

## QUESITI

---

**FRANCESCO TRAPELLA**

### **La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi<sup>1</sup>**

Preso atto dell'insufficiente strumentario di tutele processuali accordate al vulnerabile che sia persona offesa o semplice dichiarante nel giudizio, si offrono alcuni spunti per avvicinare la normativa nazionale alle indicazioni europee di salvaguardia dei più fragili.

*Protecting the vulnerable. European rules, deviant practices, possible remedies*

*Since the italian system badly protects the vulnerable (victim or, simply, witness), some ideas are offered to bring the national legislation to european guidelines for safeguarding the most fragile.*

**SOMMARIO:** 1. Il vulnerabile: l'Italia in ritardo rispetto al diritto europeo. - 2. Classificare le vittime. - 3. Errori di sistema. - 4. Un sistema inadeguato al minore vulnerabile. - 5. Disfunzioni nella tutela processuale del minore, vittima (o teste) vulnerabile. - 6. Conclusioni. Rivedere le garanzie del vulnerabile, al di là dei piccoli ritocchi di sistema.

1. *Il vulnerabile: l'Italia in ritardo rispetto al diritto europeo.* Il tema delle tutele processuali assicurate alla vittima di reato minorenni o a chi abbia sofferto episodi di violenza di genere o domestica impone un minimo di riflessione sul discorso della persona offesa vulnerabile, delle garanzie ad essa accordate e - va detto - del ritardo che l'ordinamento nostrano registra sulle indicazioni europee, sia unioniste che strasburghesi.

Partendo da questo ultimo aspetto, va notato come, anche solo in base ad una semplice questione di tempistiche, la nozione di vulnerabilità dell'offeso appare oltre confine molto prima che nel diritto interno. Già la decisione quadro 2001/220/GAI<sup>2</sup> imponeva agli Stati di assicurare alle vittime di particolare debolezza<sup>3</sup> «un trattamento specifico che rispon[d]esse in modo ottimale alla

---

<sup>1</sup> Il contributo raccoglie ed elabora le riflessioni svolte al Convegno internazionale *Giornata di studio del Nord Adriatico - temi giuridici di attualità* (Università di Rijeka (*Sveučilište u Rijeci*), Croazia, Facoltà di Giurisprudenza (*Pravni Fakultet*), 4 luglio 2019), ove l'Autore ha tenuto una relazione dal titolo *La tutela della vittima minorenne nel processo penale italiano. Vulnerabilità, regole europee, prassi devianti*. Il lavoro unisce, altresì, considerazioni sui temi della vittima debole, emerse all'indomani dell'entrata in vigore della L. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. *Codice rosso*) ed espone nella relazione dell'Autore al convegno *Codice rosso: repressione e nuove tutele per le vittime di violenza domestica e di genere* (Lanciano, 20 settembre 2019).

<sup>2</sup> Decisione quadro, peraltro, mai attuata in Italia nonostante la delega al governo della legge comunitaria 2009 (art. 52, co. 1, lett. a), L. 4 giugno 2010, n. 96), come rileva pure CAGOSSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Sempre sul tema, *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili. Working paper sull'attuazione della Decisione quadro 2001/220/GAI in Italia e Spagna*, a cura di Armenta Deu, Lupária, Milano, 2011.

<sup>3</sup> Sulla definizione di particolare vulnerabilità nella decisione quadro 2001/220/GAI, GIALUZ, *Lo statuto*

loro situazione» (art. 2), di proteggere tali soggetti ove dovessero testimoniare in udienza pubblica (art. 8) e di attrezzare servizi a salvaguardia delle categorie più fragili, gestiti da personale specializzato (art. 14). Ugualmente, la direttiva 2012/29/UE<sup>4</sup> assicura assistenza di alto livello e protezione giuridica «alle persone particolarmente vulnerabili o in situazioni che le espongono particolarmente a un rischio elevato di danno, quali le persone vittime di violenze reiterate nelle relazioni strette, le vittime della violenza di genere o le persone vittime di altre forme di reato in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o in cui non risiedono» (considerando 38); nondimeno, va scongiurato il rischio di «vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazioni e di ritorsioni» (considerando 58).

Nel formante giurisprudenziale si menziona la notissima sentenza Pupino (causa C-105/03, decisione del 16 giugno 2015)<sup>5</sup> che, richiamando proprio gli artt. 2 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI, rilevava opportunamente come le disposizioni europee non definissero la nozione di vulnerabilità dell'offeso (par. 53), pur, però, rimarcando che «qualora ... bambini in età infantile sostengano di aver subito maltrattamenti, per giunta da parte di un'insegnante, tali bambini possano essere così qualificati [cioè come vittime deboli] alla luce, in particolare, della loro età, nonché della natura e delle conseguenze delle infrazioni di cui ritengono di essere stati vittime, al fine di beneficiare della tutela specifica richiesta dalle citate disposizioni della decisione quadro» (sempre par. 53)<sup>6</sup>.

---

*europeo delle vittime vulnerabili*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di Allegrezza, Belluta, Gialuz, Lupária, Torino, 2012, 59. <sup>4</sup>Quindi, un atