare in sede giudiziale.

La deposizione assume dunque caratteristiche diverse a seconda che il dichiarante abbia consapevolmente "partecipato" al fatto (come nel caso di un imputato di reato connesso), o abbia, invece, patito dal fatto un trauma "diretto" (persona vittima di violenza o di estorsione) o "indiretto" (teste oculare di un evento violento). Diversa, ancora, è la posizione del teste "indifferente", ovvero di colui che non è in alcun modo coinvolto nell'evento chiamato a rievocare (la psicologia della testimonianza avverte, al riguardo, sulle particolari insidie connesse alla rievocazione del ricordo effettuata da tali dichiaranti "neutri").

Il nodo problematico maggiore in materia di assunzione della testimonianza "debole" è il bilanciamento tra la tutela dei diritti dell'imputato, che passa attraverso la difesa del presidio del contraddittorio e, la tutela della vittima-testimone del reato, che non può prescindere dalla presa d'atto che il metodo del confronto diretto con l'imputato, al centro del processo accusatorio, entra in conflitto con la tutela dell'offeso, e si presenta non del tutto adeguata a garantire una testimonianza attendibile, dato che la presenza dell'accusato può porre la vittima in condizione di soggezione (se non di intimidazione) ed interferire con la deposizione.

La consolidata scelta del contraddittorio come sistema processuale di garanzia per la difesa dei diritti dell'imputato, al quale non può essere negata la possibilità di sottoporre ad esame la fonte da cui promanano le accuse, deve dunque fare i conti con la difficile compatibilità del metodo del confronto tra accusatore ed accusato, quando il soggetto da cui provengono le accuse sia offeso dal reato e, più in particolare, vittima "vulnerabile", in quanto il tipo di reato per cui si procede lede beni primari della persona (libertà personale e sessuale in primo luogo), sicchè la vittima-testimone, a causa della tensione emotiva con l'imputato, rischia di patire dal contraddittorio dibattimentale oltre che pervasivi effetti di "vittimizzazione" secondaria o "da processo", anche traumi direttamente incidenti sulla riedizione del ricordo, cui consegue un danno imponente sulla formazione della prova testimoniale.

Il nodo problematico sopra rilevato non riguarda solo il soggetto che ha patito direttamente l'offesa, ma anche tutti i testi "vulnerabili", ovvero quelli che, a causa della gravità dei fatti oggetto del processo e della rilevanza delle dichiarazioni testimoniali da rendere, rischiano di mettere in serio pericolo beni primari della loro esistenza.

Emblematico al riguardo è il caso del teste oculare di un delitto consumato in ambiente mafioso.

Dunque il problema del bilanciamento tra diritto dell'imputato al esame dell'accusante e tutela del dichiarante "debole" investe una fascia ampia di persone, tra le quali la vittima del reato è sicuramente compresa, ma che ad essa non si limita, né in essa si esaurisce.

La rilevanza del problema appare accentuata dal collegamento tra emersione di alcuni crimini e la volontà delle vittime degli stessi. I reati contro la libertà sessuale, come anche i delitti di usura ed estorsione, soprattutto quando questi ultimi non risultano inseriti in contesti di criminalità organizzata, emergono per lo più attraverso la denuncia degli offesi, i quali giungono alla determinazione dell'affidamento alla autorità giudiziaria, attraverso percorsi tormentati, che passano anche attraverso la difficile accettazione del percorso traumatico (di "vittimizzazione secondaria", appunto) legato allo svolgimento del processo.

Inoltre la essenzialità della testimonianza delle persone offese non solo per la formazione della prova, ma per la stessa *emersione* di alcuni reati, rende quanto mai urgente il tentativo di trovare una soluzione equilibrata al bilanciamento degli interessi sopra accennato.

Non si può non considerare infatti che il trauma da processo legato alla inadeguatezza degli strumenti preposti alla tutela della vittima dichiarante inibisce in modo consistente non solo la formazione della prova e l'eventuale condanna, ma anche la stessa possibilità di perseguire molti crimini "invisibili", la cui emersione dipende unicamente dalla volontà di denuncia degli offesi. Sovente infatti la vittima effettua un bilanciamento tra il costo del trauma indotto dal processo ed il beneficio della persecuzione del reo che si risolve nella determinazione di non denunciare il reato.

Il che ha effetti gravi per l'efficacia del sistema penale, sia perché produce la mancata persecuzione dello specifico fatto di reato, sia perché quando la rinuncia al procedimento penale viene effettuata da vittime di reati di criminalità organizzata (estorsioni in primo luogo), il sistema criminale in cui il reato non denunciato si innesta, ne risulta irrobustito in quanto la forza di intimidazione espressa trova nella rinuncia della vittima un riscontro significativo.

La normativa sovranazionale, ed in particolare la decisione quadro del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale emanata dal Consiglio dell'Unione Europea, costituisce, ancora una volta, il punto di riferimento anche per il giudice nazionale nella gestione del difficile equilibrio tra diritto dell'imputato ad essere giudicato in esito ad un processo *equitable* e il diritto della vittima ad essere tutelata.

2.2. *La escussione della vittima nel corso delle indagini. La documentazione "aggravata"*

Sebbene il sistema processuale italiano soffra i limiti derivanti dalla scelta di un modello accusatorio la cui ortodossia arriva ad elidere - in modo pressoché totale - la validità probatoria delle dichiarazioni rese in fase di indagine (qualora il processo si sviluppi attraverso il rito ordinario), non si può che rimarcare la estrema rilevanza della ricezione pre-dibattimentale delle dichiarazioni sia per gli effetti processuali endofasici (eventuale emissione di misure di cautela) che sotto lo specifico profilo dell' "accoglienza" della vittima anche ai fini della attenuazione della creazione di traumi da processo.

Il percorso di vittimizzazione secondaria infatti ha inizio fin dal momento del primo contatto con gli organi inquirenti, che devono essere per questo preparati a mitigarne al massimo gli effetti negativi.

Il percorso di rafforzamento della tutela del dichiarante offeso non può che partire dalla predisposizione di un sistema adeguato di "accoglimento" di tale soggetto da parte degli organi preposti alla ricezione della denuncia.

La decisione quadro al riguardo impone un significativo indirizzo laddove all'art. 13 che prevede che gli Stati membri promuovano l'intervento nell'ambito del procedimento penale "*di servizi di assistenza alle vittime con il compito di organizzare la loro accoglienza iniziale e di offrire loro sostegno ed assistenza successivi attraverso la messa a disposizione di persone all'uopo preparate nei servizi pubblici o mediante il riconoscimento ed il finanziamento di organizzazione di assistenza alle vittime*". Significativo anche il secondo comma dove è previsto che alla vittima debbano essere fornite le informazioni adeguate circa la sua situazione e che la stessa debba essere assistita nel momento iniziale, nel corso del procedimento (attraverso la individuazione di un diritto della vittima all'accompagnamento) e - anch'essa previsione fondamentale - dopo la fine del procedimento.

Nello stesso senso si indirizza l'art. 14 della decisione quadro 2001/220/GAI che prevede che alle vittime più vulnerabili sia garantito il contatto, nell'ambito del procedimento penale con persona fornite di adeguata preparazione professionale.

La decisione quadro prevede dunque che alla vittima sia fornita assistenza materiale durante tutte e fasi del procedimento ed addirittura dopo la conclusione dello stesso, e che alla stessa siano fornite tutte le informazioni relative al procedimento.

In Italia il sistema di accoglienza non appare sempre conforme alle direttive europee. Il nostro sistema penale appare infatti essenzialmente improntato alla repressione e dunque al perseguimento dell'autore del reato e poco attento alle esigenze dell'offeso.

Il *deficit* di tutela è particolarmente evidente nella fase iniziale del procedimento, ovvero nel momento della raccolta delle prime dichiarazioni accusatorie della vittima.

La assenza di un sistema organizzato preposto alla tutela ed all'accoglienza affida alla buona volontà degli operatori la buona riuscita di questa delicata ed essenziale fase del procedimento penale⁹.

In realtà spesso la vittima, quando si risolve alla denuncia si affida in modo incondizionato agli operatori, senza informarsi previamente sulla loro specializzazione.

Al riguardo non può non essere rimarcato che il contatto tra il soggetto traumatizzato e coloro che ne raccolgono le prime dichiarazioni è estremamente rilevante ed in grado di condizionare il futuro del processo in relazione all'affidamento che si ingenera circa il livello di accoglienza del sistema.

Il nostro ordinamento prevede una specifica forma di assistenza solo per la vittima minore di una particolare tipologia di reati: l'art. 609 decies del codice penale prevede infatti che il minore vittima di abusi sessuali sia "accompagnato" nel corso del procedimento da persone deputate alla sua assistenza psicologica, che vengono individuate nei genitori o in personale specializzato dei servizi sociali.

Tale disposizione ha il pregio di svolgere la funzione di presidio di assistenza nei confronti del minore vittima di abusi nel corso dell'intero procedimento, dunque sia nella fase della raccolta delle dichiarazioni predibattimentali, che durante l'escussione in contraddittorio nelle fasi dell'incidente probatorio o in dibattimento. La continuità¹⁰ di tale assistenza dovrebbe costituire un argine contro il trauma indotto dalle numerose escussioni giudiziali e le diverse analisi psicologiche cui di regola il minore è sottoposto nel corso dell'intero procedimento.

Deve essere tuttavia evidenziato che si tratta di un norma speciale destinata ad essere applicata solo nel limitato settore dei processi relativi ad abusi su minori e che non esiste una norma di analogo tenore applicabile alla tutela processuale di ogni vittima.

Sicché la tutela psicologica dell'offeso e la sua difesa dai traumi secondari indotti dal processo resta affidata - allo stato - alle buone prassi ed alla volontà degli operatori.

Uno dei problemi di maggiore rilievo che emergono nella prassi riguarda l'"opacità" dei metodi di assunzione della prova dichiarativa c.d. "debole".

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

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

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

⁹ In alcuni casi sono previsti dalle forze di polizia dei nuclei specializzati in materia di abusi su minori, ma la stessa specializzazione non è prevista nel caso in cui la vittima sia offesa da gravi reati di tratta degli esseri umani o da sfruttamenti di vario genere.

¹⁰ Intesa anche come immutabilità della persona cui la funzione di assistenza è assegnata nel corso dell'intero processo. La tutela prevista dall'art. 609 decies c.p. peraltro nella maggioranza dei casi si dispiega nelle fasi iniziali del procedimento durante la raccolta delle dichiarazioni predibattimentali e si esaurisce rapidamente, laddove l'art 13 della decisione 2001\220\GAI prevede la continuità dell'assistenza alla vittima, se richiesta, anche dopo la chiusura del procedimento. La norma in questione evidenzia la necessità che alla vittima che sceglie di fornire il suo contributo al sistema penale sia garantita ogni forma di assistenza idonea se non ad eliminare, almeno ad attenuare gli effetti traumatici della partecipazione al processo.

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

In particolare, non essendo documentato il *setting* dell’intervista, non risultano percepibili i meccanicismi di interazione con chi pone le domande, e non sono seriamente valutabili eventuali fenomeni di suggestione. Tale prassi consente, pertanto, l’insinuarsi nel procedimento di dubbi sulla genuinità delle dichiarazioni riconducibili ad interferenze sul processo mestico derivanti dalle suggestioni dell’interlocutore. Interferenze che non possono che restare “presunte”, se non sono documentate ed analizzabili.

Sul punto è necessario prendere atto degli approdi della psicologia della testimonianza¹¹ che hanno studiato¹² le interferenze sui meccanismi del ricordo delle interviste suggestive, come anche di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, che hanno evidenziato che la motivazione sull’attendibilità delle dichiarazioni dei minori deve prendere in esame sia le interferenze causate da eventuali suggestioni (più o meno volontariamente) poste in essere dall’intervistatore, sia le altre condizioni esterne del *setting* auditivo¹³.

La conclamata emersione della valenza processuale di tali interferenze impone una particolare attenzione in fase investigativa, al loro evitamento ed, in fase cognitiva, alla loro valutazione.

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

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

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

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

Le dichiarazioni unilaterali adeguatamente documentate si presentano infatti finalmente valutabili anche nel contenuto extradichiarativo e consentono alla difesa di “addentrarsi” nel terreno oscuro degli atti raccolti nella fase segreta del procedimento e di estendere il confronto processuale anche sugli elementi di prova raccolti in indagine.

¹¹ Sul punto A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Giuffrè, 2010

¹² Recentemente la Società britannica di psicologia ha redatto delle Linee Guida sulla Memoria a beneficio degli operatori del diritto: *The British Psychological Society, Research Board Guidelines On Memory and the Law, recommendations from the Scientific Study of Human Memory*, BPS, LEICESTER 2008

¹³ Da ultimo, sul tema Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 29612 del 05/05/2010 Ud.* (dep. 27/07/2010) Rv. 247740 secondo cui “La valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali presuppone un esame della sua credibilità in senso onnicomprensivo, dovendo tenersi conto a tal riguardo dell’attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare, della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose *affabulazioni*”. Ma nel senso della importanza della valutazione delle circostanze “esterne” che hanno caratterizzato l’esame anche Cass. sez. 3 sentenza n. 4069 del 17.10.2007 RV 238543.

In sintesi, il ricorso sistematico a tale forma di documentazione consentirebbe alla difesa di effettuare un effettivo controllo (*ex post*) sui dettagli del percorso investigativo e si presenta idoneo ad aprire nuovi scenari nella dialettica tra le parti, permettendo l'arretramento del confronto tra le parti e consentendo alla difesa l'analisi *effettiva* degli "elementi" di prova dichiarativa raccolti in indagine.

Tale arretramento è probabilmente una delle nuove frontiere del "giusto processo".

Solo attraverso l'introduzione della possibilità per la difesa di controllare gli elementi raccolti nella fase germinale del procedimento si rende, infatti, veramente *equo* il processo penale.

Si tratta di un passaggio particolarmente significativo nel senso della rivisitazione in senso sostanziale dei principi del processo accusatorio, che appare peraltro caldeggiata dalla normativa europea.

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

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

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

La propugnata fruibilità dovrebbe essere naturalmente estesa (come suggerito dalla Corte di Cassazione nella pronuncia Cass. Sez. 3 n. 37147 del 18.9.2007) anche alle dichiarazioni rese dall'offeso nel corso degli eventuali accertamenti tecnici sulla capacità a testimoniare.

Al riguardo si segnala che la Corte di legittimità - in una pronuncia, seppur isolata - ha dichiarato l'utilizzabilità ai fini del giudizio abbreviato anche delle dichiarazioni rese al perito (Cass. Sez. 3 n. 2101 dell'11.11.2008, RV 242256 *contra* Sez. 3, Sentenza n. [16854](#) del 04/03/2010, Rv. 246984), mentre, in altra pronuncia, ha stabilito che non vi è alcun obbligo per il perito di far presenziare alle operazioni tecniche i consulenti di parte, né è prevista alcuna sanzione in relazione alla loro assenza (Cass. Sez. 3 n. 42984 del 4.10.2007).

La documentazione aggravata delle audizioni effettuate in ambito peritale diventa dunque uno strumento indispensabile anche per la salvaguardia della effettività del "contraddittorio tecnico".

In definitiva con il ricorso sistematico a tali forme di documentazione consentirebbe alla difesa la valutazione concreta degli elementi di prova raccolti in indagine e la conseguente dissoluzione di gran parte delle opacità denunciate nella nota introduttiva.

Da ultimo, forse non è retorico sottolineare che il garante dell'effettività del diritto di difesa nella fase delle indagini, è il pubblico ministero. La sede normativa di tale onere di salvaguardia si rinviene nell' 358 c.p.p., che onera l'organo della pubblica accusa alla raccolta di elementi di prova utili alle determinazioni per l'esercizio dell'azione penale, che siano - è questo un onere implicito -

idonei ad essere effettivamente valutati (sia dal giudice che dalla difesa) al momento della loro ostensione.

L'onere della raccolta di elementi di prova in forma fruibile si accompagna, ovviamente, a quello di svolgere le indagini in regime di segretezza in tutti i casi in cui la *discovery* degli atti potrebbe pregiudicare l'esito delle indagini o, addirittura, mettere in pericolo la persona offesa¹⁴.

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

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

2.3. La escussione della vittima vulnerabile in contraddittorio

Un nodo particolarmente critico è poi quello delle modalità di concreto svolgimento dell'esame (in incidente probatorio, ma anche in dibattimento) nel caso in cui il teste è minore. In tali casi l'esame viene condotto dal giudice (ed in alcuni casi dal perito del giudice) su domande e contestazioni proposte dalle parti.

La norma che consente la "contrazione" del contraddittorio attraverso l'intervento di mediazione del giudice è stata ritenuta conforme a Costituzione dalla Corte di legittimità (Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 42899 del 30/09/2009*) che, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 498 c.p.p. ha chiarito che "*Il principio del contraddittorio nella formazione della prova fissato dal quarto comma dell'art. 111 Cost., disposizione che recepisce ed esprime nel diritto interno i principi contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale), viene "bilanciato" dal successivo quinto comma mediante il rinvio alla legge ordinaria per la determinazione dei casi in cui la prova a carico può legittimamente formarsi in assenza di un contraddittorio diretto. E non vi è dubbio che la disposizione contenuta nell'art. 498 c.p.p., rappresenta una ipotesi di legittimo bilanciamento tra i diritti dell'imputato e i diritti del minore*".

La Corte di Cassazione ha inoltre ritenuto, da ultimo, che possono essere poste dal giudice domande suggestive nel corso dello svolgimento dell'esame del minore (Cass. Sez. 3, n. [9157](#) dell'8.3.2010). Mentre, in più risalente pronuncia la Corte ha anche chiarito che la questione relativa alla proposizione di domande suggestive deve essere contestata direttamente al giudice di fronte al quale si forma al prova, e nei successivi gradi di giudizio può essere oggetto di valutazione solo la motivazione con cui sia stata accolta o rigettata l'eccezione (Cass. Sez. 1, n. 22204 del 31.5.2005).

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

¹⁴ Quando si ritenga di disporre una consulenza tecnica volta a valutare la capacità a testimoniare di un minore offeso, di norma ripetibile e comunque "attualizzabile" nel corso delle altre fasi processuali, deve essere attentamente valutato il rischio conseguente alla *discovery* anticipata. Del pari deve essere attentamente valutato l'eventuale ricorso all'incidente probatorio *immediato* (ovvero prima ed a prescindere dalla audizione unilaterale del pubblico ministero), che se, in astratto ha il pregio di contrarre il numero delle audizioni cui deve essere sottoposta la vittima, ha in concreto l'effetto di produrre ex art. 393 comma 2 bis c.p.p. il deposito di tutti gli atti compiuti fino ad allora con pregiudizio dell'eventuale attività investigativa a sorpresa ed anche della incolumità della vittima se si procede in assenza di cautele.

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

La eventuale previsione della sanzione dell'inutilizzabilità in caso di violazione delle regole dell'esame testimoniale si risolverebbe, infatti, nella introduzione di un caso di esclusione probatoria particolarmente insidioso, in quanto idoneo ad espungere dal processo dati dichiarativi essenziali.

Inoltre la sanzione in questione non appare compatibile con la natura dell' "evento" testimonianza che è un evento progressivo e non istantaneo, sicché la esclusione di parti del dichiarato renderebbero di complessa gestione l'apporto testimoniale, che verrebbe privato della dovuta consequenzialità.

Da salutare con favore sono invece le sollecitazioni all'approfondimento delle valutazioni dell'attendibilità, spesso sbrigative proprio in punto di analisi degli effetti di possibili suggestioni. Tanto premesso, non può non essere rilevato che il progresso della psicologia della testimonianza e le richiamate aperture della giurisprudenza di legittimità circa la valutazione delle ricadute sull'attendibilità delle suggestioni derivanti dalle interazioni con l'intervistatore, impongono una seria riflessione sulle prassi di audizione dei testi, in genere, e della vittima vulnerabile in particolare.

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

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

In tale settore appare virtuoso il percorso avviato dal Laboratorio Permanente sull'Esame Incrociato¹⁵, finalizzato all'individuazione dei nodi critici dei processi di formazione della prova dichiarativa ed all'impegno verso il loro superamento attraverso la ricerca di prassi condivise tra magistrati ed avvocati nella gestione dell'esame (particolare attenzione nell'ambito del L.A.P.E.C è dedicata proprio alla formazione della prova dichiarativa del teste cd. "debole").

3. La valutazione della prova dichiarativa proveniente dalla vittima vulnerabile

3.1. La progressione dichiarativa

Il dato che non appare considerato dalla normativa italiana (e che per la verità non risulta adeguatamente preso in c adeguata considerazione dalla giurisprudenza) è la circostanza che le dichiarazioni accusatorie della vittima di un trauma spesso non si esauriscono in un'unica soluzione, ma si sviluppano attraverso un complesso percorso di svelamento che dalla prima dichiarazione di denuncia prosegue attraverso le dichiarazioni rese nelle altre fasi processuali.

Le dichiarazioni accusatorie provenienti da vittime traumatizzate difficilmente sono immediatamente esaustive.

Esse emergono a seguito di faticosi itinerari di rivisitazione e superamento del trauma patito. In genere tali dichiarazioni sono emesse nella inconsapevolezza degli effetti processuali che producono. Appaiono dunque frammentarie, simboliche, non veritiere (per timore, vergogna, soggezione, induzione). E' raro che la vittima conceda immediatamente ed in un'unica soluzione la

¹⁵ Il LAPEC è un'associazione culturale che si è costituita a Siracusa nell'anno 2008 presso l'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali: ha come scopo lo studio e l'approfondimento delle problematiche giuridiche connesse all'esame incrociato nel processo penale. L'associazione ha elaborato delle "Linee Guida" a cura di Giovanni Canzio, Bruno Cherchi e Carmela Parziale all'esito dei lavori del Convegno di Venezia del 5 e 6 marzo 2010.

intera rappresentazione dei fatti per cui si procede, dato che essa dovrà confrontarsi con gli effetti del trauma primario denunciato e con gli esiti del trauma (secondario) scaturente dal processo.

Le dichiarazioni rese saranno dunque condizionate dall'affidamento (o dal rifiuto) che la vittima maturerà nei confronti dell'autorità procedente durante un percorso giudiziario che si intreccerà e confonderà con quello psicologico di rielaborazione e superamento del trauma da reato.

La progressione in questione si articola spesso attraverso dichiarazioni non sovrapponibili, che valutate con alcuni parametri di giudizio spesso utilizzati nella prassi relativa alla valutazione della attendibilità, potrebbero anche condurre ad una valutazione giudiziale negativa.

In realtà il tratto specifico del dato dichiarativo proveniente dall'offeso traumatizzato è proprio la dichiarazione per stadi successivi, che ripercorre e visualizza anche il percorso interiore di affidamento (o piuttosto di rifiuto) della vittima alla giurisdizione.

La progressione dichiarativa della vittima di un trauma da reato dovrebbe pertanto essere valutata nel suo complesso ed il giudizio sull'attendibilità del dichiarato dovrebbe essere una valutazione d'insieme che comprenda tutti gli stadi di tale percorso.

Al riguardo deve essere rilevato che il sistema italiano non consente - ad oggi - la piena valorizzazione processuale di tale percorso ai fini della valutazione della attendibilità, se non attraverso il meccanismo delle contestazioni.

La scelta per il rito accusatorio impone infatti di dare il massimo rilievo alle dichiarazioni rese in contraddittorio e di relegare nel campo dell'utilizzo a fini di valutazione della credibilità, attraverso le contestazioni, le dichiarazioni predibattimentali.

La conformazione progressiva del dichiarato della vittima che si è appena evidenziato "aggrava il valore delle contestazioni in punto di valutazione della credibilità. Ma per essere effettive tali contestazioni devono essere effettuate con verbali realmente riproducibili del dichiarato..

Tuttavia solo l'analisi dell'attendibilità complessiva del percorso dichiarativo compiuto, consentirà al giudice di effettuare la valutazione (non approssimativa) della *credibilità* delle accuse.

Si rileva che anche quando il materiale raccolto nel corso delle indagini sia documentato in modo da consentirne la piena "fruibilità" alle difese, la struttura del rito consente solo al giudice dell'udienza preliminare la cognizione integrale del dichiarato raccolto.

Al giudice del dibattimento ne è precluso invece l'utilizzo. Anche qualora si disponga di videoregistrazione, la stessa resta una modalità di documentazione, ed i supporti audio-video non possono essere considerati documenti, dunque non possono entrare nel fascicolo del dibattimento.

In quel fascicolo, le uniche dichiarazioni rilevanti sono quelle rese in contraddittorio formale tra le parti, mentre l'eventuale videoregistrazione potrebbe, al più, essere fatta visionare al giudice, con l'adattamento del meccanismo della lettura non acquisitiva, prevista dall'art. 500 comma 2 c.p.p. in sede di contestazione (effettuabile sia in dibattimento, che in incidente probatorio) restando formalmente fuori dal materiale utilizzabile come prova.

Il che se è un apporto conoscitivo da non sottovalutare (il percorso di svelamento emergerebbe comunque dal materiale osteso durante le contestazioni) presenta degli evidenti limiti.

Infatti se la ostensione avviene in sede di incidente probatorio non può essere adeguatamente valutata dal giudice della cognizione. Considerato che non è prevista la acquisizione al fascicolo processuale del materiale utilizzato per le contestazioni, al giudice del dibattimento non resterà che prendere atto della ostensione, senza potere esaminare le videoregistrazioni, esibite solo al giudice "supplente" dell'incidente probatorio.

Le sollecitazioni della Corte regolatrice italiana alla creazione di atti di indagine "fruibili", che consentano il contraddittorio "differito", in materia di formazione della prova dichiarativa "debole" sono in linea con la esposta tendenza - presente nei paesi di *common law* e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - ad avvicinare il rito accusatorio alle esigenze dell'accertamento processuale, assegnando il giusto valore alle dichiarazioni extradibattimentali (scritte ed - auspicabilmente - videoregistrate), senza ledere il principio del "giusto processo" di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

3.2. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di testimonianza “debole”

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

L'art. 6, dal canto suo, esige che gli interessi della difesa siano messi in bilanciamento con quelli delle vittime testimoni¹⁶. Le misure prese per proteggere le vittime devono infatti conciliarsi con i diritti della difesa e controbilanciare i sacrifici imposti a quest'ultima¹⁷.

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

Nei casi specificamente portati alla sua attenzione la Corte ha, ad esempio, ritenuto l'equità del processo quando l'imputato, pur senza ottenere la comparizione personale e l'esame diretto del minore, abbia comunque avuto una adeguata opportunità di esercitare il suo diritto di difesa, in virtù della possibilità, conferita al difensore, di porre domande attraverso un ufficiale di polizia in occasione dell'escussione della vittima nel corso delle indagini preliminari, e di contestarne la credibilità nell'ambito del dibattimento, in cui era stata mostrata la registrazione audiovisiva dell'assunzione di informazioni da parte della polizia (sentenza nel caso S.N. c. Svezia del 2.7.2002).

Particolarmente rilevante, in quanto il caso ha consentito alla Corte di Strasburgo di pronunciarsi sulla equità di un procedimento fondato su dichiarazioni assunte con le forme dell'incidente probatorio è il contenuto della decisione (di irricevibilità) nel caso Accardi e altri c. Italia del 20.1.2005, già citata. In questo caso il teste ascoltato era un minore al quale le domande erano state poste da un perito e non dal giudice.

I giudici europei hanno in tal caso ritenuto che la attuazione del contraddittorio, attraverso la posizione di domande effettuata dalle parti a mezzo dell'ausiliario del giudice, con le modalità previste per la protezione del minore, non è idoneo a comprimere i diritti della difesa in modo incompatibile con le garanzie dell'art. 6 della Convenzione: pertanto non ha ritenuto iniquo il procedimento fondato, anche in via esclusiva e determinante, su quelle dichiarazioni.

Diversamente la Corte europea si è orientata in materia di testimonianza anonima ritenendo d'obbligo il depotenziamento probatorio della prova (ritenuta ammissibile e di recente introdotta nel

¹⁶ C.Edu (dec.), *Oyston c. Regno Unito*, 22.1.2002; (sent.), *Van Mechelen e Altri*, 23.4.1997, § 53; (sent.), *Doorson c. Paesi Bassi*, 26.3.96, § 70.

¹⁷ C.Edu, *V.D. c. Romania*, (sent) 16.2.2010, § 112; *Accardi e altri c. Italia*, (dec) 20.1.2005; *Lemasson e Achat c. Francia*, 14.1.2003; *S.N. c. Svezia*, (sent) 2.7.2002, § 47.

nostro ordinamento solo in relazione alle persone impegnate in operazioni sotto copertura¹⁸) che non può fondare in modo esclusivo o determinante la sentenza di condanna¹⁹.

3.3. La valutazione del testimone debole nella giurisprudenza della Corte di cassazione

3.3.1. La valutazione delle dichiarazioni della vittima e del minore in particolare

La nostra Corte di legittimità, circa la valutazione delle dichiarazioni degli offesi, ha in più occasioni ribadito come le dichiarazioni provenienti dalla vittima possono essere poste anche *da sole* a base della decisione, precisando tuttavia che, in tal caso, il vaglio di attendibilità deve essere particolarmente attento e va effettuato conducendo una indagine positiva circa la credibilità oggettiva e soggettiva, che tenga conto degli altri elementi emergenti dalle indagini.²⁰

¹⁸ L'art. 8 della L. 13 agosto 2010, n. 136, ha introdotto importanti innovazioni nel codice di procedura penale e nelle relative disposizioni di attuazione. Viene di fatto introdotto, nel nostro sistema processuale (attraverso la modifica dell'art. 497 c.p.p. dell'art. 115 disp att. c.p.p. e dell'art. 147 bis disp att. c.p.p.), uno "statuto speciale" applicabile al personale di polizia giudiziaria e ai suoi collaboratori privati che sono stati impegnati in attività sotto copertura. Si tratta di una disciplina eccezionale che impone: di menzionare esclusivamente l'identità fittizia assunta dai soggetti in questione nelle annotazioni redatte dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari; di indicare soltanto le medesime generalità di copertura nell'esame dibattimentale e nelle ulteriori deposizioni effettuate dai predetti soggetti in ogni stato e grado del procedimento; di procedere all'esame dibattimentale con le cautele idonee ad evitare che il volto di tali soggetti sia visibile e, di regola, con il mezzo della videoconferenza.

¹⁹ In materia di testimoni anonimi, la Corte ha precisato che la Convenzione non impedisce di fondarsi, durante le indagini preliminari, su testi anonimi, ma l'utilizzazione ulteriore delle loro dichiarazioni può sollevare problemi ex art. 6 C.Edu *Windisch c. Austria*, 27.9.1990, (sent.) § 30; *Kostovski c. Paesi Bassi*, (sent.) 20.11.1989, § 44). Tale utilizzazione, tuttavia, non è in ogni circostanza incompatibile con la Convenzione: C.Edu *Krasniki c. Repubblica ceca*, (sent.) 28.2.2006, § 76; *Birutis e altri c. Lituania*, (sent.) 28.3.2002, § 29; *Doorson c. Paesi Bassi*, (sent.) 26.3.96, § 69). Anche se giustificato, il mantenimento dell'anonimato di un testimone sottopone la difesa a difficoltà inusuali (ad es., essa non può contestare la credibilità del testimone sulla base dei suoi antecedenti). Esso, tuttavia, non viola l'art. 6 §§ 1 e 3 d) CEDU se le autorità giudiziarie hanno seguito una procedura suscettibile di compensare i sacrifici imposti alla difesa (C.Edu *Sapunarescu c. Germania*, (dec.) 1.9.2006; *Krasniki c. Repubblica ceca*, (sent.) cit. § 76; *Birutis e altri c. Lituania*, (sent.) cit. § 29; *Van Mechelen e Altri*, (sent.) 23.4.1997, § 54; *Doorson c. Paesi Bassi*, (sent.) 26.3.96, §§ 72-75. Tuttavia, anche in presenza di tali compensazioni procedurali, una condanna non può fondarsi unicamente, o in misura determinante, sulle dichiarazioni di testimoni anonimi: C.Edu, *Krasniki c. Repubblica ceca*, (sent.) cit. §§ 76 e 84; *Visser c. Paesi Bassi*, (sent.) 14.2.2002, §§ 43 e 50; *Birutis e altri c. Lituania*, (sent.) cit. §§ 29 e 31; *Van Mechelen e Altri*, (sent.) 23.4.1997, § 55), e le dichiarazioni di questi ultimi devono essere trattate con estrema prudenza (C.Edu *Sapunarescu c. Germania*, (dec.) cit.; *Krasniki c. Repubblica Ceca*, (sent.) cit., § 77; *Visser c. Paesi Bassi*, (sent.) 14.2.2002, § 44; *Doorson c. Paesi Bassi*, (sent.) cit., § 76). Nel determinare se le procedure seguite per l'interrogatorio di un testimone anonimo abbiano controbilanciato le difficoltà imposte alla difesa, un peso adeguato alla decisività della testimonianza anonima; se essa non è stata decisiva, la difesa ha subito pregiudizi molto minori (C.Edu *Krasniki c. Repubblica ceca*, (sent.) cit. § 79; *Visser c. Paesi Bassi*, (sent.) cit. § 46; *Kok c. Paesi Bassi*, (dec.) 4.7.2000). L'imputato non deve essere privato della possibilità di « testare » la credibilità dei testimoni anonimi (ad es., ponendo loro domande e/o verificando la modalità con le quali le dichiarazioni anonime erano state ottenute: cfr. C.Edu (sent.), *Krasniki c. Repubblica ceca*, (sent.) cit. § 76; *Birutis e altri c. Lituania*, (sent.) cit. §§ 29 e 33-34; *Kostovski c. Paesi Bassi*, (sent.) 20.11.1989, § 42). Se i testimoni di cui intende mantenere l'anonimato appartengono alle forze di polizia, la Corte osserva che i membri di tali forze si trovano in posizione diversa rispetto ai testimoni disinteressati ed alle vittime, in quanto hanno un dovere generale di obbedienza alle autorità esecutive e dei legami con il pubblico ministero; di conseguenza, essi possono essere utilizzati come testimoni anonimi solo in circostanze eccezionali (C.Edu *Van Mechelen e Altri*, (sent.) cit. § 56, ove la precisazione che è « nella natura delle cose » che tra i doveri di un agente di polizia dotato del potere di procedere ad un arresto rientra quello di testimoniare in udienza pubblica). Cionondimeno, a condizione che i diritti della difesa siano rispettati, le autorità possono legittimamente conservare l'anonimato di un agente impiegato in attività segrete o di infiltrazione in ambienti criminali, tanto per preservare la sua incolumità e quella della sua famiglia, quanto per non compromettere la sua utilizzazione in operazioni future (C.Edu *Van Mechelen e Altri*, (sent.) cit. § 57, e *Lüdi c. Svizzera*, (sent.) 15.6.1992, § 49).

²⁰ Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 3348 del 13/11/2003 Ud.* (dep. 29/01/2004) Rv. 227493; Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 3348 del 13/11/2003 Ud.* (dep. 29/01/2004) Rv. 227493; Cass. Sez. 6, *Sentenza n. 33162 del 03/06/2004 Ud.* (dep. 02/08/2004) Rv. 229755; Cass. Sez. 4, *Sentenza n. 30422 del 21/06/2005 Ud.* (dep. 10/08/2005) Rv. 232018; Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 34110 del 27/04/2006 Ud.* (dep. 12/10/2006) Rv. 234647.

Il controllo deve essere poi particolarmente penetrante quando il teste in questione è un minore offeso da reati sessuali²¹.

La idoneità delle dichiarazioni dell'offeso a fondare da sole la condanna può attenuarsi secondo la nostra Corte di legittimità, quando l'offeso è costituito parte civile e vanta un interesse economico in conflitto con quello dell'imputato. In tal caso il controllo di attendibilità può richiedere un maggiore controllo e rendere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi²². L'opportunità di tali verifiche non è presa in considerazione in caso di emissione di misure cautelari: in tale caso il quadro indiziario può prescindere dai "riscontri"²³.

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

Tale testimonianza non può non distinguersi da quella del teste indifferente (ad es. il teste oculare che interviene nei pressi della scena del delitto e osserva, per avventura, alcuni elementi utili al giudizio).

Mentre per teste-offeso la riedizione del fatto in sede testimoniale è traumatica il teste-indifferente presenta solo problemi di valutazione dell'attendibilità connessi alla caducità del ricordo in relazione ad elementi "neutri" per lui.

Si tratta evidentemente di testimonianze diverse ed solo in relazione alla prima si pone un problema di bilanciamento con i diritti di difesa dell'imputato.

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

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

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

²¹ Cass. Sez. 3, Sentenza n. 29612 del 05/05/2010 Ud. (dep. 27/07/2010) Rv. 247740; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 42984 del 04/10/2007; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 39994 del 26/09/2007 Ud. (dep. 29/10/2007) Rv. 237952; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5003 del 07/11/2006 Ud. (dep. 07/02/2007) Rv. 235649; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 23278 del 06/04/2004 Ud. (dep. 19/05/2004) Rv. 229421; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 43303 del 18/10/2001 Ud. (dep. 03/12/2001) Rv. 220362.

²² Cass. Sez. 1, Sentenza n. 29372 del 24/06/2010 Ud. (dep. 27/07/2010) Rv. 248016: "*La deposizione della persona offesa può essere assunta, anche da sola, come prova della responsabilità dell'imputato, purché sia sottoposta a vaglio positivo circa la sua attendibilità e senza la necessità di applicare le regole probatorie di cui all'art. 192, commi terzo e quarto, cod. proc. pen., che richiedono la presenza di riscontri esterni; tuttavia, qualora la persona offesa si sia anche costituita parte civile e sia, perciò, portatrice di pretese economiche, il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso rispetto a quello generico cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone e può rendere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi*"; nello stesso senso Cass. Sez. 6, Sentenza n. 33162 del 03/06/2004 Ud. (dep. 02/08/2004) Rv. 229755.

²³ Cass. Sez. 5, Sentenza n. 27774 del 26/04/2010 Cc. (dep. 16/07/2010) Rv. 247883. "*In tema di misure cautelari personali, le dichiarazioni accusatorie della persona offesa, ancorché costituita parte civile, possono integrare i gravi indizi necessari per l'applicazione della custodia cautelare in carcere - nella specie in ordine al delitto di cui all'art. 612-bis cod. pen. - senza necessità di riscontri oggettivi esterni ai fini della valutazione di attendibilità estrinseca. (La Corte ha riaffermato che la valutazione del giudice deve essere, in ogni caso, caratterizzata da rigore e prudenza)*".

La rilevanza delle valutazioni dei dati di contesto e della loro relazione di compatibilità con le dichiarazioni della vittima è particolarmente evidente nella giurisprudenza che si occupa della valutazione delle dichiarazioni provenienti da minori presunte vittime di abusi sessuali.

La giurisprudenza ha in tali casi legittimato la valutazione giudiziale del *setting* dell'audizione²⁴. Come anche dei fenomeni di contagio dichiarativo²⁵.

Quando il teste è in età prepubere la Cassazione fornisce esplicite indicazioni circa la necessità che la valutazione relativa alla sua testimonianza sia effettuata anche prendendo in esame gli esiti di accertamenti tecnici di natura psicologica sul minore²⁶.

Questi tuttavia non devono mai trasmodare in valutazioni giudiziali, ma devono limitarsi a valutare la capacità a testimoniare del minore e il suo stato psicologico ai fini delle successive valutazioni giudiziali sulla attendibilità²⁷. In particolare potranno essere analizzati la disponibilità alla suggestione ed alla affabulazione anche con specifico riferimento ad alcune relazioni personali qualificate, alla presenza di stati psicologici influenti nella gestione della valutazione giudiziale, alla esistenza di stati traumatici, con espresso divieto della loro riconduzione ad eventi traumatici specifici²⁸.

Dovrà con cura essere evitato di affidare all'esperto valutazioni di compatibilità dello stato psichico rilevato con eventuali fatti di reato.

L'esistenza o non esistenza del comportamento deviante oggetto del giudizio è un fatto che deve essere ricondotto rigorosamente alla competenza dei magistrati.

²⁴ Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 4069 del 17/10/2007* Ud. (dep. 28/01/2008) Rv. 238543: *“È affetta dal vizio di manifesta illogicità, la motivazione della sentenza nella quale la valutazione sulla credibilità ed attendibilità delle dichiarazioni del minore, vittima di abusi sessuali, venga compiuta esclusivamente riferendosi alla intrinseca coerenza interna del racconto, senza tenere adeguatamente conto di tutte le circostanze concrete che possono influire su tale valutazione”*.

²⁵ Sul punto particolarmente significativa è la sentenza cass. Sez. 3, *Sentenza n. 29612 del 05/05/2010* Ud. (dep. 27/07/2010) Rv. 247740 nella cui massima si legge: *“La valutazione delle dichiarazioni testimoniali del minore persona offesa di reati sessuali presuppone un esame della sua credibilità in senso onnicomprensivo, dovendo tenersi conto a tal riguardo dell'attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare, della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni”*. Nello stesso senso la nota sentenza Sez. 3, *Sentenza n. 37147 del 18/09/2007* Cc. (dep. 09/10/2007) Rv. 237554, Scancarello

²⁶ Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 5003 del 07/11/2006* Ud. (dep. 07/02/2007) Rv. 235649: *“In tema di reati contro la libertà sessuale, la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minorenni deve contenere un esame sia dell'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo esatto, ovvero di recepire le informazioni, raccordarle con altre e di esprimerle in una visione complessa, sia della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne che hanno regolato le sue relazioni con il mondo esterno”*.

²⁷ Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 5003 del 07/11/2006* Ud. (dep. 07/02/2007) Rv. 235649. *“In tema di dichiarazioni rese dal teste minore vittima di abusi sessuali, mentre, al fine di valutare l'attitudine a testimoniare, ovvero la capacità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione complessa, può farsi ricorso ad indagine tecnica che fornisca al giudice i dati inerenti al grado di maturità psichica dello stesso, nessun accertamento tecnico è consentito quando si tratti di valutare l'attendibilità della prova; tale operazione rientra, infatti, nei compiti esclusivi del giudice, che deve esaminare il modo in cui il minore abbia vissuto e rielaborato la vicenda, in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna”*.

²⁸ Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 24248 del 13/05/2010* Ud. (dep. 24/06/2010) Rv. 247285: *In tema di reati contro la libertà sessuale, la valutazione del contenuto delle dichiarazioni della persona offesa minorenni deve contenere un esame sia dell'attitudine psicofisica del teste ad esporre le vicende in modo esatto, ovvero di recepire le informazioni, raccordarle con altre e di esprimerle in una visione complessa, sia della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne che hanno regolato le sue relazioni con il mondo esterno.*

In linea con la netta demarcazione delle competenze tra tecnici e magistrati si pone anche quella giurisprudenza della Corte di legittimità che stabilisce la non incidenza del mancato rispetto nell'ambito degli eventuali accertamenti tecnici disposti di linee guida condivise dagli esperti di settore²⁹.

Se il minore è in età adolescenziale la Cassazione evidenzia, peraltro, la non necessità del ricorso all'indagine psicologica se non emergano circostanze e particolari che inducano ad effettuarla nel caso concreto³⁰.

3.3.2. *La valutazione delle dichiarazioni de relato. L'ipotesi del silenzio in contraddittorio del teste vulnerabile e del minore in particolare*

Di rilievo, nella gestione processuale dei processi fondati su prova dichiarativa di vittima vulnerabile è la valutazione delle testimonianze *de relato*.

Deve essere chiarito che secondo il costante orientamento della Corte di cassazione, se non viene attivato il meccanismo previsto dall'art. 195 c.p.p., ovvero se nessuna delle parti sollecita la deposizione del teste "diretto" le dichiarazioni dei testi di riferimento devono considerarsi utilizzabili.

La Corte di legittimità ritiene infatti che l'imputato abbia in tal modo rinunciato, seppur in modo implicito, alla audizione del teste diretto consentendo la formazione della prova in conformità con i principi enunciati nell'art. 111 della Carta³¹.

²⁹ Sez. 3, Sentenza n. 20568 del 10/04/2008 Ud. (dep. 22/05/2008) Rv. 239879: *I principi posti, in tema di esame testimoniale dei minorenni parti offese nei reati di natura sessuale, dalla cosiddetta "Carta di Noto", lungi dall'aver valore normativo, si risolvono in meri suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso, come illustrato nelle premesse della Carta medesima. (Nella specie la Corte ha rigettato il ricorso avanzato, ex art. 606, comma primo, lett. e), cod. proc. pen. sul presupposto, tra gli altri, della prospettata assunzione della testimonianza con modalità ritenute contrastanti con detti principi).*

³⁰ Cass. Sez. 3, Sentenza n. 44971 del 06/11/2007 Ud. (dep. 04/12/2007) Rv. 238279: *In tema di valutazione della testimonianza del minore persona offesa del reato di violenza sessuale, non ricorre la necessità di indagine psicologica in relazione alle dichiarazioni di persona adolescente, la cui naturale maturazione è connessa all'età, ove si possa escludere la presenza di elementi, quali una particolare predisposizione all'elaborazione fantasiosa o alla suggestione, tali da rendere dubbio il narrato.*

³¹ Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2001 del 13/11/2007 Ud. (dep. 15/01/2008) Rv. 238848, nella motivazione della quale si legge: *"È pacifico che tutte le parti avevano espressamente rinunciato a sentire direttamente la teste di riferimento, per evitare alla minore traumi psichici per lei insopportabili. In questo caso, quindi, va affermata d'ufficio l'indubbia utilizzabilità delle testimonianze indirette ex art. 195 c.p.p.. Vero è che una dottrina autorevole, ma minoritaria, reputa che sia vietata l'utilizzazione della testimonianza indiretta ogni qual volta non sia stata assunta la testimonianza diretta del teste di riferimento, salvi i casi eccezionali tassativamente previsti in cui l'esame del teste di riferimento risulti impossibile per morte, infermità o irripetibilità. Contro questa tesi rigorista, però, militano più argomenti, di carattere logico, sistematico e storico: a) anzitutto le disposizioni dell'art. 195 c.p.p., commi 3 e 7 vietano la utilizzazione delle testimonianze indirette solo nel caso in cui il giudice, richiesto da una delle parti, non abbia disposto l'assunzione della testimonianza diretta (comma 3) o nel caso in cui il testimone indiretto non abbia voluto o potuto indicare la persona da cui aveva appreso la notizia (comma 7). Secondo il brocardo ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit si deve concludere che il legislatore non ha voluto estendere l'inutilizzabilità della testimonianza indiretta a ipotesi diverse da quelle espressamente previste. In altri termini, poiché le disposizioni dei predetti commi 3 e 7 configurano norme eccezionali rispetto al principio di libertà della prova, desumibile dall'art. 189 c.p.p., e al principio della generale ammissibilità della prova testimoniale, desumibile dall'art. 194 c.p.p., a norma dell'art. 14 delle preleggi, le stesse disposizioni non possono applicarsi oltre i casi in esse considerati; b) in secondo luogo, quest'ultima interpretazione ha anche l'avallo della Relazione al progetto preliminare del codice, soprattutto laddove precisa che "resta salva, invece, la legittimità della testimonianza indiretta quando manchi la richiesta di parte e il giudice ritenga di non attingere alla fonte diretta delle informazioni" (pag. 62); c) siffatta interpretazione da una parte è confermata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24/1992, dall'altra è perfettamente in linea con la formulazione del novellato art. 111 Cost., comma 5, secondo cui la formazione della prova può aver luogo senza il contraddittorio delle*

Problemi particolari si pongono quanto il teste di riferimento è un minore che potrebbe patire dalla audizione un trauma significativo “da processo”.

La giurisprudenza della Corte di cassazione è orientata nel senso di dare rilievo al trauma da testimonianza sempre che lo stesso possa essere inquadrato in un *danno* seppur transeunte alla salute e non in un mero *disagio*. Se così fosse, nessun teste vulnerabile dovrebbe infatti mai essere udito. Per la prova della critica situazione psichica del teste minore e gli effetti negativi della audizione testimoniale, la Corte fa espresso riferimento alla opportunità che la situazione psicologica del teste minore sia valutata da un esperto competente.³²

Dunque al consulente o al perito eventualmente nominato dovrà essere espressamente richiesto di indicare quali potrebbero essere gli effetti sullo stato di salute del minore di un audizione giudiziale. Quando il teste minore *chiamato* a deporre si rifiuti di rispondere, la condizione per la utilizzabilità delle dichiarazioni *de relato* si ritiene comunque verificata: il teste diretto è stato infatti *chiamato* a deporre come richiesto dalla norma ed a nulla rileva ai fini della utilizzabilità delle testimonianze indirette che egli si sia rifiutato di rispondere.

Sul punto una significativa sentenza della Corte di Cassazione ha chiarito che le dichiarazioni *de relato* non sono “indizi” e come tali non devono essere valutate, ma sono comunque delle prove storiche rappresentative dei fatti narrati ed in particolare del fatto di cui i testi sono relatori mediati. La sentenza in questione contrapponendosi fermamente a precedente indirizzo afferma che – poste le necessarie cautele per la valutazione dell’attendibilità – deve essere chiaro che “*il carattere indiretto della testimonianza si riferisce alla mediazione personale rispetto al fatto conosciuto e non già alla mediazione logica che caratterizza la prova indiziaria*”.

Pertanto le dichiarazioni indirette devono essere configurate “*al pari di ogni altra prova storica come rappresentazione dello stesso fatto determinato che si assume di voler provare, sia pure*

parti quando vi sia il consenso dell'imputato. Infatti, la mancata richiesta dell'imputato di chiamare a deporre il teste di riferimento, e più ancora la sua espressa rinuncia (com'è avvenuto nel caso di specie), possono essere interpretate come consenso alla utilizzabilità delle testimonianze indirette, ovvero sia come rinuncia a sentire il teste diretto sotto il controllo dibattimentale incrociato; d) infine, sotto un profilo logico, la tesi rigorista qui criticata finirebbe per vanificare sostanzialmente l'istituto processuale della testimonianza indiretta, che pure è previsto dall'ordinamento, giacché in assenza della testimonianza diretta quella indiretta non potrebbe essere utilizzata, mentre in presenza della testimonianza diretta essa, nella maggior parte dei casi, perderebbe o vedrebbe comunque sminuito il suo valore probatorio”.

³² Cass. Sez. 3, Sentenza n. 30964 del 11/06/2009 Ud. (dep. 24/07/2009) Rv. 244939 “Sono utilizzabili le deposizioni “*de relato*” aventi ad oggetto le dichiarazioni rese dal minore vittima di reati sessuali ove all’esame di questi non si faccia luogo in ragione dell’accertamento di possibili danni, anche transeunti, alla sua salute, collegati all’assunzione dell’ufficio testimoniale, non essendo di contro sufficiente la previsione di un mero disagio da essa derivante”. In parte motiva la Corte precisa “Il codice prevede numerose norme finalizzate ad evitare che la parte lesa sia vittima, oltre che del reato, anche dello stesso giudiziario. Nonostante le predisposte cautele, in molti casi di abuso sessuale ai danni di minori, non si assume la fonte diretta di conoscenza con una interpretazione estensiva dell’art. 195 c.p.p., comma 3 (vietata trattandosi di eccezione ad una regola generale) ed annoverando nella nozione di infermità la naturale fragilità del piccolo per il comprensibile timore che possa subire vittimizzazioni secondarie dalla audizione processuale. A tale previsione si sono riferiti i Giudici di merito anche se non hanno compiutamente esplicitato il loro pensiero e non hanno indicato il referente normativo. Il tema è di particolare delicatezza perché coinvolge il diritto dello imputato a confrontarsi con il suo accusatore, garantito dalla Carta Fondamentale, ed il diritto della giovane vittima alla salute, anche esso di rilevanza costituzionale. Dal momento che il processo in sé è portatore di sofferenza per i bambini (e per gli adulti), la testimonianza del minore non può essere esclusa sulla base della mera previsione che la audizione possa produrgli un disagio; se così fosse, mai nessun bambino dovrebbe essere sentito in ambito giudiziario. Di conseguenza, la Corte (consapevole che la problematica ha trovato variegate soluzioni nella giurisprudenza di legittimità) ritiene che la regola aurea del processo penale, per cui la prova si forma in contraddittorio tra le parti, possa essere violata, anche nel caso in esame solo in presenza di gravi ragioni ostative alla acquisizione della fonte diretta. Si può, quindi, prescindere dal contributo narrativo del minore laddove un professionista competente, con un motivato parere, segnali che il piccolo ha una personalità così fragile da potersi equiparare ad infermità oppure evidenzi la possibilità di insorgenza di danni, anche transeunti, alla salute del bambino, collegati alla testimonianza”.

*soggettivamente mediata attraverso il testimone indiretto e non già come una prova logica o indizio che ha per oggetto un fatto diverso dal quale si può logicamente dedurre il fatto determinato che deve essere accertato*³³.

Diversa è la questione della possibilità di fondare la condanna (in abbreviato) su dichiarazioni di un minore che si sia rifiutato di rispondere nell'audizione in contraddittorio. Al riguardo il parametro legislativo di riferimento è la regola di valutazione contenuta nell' art. 526 bis c.p.p.

Si segnala al riguardo un rilevante intervento della Corte di legittimità che ha ritenuto, nel caso concreto che il rifiuto del minore di rispondere data la giovane età del teste (minore di 10 anni) non fosse riconducibile ad una scelta libera e cosciente ed a una volontà altrettanto cosciente, con conseguente inapplicabilità della regola di inutilizzabilità sopra richiamata³⁴.

3.3.3 *L'incidente ex art. 500 comma IV c.p.p. e la ritrattazione.*

La rilevanza delle dichiarazioni accusatorie provenienti dall'offeso e la sua naturale vulnerabilità, spesso riconducibile alla relazione di soggezione che lo lega all'imputato, rendono frequente il fenomeno della ritrattazione, sia in fase investigativa che in fase dibattimentale (come anche nel corso dell'incidente probatorio)³⁵.

Se la ritrattazione si traduce nella rimessione di querela, ne consegue il difetto della condizione di procedibilità in relazione a tutti i reati non perseguibili d'ufficio.

Per questi ultimi si pone invece un serio problema di valutazione dell'attendibilità della testimonianza "modificata", e la necessità di valutare l'eventuale ricorso alla acquisizione delle dichiarazioni assunte nella fase investigativa ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p..

Quando la ritrattazione si verifica in dibattimento è infatti onere del giudice la verifica delle cause del comportamento del testimone quando vi sia il dubbio che la testimonianza dibattimentale non

³³ Cass. Sez. 3, Sentenza n. 9801 del 29/11/2006 Ud. (dep. 08/03/2007) Rv. 236005: *"La testimonianza "de relato" è inutilizzabile solo quando sulla richiesta di parte il giudice non chiami a deporre il teste diretto, ma quando il teste diretto, chiamato, non abbia risposto, non sussiste più alcuna limitazione al valore probatorio delle testimonianze indirette, che devono essere configurate, al pari di ogni altra prova storica, come rappresentazione dello stesso fatto che si assume di voler provare, sia pure soggettivamente mediata attraverso il testimone indiretto e non come prova logica o indizio, dal quale desumere un fatto diverso. (Fattispecie relativa alla testimonianza indiretta dei genitori in relazione ad abusi sessuali subiti dal figlio minore, che, chiamato a deporre nelle forme dell'incidente probatorio, non abbia risposto alle domande)"*.

³⁴ Cass. Sez. 3, Sentenza n. 21034 del 09/03/2004 Ud. (dep. 05/05/2004) Rv. 229040: *"La regola dell'inutilizzabilità contenuta nell'art. 526, comma primo-bis cod. proc. pen., secondo la quale la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore, non si applica in riferimento al caso in cui il minore, parte offesa di reati sessuali, sentito nel corso dell'incidente probatorio, si sia rifiutato di rispondere alle domande, dichiarando di aver riferito i fatti ad altra persona; infatti, in tale particolare situazione, non si può ritenere che il comportamento di un minore, soprattutto se inferiore ai dieci anni, sia stato determinato da una scelta libera e cosciente e da una volontà altrettanto cosciente"*

³⁵ Ci si chiede se la previsione della facoltà di rimettere la querela in relazione a reati che segnalano un serio pericolo per la vita dell'offeso, come quello di atti persecutori (art. 612 bis c.p.) sia compatibile con una tutela *effettiva* dei diritti delle vittime.

La necessità di depotenziare il ruolo della querela trova conferma, per quanto riguarda i procedimenti per il reato di traffico degli esseri umani, nel contenuto della direttiva approvata dal Parlamento europeo il 14 dicembre 2010 (COM (2010)0095-c7-0087/2010 –2010/0065(COD) che, all'art. 9, espressamente prevede che *"gli stati membri adottano le misure necessarie affinché le indagini o l'azione penale relative ai reati di cui agli artt. 2 3 non siano subordinate alle dichiarazioni o all'accusa formulate dalla vittima ed il procedimento penale possa continuare anche se la vittima ritratta le proprie dichiarazioni"*. Posizione questa di estremo rilievo: sia perché evidenzia la naturale inattendibilità della ritrattazione effettuata da alcune vittime (nella specie offese dal reato di tratta, dunque particolarmente vulnerabili in quanto ragionevolmente destinatarie di minacce e pressioni), sia perché invita a strutturare alcuni procedimenti penali in modo da non "centrarli" esclusivamente sulla testimonianza dell'offeso

sia frutto di una libera scelta, ma piuttosto di pressioni, intimidazioni o subornazione. Sul punto la giurisprudenza della Corte di cassazione ha fornito alcuni importanti indicazioni per l'effettuazione del giudizio previsto dall'art. 500 comma 4.

Si riportano sinteticamente alcuni punti fermi indicati dalla giurisprudenza della Suprema Corte in materia:

- la acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in fase investigativa dal testimone che risulta oggetto di minaccia offerta o promessa di denaro può essere disposta dal giudice anche *d'ufficio*, indipendentemente dalla richiesta delle parti (Cass. Sez. 6 n. 44491 del 9.10.2009, RV 245164, nonché Cass. sez. 3 n. 27582 del 15.6.2010, RV 248052),
- ai fini della acquisizione nel fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in fase investigativa gli "elementi concreti" da valutare non devono coincidere con gli elementi di prova necessari per una pronuncia di condanna, ma "*non possono risolversi in vaghe ragioni o in meri sospetti disancorati da qualunque dato reale ma devono consistere, secondo parametri correnti di ragionevolezza e persuasività, in fatti sintomatici della violenza o della intimidazione subita dal teste purchè connotati da precisione, obiettività e significatività*" (Cass. Sez. 1 n. 29421 del 9.5.2006, RV 235103; Cass. Sez. 6 n. 27042 del 18.2.2008, RV 245578);³⁶

Fermo dunque che il giudice nell'effettuare il giudizio sulla minaccia o subornazione deve fare riferimento ad uno *standard* di prova che *non* deve essere parificato a quello necessario per l'affermazione di responsabilità (pur essendo connotato da un convincente grado di ragionevolezza e persuasività), sono tuttavia emersi diversi problemi nella gestione del giudizio ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p., che non hanno trovato soluzioni univoche nella giurisprudenza della Suprema Corte.

In particolare si segnala:

- a) la questione della sufficienza dei dati emersi nel dibattimento - ed in particolare il *contegno* del teste - ai fini del giudizio in questione. Nello specifico risulta non univoca la valutazione circa la possibilità di fondare il giudizio di minaccia o subornazione (e la conseguente acquisizione dei verbali di dichiarazioni predibattimentali) sui soli dati emersi in dibattimento;
- b) la valutazione circa l'utilizzabilità delle dichiarazioni degli ufficiali di polizia giudiziaria che, nell'ambito del giudizio incidentale attivato per le verifiche ex art. 500 comma 4 c.p.p., riferiscono di dichiarazioni (rilevanti e non verbalizzate) provenienti da soggetti terzi utili ad inquadrare lo "stato" del teste ritrattante: l'utilizzo di tali dichiarazioni risulta problematico, stante il divieto di testimonianza indiretta posto dall'art. 195 comma 4 c.p.p.

Su primo punto si registrano due orientamenti della Corte di legittimità: un primo secondo il quale le condizioni per l'acquisizione dei verbali predibattimentali non va valutata con riferimento ai *sol*i fatti verificatisi in dibattimento, ma invece sulla base dei "*complessivi elementi di fatto*" presenti in atti (Cass. Sez. 3 n. 48140 dell'8.10.2009, RV 245414, nonché Cass. Sez. 3 n. 49579 del 4.11.2009; Cass. Sez. 1 n. 11203 del 2007, RV 236546); ed un secondo, in base al quale, invece, si ritiene che il giudizio in questione possa essere effettuato anche *solo* sulla base delle sole circostanze emerse in dibattimento (Cass. Sez. 2 n. 25069 del 19.5.2010, RV 247848). La divergenza delle interpretazione nasce dalla diversa valutazione del significato da attribuire alla locuzione "*anche* per le circostanze emerse nel dibattimento" contenuta nel comma 4 dell'art. 500 c.p.p.

Anche in relazione al secondo problema evidenziato, relativo all'utilizzo dei dati (anche dichiarativi) appresi dall'ufficiale di polizia giudiziaria, da questi non verbalizzati, né annotati, ma

³⁶ In particolare, in materia di violenza sessuale si segnala, inoltre, che la Suprema corte ha ritenuto "la riappacificazione" un elemento concreto idoneo a fondare il giudizio sulla non genuinità della deposizione dibattimentale, proprio in ragione di fatto che, in tale materia, la non rimettibilità della querela conduce ragionevolmente il teste minacciato non alla ritrattazione, ma piuttosto alla edulcorazione della testimonianza. (cass. sez. 3, n. 38109 del 3.10.2006, RV 235756).

solo “riferiti” in dibattimento emergono diverse prospettive. Da un lato, infatti la Corte ha evidenziato che l’ufficiale di polizia giudiziaria può riferire su quanto da lui *percepito* e non verbalizzato trattandosi di *fatti* da lui “*constatati de visu*” relativi allo stato di timore del teste (Cass. Sez. 2 n. 25069 del 19.5.2010, RV 247848): tale impostazione evidenzia il contenuto di osservazione di fatti e comportamenti da parte dell’ufficiale che assista a episodi indicativi dello stato di timore o subornazione del teste, lasciando in ombra il fatto che la testimonianza dell’ufficiale “traspone” in dibattimento dati di osservazione che hanno *anche* natura dichiarativa. Dall’altro ha invece ritenuto non utilizzabile la deposizione proprio perché effettuata in violazione dell’art. 195 comma 4 c.p.p. (Cass. Sez. 1 n. 11203 del 2007, RV 236546), in tal modo ipervalutando il contenuto squisitamente dichiarativo dei dati osservati (circa lo *stato* del teste) e poi riversati in dibattimento.

Particolarmente complesso è poi il ricorso alla acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali quando la testimonianza viene resa nel corso dell’incidente probatorio.

Al riguardo, si ritiene irragionevole che il procedimento incidentale che viene attivato quando il giudice ritiene necessario verificare la minaccia o la subornazione s’insedi in quello che è - a sua volta - un “incidente”, ovvero l’anticipazione del contraddittorio in fase investigativa.

Non sembra infatti che il giudice per le indagini preliminari abbia i poteri istruttori che caratterizzano il giudice del dibattimento nella gestione del procedimento ex art. 500 comma 4. c.p.p.

Di contro, si rileva che per il giudice del dibattimento soprattutto quando l’incidente probatorio non è documentato in forma aggravata, diventa difficile valutare la genuinità del dichiarato, di cui è indice anche (seppur non solo) il contegno extradichiarativo del teste nel corso della deposizione³⁷. E’ questa, peraltro, una delle conseguenze negative del sacrificio dell’oralità conseguente alla anticipazione del contraddittorio.

La Corte di legittimità, sul punto, ha tuttavia stabilito che il giudice per le indagini preliminari può, nell’ambito del giudizio cautelare *successivo* alla acquisizione della prova testimoniale in incidente probatorio, effettuare una valutazione delle risultanze investigative compiendo una *anticipata* valutazione non solo dell’attendibilità del teste, ma anche dell’esistenza di pressioni da questo patite che “*facciano prevedere la acquisizione in giudizio delle dichiarazioni rese al Pm o alla polizia giudiziaria ai sensi dell’at. 500 comma 4 c.p.p.*” (Cass. Sez. 6 n. 10680 dell’11.2.2009 Rv 243074, nonché Cass. Sez. 1, n. 31188 del 11/06/2004 Rv. 229797).

La legittimazione di questa “prognosi” in capo al giudice della cautela (nell’ambito del giudizio precognitivo sulla libertà), conferma che la “sede” della decisione sulla acquisizione del verbale di dichiarazioni raccolte in modo unilaterale, non possa che essere il dibattimento, anche quando il contraddittorio viene anticipato.

Sebbene, in tal caso, il giudizio sull’acquisizione rischi, se non basato sull’analisi di testimonianze audio e video registrate di trasformarsi in una difficile comparazione “cartolare” tra dichiarazioni: sicché il ricorso (per il giudizio sulla acquisizione) ad elementi “altri” diventa (forse) indispensabile.

3.3.4 La valutazione di attendibilità delle dichiarazioni pre dibattimentali acquisite ex art. 512 c.p.p.

³⁷ Sulla rilevanza delle modalità di audizione e del contegno del teste, cass. Sez. 3, *Sentenza n. 49579 del 04/11/2009* Ud. (dep. 28/12/2009) Rv. 245864 : “Le modalità della testimonianza ed il contegno tenuto dal testimone rientrano tra gli elementi valutabili come indicativi di “inquinamento probatorio”, idonei a giustificare l’acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. (In applicazione di detto principio la Corte ha ritenuto sintomatica di pressioni esterne la simultanea ed omogenea ritrattazione operata dalle otto testimoni d’accusa in assenza di una plausibile giustificazione)”: Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 49579 del 04/11/2009* Ud. (dep. 28/12/2009) Rv. 245864

I processi con vittima vulnerabile – ed in particolare quelli per il resto di sfruttamento della prostituzione – sono spesso caratterizzati dalla acquisizione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini che vengono *lette* in dibattimento ai sensi dell'art. 512 c.p.p.

Tale meccanismo di acquisizione delle dichiarazioni unilaterali può creare qualche problema di compatibilità con le garanzie previste dalla Convenzione EDU in materia di diritto al processo “equo”.

L'art. 6 CEDU individua il diritto di ogni persona accusata di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e che gli elementi di prova siano prodotti in pubblica udienza, in vista di un esame in contraddittorio.

Tale regola non è tuttavia esente da eccezioni. I paragrafi 1 e 3 d) dell'art. 6 CEDU impongono, come non eludibile garanzia, di concedere all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento delle sue prime deposizioni o successivamente³⁸. E' dunque ritenuto compatibile con le soglie di garanzia individuate dall'art. 6 della Convenzione anche il ricorso a deposizioni rese nella fase delle indagini preliminari, se l'imputato ha avuto “*un'occasione adeguata e sufficiente di contestarle*”, al momento in cui sono state rese, o più tardi³⁹.

Quello che la Corte europea propone come metodo processuale idoneo a tutelare il diritto dell'imputato, al di là della vecchia contrapposizione fra modello accusatorio e modello inquisitorio, è la promozione di un “tipo” di processo qualificato come ‘*contradictoire*’⁴⁰, che pur basandosi sul diritto dell'accusato di interrogare i testi da cui provengono le accuse, non nega pregiudizialmente valore alle dichiarazioni predibattimentali, sempre che all'imputato sia stata concessa una adeguata possibilità di criticare la fonte delle accuse.

La regola “d'oro” che emerge dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è infatti quella “di concedere all'imputato un'occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l'autore, al momento della deposizione o successivamente”⁴¹. Se così non è, la dichiarazione in questione non viene “esclusa” dalle prove valutabili, ma patisce un abbattimento significativo del peso probatorio, dato che la stessa viene ritenuta inidonea a fondare in modo esclusivo o determinante una sentenza di condanna.

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

Le soglie di garanzie “interne” rispetto al diritto al contraddittorio appaiono dunque più *elevate* di quelle convenzionali: è “equo” per i giudici di Strasburgo ciò che per il nostro sistema è illegittimo. Nel confronto con gli altri ordinamenti che hanno scelto il rito accusatorio la nostra legislazione appare particolarmente rigida ed, in qualche misura, unica.

La valutazione probatoria “in positivo” delle dichiarazioni predibattimentali ha trovato, infatti, qualche ragionevole spazio anche nell'ordinamento inglese, che ha approvato nel 2003 il *Criminal Justice Act*, il quale, nell'introdurre profonde innovazioni all'*hearsay rule*, ha determinato una significativa modificazione nelle procedure di acquisizione della prova. Tale atto ha, in effetti, assegnato in casi particolari valore probatorio “in positivo” alle dichiarazioni extradibattimentali dei testi, consentendo, in particolare, l'utilizzo delle precedenti dichiarazioni difformi, quando il teste, udito in contraddittorio, ammetta di averle rese, nonché delle dichiarazioni rese quando le circostanze oggetto di deposizione erano “fresche” nella memoria del teste, il quale ne ha invece

³⁸ Tra le altre C.Edu, (sent.) *Carta c. Italia*, 20.4.2006, § 48; *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, (sent.) 7.8.1996, § 51; *Saïdi c. Francia*, (sent.) 20.9.1993, § 43.

³⁹ C.Edu (sent.), *Carta c. Italia*, 20.4.2006, § 49; (sent.), *Isgrò c. Italia*, 19.2.1991, *Ludi c. Svizzera*, (sent) 15.6.1992, § 47; *Asch c. Austria*, (sent.) 26.4.1991 § 27.

⁴⁰ Per queste osservazioni, cfr. M. DELMAS-MARTY, *La prova penale*, in *Ind. Pen.*, 1996, p. 609.

⁴¹ V. sentenze c. Edu citate alla nota 17).

perso il ricordo al momento dell'audizione dibattimentale (*section 120 del Criminal Justice Act*)⁴². In particolare in materia di violenza sessuale anche prima della approvazione della riforma del 2003, l'ordinamento inglese prevedeva una eccezione alla *rule hagaintst hearsay*, nella c.d. *complainant rule*, che consentiva la valutazione, a supporto della testimonianza della vittima della violenza sessuale (dunque attraverso un utilizzo "in positivo") delle lamentele da essa espresse in prossimità dell'evento delittuoso.

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

La Corte di Strasburgo ritiene però – e questo presidio si presenta *insuperabile* - che diritti della difesa siano compressi in maniera incompatibile con le garanzie previste dalla Convenzione quando una condanna si fonda, *unicamente o in misura determinante*, sulle deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o far interrogare durante le indagini o successivamente⁴³.

Dunque secondo i giudici europei la testimonianza rese fuori dal contraddittorio, non è inutilizzabile *tout court*, ma inidonea a fondare da *sola* una sentenza di condanna⁴⁴.

Laddove nel nostro sistema le condanne possono in astratto fondarsi, anche in modo esclusivo, sul dichiarato predibattimentale, quando lo stesso sia acquisito agli atti ai sensi dell' art. 512 c.p.p per impossibilità *oggettiva* di ripetizione (ostandovi in caso di irripetibilità da causa *soggettiva*, il disposto dell'art. 526 comma 1 bis c.p.p). Sul punto, come si dirà, la Corte di cassazione ha fornito tuttavia importanti indicazioni circa la necessità di effettuare una interpretazione adeguatrice alle indicazioni provenienti dalla Corte europea⁴⁵.

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

La crisi di garanzia che caratterizza il nostro ordinamento è stata presa in attenta considerazione dalla Corte di Cassazione che indirizza verso una interpretazione del diritto interno *conforme* a quello convenzionale (come risulta dalla giurisprudenza dalla Corte di Strasburgo: Corte costituzionale sentenze nn. 348 e 349 del 2007).

Si evidenzia una rilevante evoluzione della giurisprudenza di legittimità relativamente alla complessa gestione processuale dell'art. 512 c.p.p. (e 512 bis c.p.p) che di seguito si sintetizza nei passaggi essenziali:

- nella sentenza *Poltronieri (Cass. Sez.2 sent. N. 43331 del 2007)* viene individuato in capo al pubblico ministero un *onere* di valutazione *ex ante* della reperibilità del teste quando si svolgerà il dibattimento; se tale prognosi dà esito negativo *deve* essere chiesto l'incidente probatorio. Il corretto assolvimento di tale onere diventa fondamentale per la valutazione circa la utilizzabilità ex art. 512 c.p.p. del teste irripetibile: solo quando, con prognosi postuma, il giudice riterrà che la irripetibilità era imprevedibile nella fase delle indagini si potrà seriamente porre la questione circa l'utilizzo delle dichiarazioni. Diversamente, se il pubblico ministero non avrà effettuato correttamente tale prognosi, si verifica una

⁴² BALSAMO-LO PIPARO, *Le contestazioni nei sistemi di common law e nel processo penale italiano: la ricerca di un "giusto" equilibrio tra scrittura e oralità*, in *Diritto penale e Processo*, 2005, p. 485

⁴³ C.Edu , *Orhan Çaçan c. Turchia*, (sent) 23.3.2010, § 37; *Majadallah c. Italia*, (sent) 19.10.2006, § 38; *Bracci c. Italia*, (sent) 13.10.2005, § 55; *Craxi c. Italia*, (sent) 5.12.2002, § 86; *A.M. c. Italia*, (sent) 14.12.1999, § 25; *Saïdi c. Francia*, 20.9.1993, §§ 43-44.

⁴⁴ Esempio in materia la sentenza emessa nel caso *Bracci c. Italia*. In tale pronuncia si evidenzia come la dichiarazione accusatoria non sottoposta al vaglio processuale in contraddittorio sia considerata inidonea a fondare una condanna conforme ai principi del processo *equitable* se è l'elemento unico o determinante su cui si fonda la condanna. La stessa dichiarazione rimane "valutabile" ma può fondare il giudizio solo se non è l'elemento determinante per la cognizione.

⁴⁵ Oltre alla citata sentenza della Cass. Sez 2 n. 43331 del 2007, da ultimo si segnala la più recente Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 27582 del 15/06/2010 Ud.* (dep. 15/07/2010) Rv. 248053 che ha, di recente, ribadito la necessità che le dichiarazioni rese in fase investigativa siano confortate da altri elementi, facendo leva sulla interpretazione "conforme".

condizione ostativa all'ingresso delle dichiarazioni predibattimentali. Tale impostazione legittima evidentemente una estensione interpretativa dell'impedimento di cui all'art. 392 lett. a) c.p.p. che - evidentemente - comprende anche la prevedibile irreperibilità. Al riguardo la Corte precisa: *il suddetto giudizio di imprevedibilità deve essere espresso con riferimento all'intera fase in cui è possibile chiedere l'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.). Il criterio dell'imprevedibilità costituisce il nesso tra gli istituti dell'incidente probatorio e quello dell'irripetibilità sopravvenuta, poiché si ricollega logicamente alla possibilità di instaurare un meccanismo procedurale che consenta di acquisire la prova in contraddittorio prima del dibattimento per evitarne la dispersione. Occorre, dunque, accertare che nella fase delle indagini preliminari non sussistevano le condizioni che, facendo presagire un'impossibilità della ripetizione dell'atto in sede dibattimentale, avrebbero dovuto indurre la parte a richiedere l'espletamento dell'incidente probatorio. Il controllo del giudice, pertanto, si svolgerà non solo sul complesso delle informazioni disponibili al tempo dell'atto, ma anche sui dati successivamente acquisiti, per verificare che non fossero emersi indizi circa l'intervento di fattori che avrebbero reso l'atto irripetibile*".

Ancora, nella sentenza in questione viene evidenziato come l'impossibilità di ripetizione dell'atto debba essere "oggettiva" ovvero non dipendere dalla volontà del testimone di sottrarsi all'esame: *"Il giudice di merito deve, poi, accertare che l'irreperibilità sia oggettiva anche nel senso che non dipenda da una libera scelta di sottrarsi volontariamente all'esame. Tale accertamento assume un ruolo di primo piano alla luce del principio dell'art. 111 Cost., comma 4, secondo periodo, riprodotto nell'art. 526 c.p.p., comma 1 bis, aggiunto dalla L. 1 marzo 2001, n. 63, art. 19, comma 1. Questa Suprema Corte ha opportunamente chiarito, nelle pronunce più recenti, che l'irreperibilità è di per sé una situazione "neutra", nel senso che le sue cause potrebbero essere le più diverse e affatto indipendenti dal processo nel cui ambito assume rilievo (Sez. 6[^], 8 gennaio 2003, n. 8384, Pantini, riv. 223731; Sez. 6[^], 19 febbraio 2003, n. 18150, Bianchi, riv. 225250; Sez. 1[^], 20 giugno 2006, n. 23571, Ogaristi, riv. 234281), così che ai fini della lettura ex art. 512 c.p.p. il giudice deve poter escludere che la irreperibilità del teste sia la conseguenza di una scelta del dichiarante per sottrarsi all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore, scelta che deve essere volontaria e libera da influenze esterne che la rendano non spontanea*".

Da ultimo, la sentenza in questione indirizza l'interprete a valutare la testimonianza "cartolare" acquisita ai sensi dell'art. 512 c.p.p. in congiunzione con altri elementi in ossequio ai principi della Corte EDU. Le dichiarazioni predibattimentali devono, secondo i giudici di legittimità essere "poste in relazione" con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali".

- I principi enunciati nella sentenza citata vengono rivisitati dalla Corte nella pronuncia Marinkovic (Cass. sez.1 n. 44158 del 23.9.2009; in tal senso anche Cass. Sez. 1, n. 20254 del 6.5.2010, Mzoughia): in tale pronuncia si legittima l'acquisizione ex art. 512 c.p.p. anche quando l'irripetibilità dipende da cause *soggettive*; secondo la Corte il compito di "chiudere" il sistema in armonia con i principi costituzionali e convenzionali è lasciato all'art. 526 bis c.p.p. in base al quale la sentenza di condanna non può *fondarsi* sulle dichiarazioni di chi si è sempre sottratto *per libera scelta* al contraddittorio e, dunque, anche di coloro le cui dichiarazioni sono state acquisite ex art. 512 bis c.p.p. per sopravvenuta imprevedibile irreperibilità *soggettiva*. In tal modo si consente l'ingresso di dichiarazioni favorevoli all'imputato (anche se raccolte dal difensore o in sede di udienza preliminare) o alle dichiarazioni del teste minacciato. Sostiene la Corte: *"il quinto comma [dell'art. 111 Cost] permette al legislatore di derogare al principio del contraddittorio nella formazione della prova in ragione di determinate situazioni soggettive (meglio, riferibili a scelta dell'imputato) od oggettive. Non impone però, il quinto comma, di*

realizzare tali deroghe con una disposizione singola anziché mediante un sistema normativo più articolato, purché del precetto costituzionale nel suo complesso sia assicurata l'attuazione; ne', per la parte in cui autorizza a disciplinare i casi di oggettiva impossibilità di assunzione dell'atto in contraddittorio, il dettato costituzionale diviene idoneo a sovrapporsi ex se all'art. 512 c.p.p.. La disposizione codicistica, d'altronde, da un lato arricchisce la garanzia con la prescrizione della imprevedibilità, dall'altro è suscettibile d'applicazione anche in relazione ad atti a favore dell'imputato, a prove assunte dal suo difensore, alle dichiarazioni raccolte in udienza preliminare. Una sua interpretazione nel senso che la lettura sarebbe preclusa in caso di oggettiva impossibilità di ripetere l'assunzione dell'atto imputabile ad un comportamento volontario anche se non libero del dichiarante, impedirebbe la utilizzazione delle dichiarazioni rese fuori dal contraddittorio anche se il dichiarante si fosse sottratto ad esso perché sottoposto a minacce; mentre, a tentare di correggere tale interpretazione nel senso di ritenere che la lettura è preclusa in caso di oggettiva impossibilità dipendente da comportamento volontario e libero del dichiarante (come potrebbero far intendere, nonostante i percorsi motivazionali non del tutto espliciti, il principio affermato da Sez. 2^a, n. 43331 del 18/10/2007, Poltronieri o la massima CED. 223731 tratta da Sez. 6^a, n. 8384 in data 8/1/2003, Pantini), la norma sopravanzerebbe la portata di garanzia a presidio dell'imputato dell'art. 526 c.p.p., comma 1-bis e della stessa previsione dell'art. 111 Cost., art. 17 Cost., comma 4 dell'art. 111 Cost., perché si presterebbe a inibire il meccanismo di lettura-acquisizione, e quindi in radice la utilizzabilità, anche delle prove dichiarative a favore dell'imputato, da chiunque assunte.

Mentre si scrive è in corso di stesura la motivazione della sentenza della Cassazione a sezioni unite penali della Corte di Cassazione: il caso sottoposto alla Corte è stato sollevato con riferimento al meccanismo acquisitivo disciplinato dall'art. 512 c.p.p. ed ha stabilito che l'impossibilità sopravvenuta di ripetizione deve essere di natura *oggettiva*.

Merita di essere segnalata una recente sentenza che circoscrivendo l'irripetibilità necessaria per l'acquisizione a quella dipendente da cause *oggettive*, dunque non riferibili ad atti volontari (liberi o no) del dichiarante individua una particolare possibilità di acquisizione delle dichiarazioni divenute irripetibili per impossibilità *sogettiva* nell'art. 500 comma 4 c.p.p.: se il teste *non compare* e risulta minacciato si possono acquisire le dichiarazioni predibattimentali. Si ritiene cioè attivabile il meccanismo ex art. 500 comma 4 c.p.p. anche in caso di *assenza* del teste, recuperando il dichiarato predibattimentale per tale via. Stabilisce la Corte: *“il regime delle contestazioni (che, all'evidenza, implicano la presenza fisica del dichiarante) è previsto dall'art. 500 c.p.p., comma 1 e 2. Il comma[4] della norma disciplina la diversa situazione del teste condizionato ed ammette il recupero delle precedenti dichiarazioni senza indicare la necessità che siano passate al filtro delle contestazioni; la dizione letterale, secondo cui le dichiarazioni "sono acquisite" indica un automatismo che prescinde, anche, dalla richiesta delle parti.*

La sentenza in questione è inoltre particolarmente “netta” nell'indicare al giudice la strada dell'interpretazione “conforme”: *Una sentenza di condanna che si fonda sulle sole dichiarazioni rese dai testi fuori del contraddittorio con la difesa ed acquisite a norma dell'art. 512 c.p.p., è in sintonia con i principi desumibili dal nostro assetto costituzionale, ma non con quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'art. 526 c.p.p., comma 1 bis, riproduce l'art. 111 Cost., sancisce che la colpevolezza dello imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni assunte fuori del contraddittorio solo se chi le ha rese si sia volontariamente sottratto allo esame da parte dell'imputato o del suo difensore; l'art. 111 Cost., comma 5 pone come limite alla formazione della prova fuori del contraddittorio (oltre ai casi di consenso dell'imputato o di condotta illecita) l'impossibilità accertata di acquisizione avente natura oggettiva. Tale sistema normativo non è stato ritenuto conforme all'art. 6 della Convenzione europea dai Giudici di Strasburgo che hanno in più occasioni affermato che la impossibilità di reiterare un atto compiuto nel corso delle indagini preliminari non può privare l'imputato del diritto di esaminare o*

fare esaminare ogni elemento di prova decisivo a suo carico; le emergenze accusatorie sorte fuori del contraddittorio non sono inutilizzabili in assoluto, ma possono essere usate a condizione che non si attribuisca ad esse un peso determinante ai fini della decisione. Secondo la Corte di Strasburgo, i diritti dello imputato sono limitati in modo incompatibile con le garanzie della Convenzione quando una condanna si basi, unicamente o in misura preponderante, su deposizioni rese da persone che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare ne' nella fase delle indagini ne' in quella dibattimentale (ex plurimis: Corte europea dei diritti dell'uomo sentenze 10 gennaio 2005, Accardi c. Italia, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, 15 maggio 2010, Ogaristic.Italia).

*Al Giudice nazionale incombe l'obbligo di dare, se possibile, alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella esegesi giudiziale istituzionalmente attribuita alla Corte di Strasburgo dall'art. 32 della Convenzione stessa. **Di conseguenza, si deve rilevare che una interpretazione dell'art. 512 c.p.p. convenzionalmente orientata porta a concludere che al principio del contraddittorio si può derogare, in caso vi sia una oggettiva impossibilità di formazione della prova, con la precisazione che una declaratoria di condanna non può reggersi in modo esclusivo o significativo su dichiarazioni di chi si sia sottratto al confronto con l'imputato.***

In conclusione: dalla giurisprudenza della Suprema Corte emerge con chiarezza la difficile compatibilità dei nostri meccanismi di acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali con la soglia minima di garanzia indicata dalla Corte Edu, irremovibile nel ritenere iniquo il giudizio di colpevolezza fondato *solo* sulle dichiarazioni di chi non si mai sottoposto al contraddittorio.

Emerge inoltre la indicazione del rimedio nella “espansione” dei casi di contraddittorio anticipato e nella ricerca – fin dalla fase delle indagini - di elementi di *conferma* alla testimonianza del teste “debole” che potrà divenire irreperibile o “reagire” con il silenzio e la ritrattazione al contraddittorio.

3.3.5. La attendibilità frazionata

Sull’attendibilità “frazionata” delle dichiarazioni provenienti dalla persona offesa non si registrano decisioni univoche della Corte di Cassazione.

Infatti in una pronuncia risalente al 2006 (Cass. Sez. 3 n. 40170 del 26.9.2006) la Corte ha esteso alle dichiarazioni dell’offeso da reato i noti criteri circa la frazionabilità delle dichiarazioni di regola utilizzati in materia di valutazione delle dichiarazioni degli imputati di reati connesso, evidenziando che *“l’eventuale giudizio di inattendibilità riferito ad alcune circostanze non inficia la credibilità delle altre parti del racconto, sempre che non esista una interferenza fattuale e logica tra le parti del narrato per le quali non si ritiene raggiunta la prova della veridicità e le altre parti che siano intrinsecamente attendibili ed adeguatamente riscontrate, tenendo conto che tale interferenza si verifica solo quando tra una parte e le altre esiste un rapporto di causalità necessaria o quando l’una sia imprescindibile antecedente logico dell’altra sempre che l’inattendibilità di alcune parti della dichiarazione non sia talmente macroscopica per conclamato contrasto con altre sicure emergenze probatorie da compromettere per intero la stessa credibilità del dichiarante”*.

Mentre in più recente pronuncia (Cass. Sez. 3 sent n. 21640 dell’11.5.2010) la Corte ha invece stabilito, in apparente contrasto con la precedente decisione che *“è illegittima la valutazione frazionata delle dichiarazioni della persona offesa, riferibili ad un unico episodio avvenuto in un unico contesto temporale, in quanto il giudizio di inattendibilità su alcune circostanze inficia, in tale ipotesi, la credibilità delle altre parti del racconto, essendo sempre e necessariamente ravvisabile un’interferenza fattuale e logica tra le parti del narrato. (In motivazione la Corte ha precisato che, in tal caso, l’attendibilità della persona offesa deve essere valutata globalmente,*

tenendo conto di tutte le dichiarazioni e circostanze del caso concreto e di tutti gli elementi acquisiti al processo”

La apparente discrasia altro non è che la manifestazione della particolare accuratezza richiesta dalla Corte in materia di valutazione dell’attendibilità e della credibilità delle dichiarazioni provenienti dalla persona offesa: si osserva come le decisioni in questione “entrino” nell’analisi dei sillogismi della dichiarazione fino a giudicare le connessioni e le relazioni di interferenza tra le varie parti stessa. Ed a stabilire se tra tali parti ci sia o meno un relazione di connessione scindibile che possa o meno condurre alla valutazione frazionata del dichiarato.

La questione diventa particolarmente rilevante quando ad essere valutate sono le dichiarazioni di minori che riferiscono di abusi non in modo coerente con le altre parti della narrazione. La valutazione della attendibilità delle dichiarazioni accusatorie diventa in tali casi particolarmente complessa in quanto occorre verificare se la non compatibilità con i dati di realtà di alcune parti della narrazione siano in grado o meno di ripercuotersi in modo negativa sulla evocazione del fatto di reato.

3.4. Alcune considerazioni di sistema

Nel nostro sistema non essendo ammesso l’utilizzo delle dichiarazioni predibattimentali (come ammesso dalla Corte di Strasburgo) non si pone invece alcun problema di bilanciamento nei termini espressi dalla Corte europea, se non nei casi in cui la sentenza debba essere motivata facendo riferimento alle dichiarazioni “lette” ai sensi dell’art. 512 c.p.p.⁴⁶

In tale ultimo caso la Corte di Cassazione ha ormai segnato la strada imponendo una regola di valutazione sovrapponibile a quella indicata dalla Corte europea, ovvero la inidoneità delle dichiarazioni assunte in assenza di contraddittorio a fondare da sole il giudizio di condanna⁴⁷.

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

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

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

Quanto al secondo problema occorre chiarire cosa si intende per “conferma”. Se la stessa non è da intendersi come un vero e proprio “riscontro”, ma piuttosto come un attributo della testimonianza ricavabile dall’analisi dell’aderenza del racconto ai dati di realtà (che devono essere documentati ed dal pubblico ministero ed emergere dall’eventuale istruttoria dibattimentale) non si può che essere favorevoli: ogni testimonianza deve essere infatti vagliata con la massima attenzione e deve essere aderente ai dati di realtà emergenti dall’indagine.

⁴⁶ Sulle condizioni di lettura delle dichiarazioni predibattimentali prevista dagli artt. 512 e 512 bis c.p.p., mentre si scrive, è in corso di stesura la motivazione della sentenza delle SU penali del 25 novembre 2010 che ha ritenuto che ai fini della lettura l’impossibilità della ripetizione dibattimentale debba essere intesa in senso *oggettivo*.

⁴⁷ Cass Sez. 3, Sentenza n. [27582](#) del 15/06/2010 cit alla nota 22): la pronuncia rileva in quanto la Corte, pur in presenza di una irripetibilità oggettiva ha ritenuto che la sentenza di condanna non potesse fondarsi in modo significativo o esclusivo sulla dichiarazione assunta in assenza di contraddittorio.

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

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

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

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

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

Inoltre, come già evidenziato, la struttura della testimonianza “debole” è tale da non manifestarsi in forme sovrapponibili tutte le volte che il dichiarante viene ascoltato. Gli approdi della psicologia della testimonianza sul punto sono chiari: i meccanismi del ricordo agiscono in maniera differente, producendo variazioni nel recupero della traccia mnestica dipendenti sia dal tempo trascorso tra la dichiarazione e l’evento, sia dalla struttura stessa del ricordo che si “edifica” anche attraverso le rievocazioni effettuate nel corso delle varie audizioni giudiziali, attraverso la “progressione dichiarativa”.

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

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

Di certo, se si accede alla prospettiva del bilanciamento tra diritti (fondamentali) dell’imputato e della vittima, si comprende che i meccanismi di compensazione “valutativa” della testimonianza resa con contraddittorio “contratto” o “assente” ritenuti essenziali dalla Corte europea dei diritti dell’uomo potrebbero garantire i diritti della difesa più delle regole di esclusione probatoria attuali. Queste regole conducono infatti alla “ipervalutazione” probatoria del dichiarato dibattimentale o assunto in contraddittorio incidentale. Il che non è necessariamente un fatto idoneo a garantire i diritti dell’imputato.

Forse, ma è solo uno spunto di riflessione, il ripensamento della disciplina della prova dichiarativa dovrebbe partire da un ridimensionamento del ruolo della testimonianza in senso lato: la presa d'atto che la riedizione dei ricordi è un meccanismo complesso, e non del tutto affidabile, dovrebbe indurre fin dalla fase delle indagini i pubblici ministeri a "puntellare" gli elementi di (ogni) prova orale con tutti i dati oggettivi possibili (che, all'epoca del dispiegarsi del dibattimento, potrebbero essere stati dispersi). Dati che consentano, nel proseguimento del processo, la valutazione avvertita e non "intuitiva" da parte dei giudici di merito dell'attendibilità giudiziale delle dichiarazioni, in genere, e di quelle dell'offeso, in particolare.

Allo stato, dunque, non resta che la gestione accorta di un sistema basato sulla regola di esclusione probatoria prevista dalla Carta, nella consapevolezza che l'evento testimonianza ha una complessità straordinaria, probabilmente non "trattabile" con la imposizione della condizione processuale della edizione del contraddittorio dibattimentale a distanza di molti anni dal fatto da evocare.

Roma, 1 febbraio 2011

Sandra Recchione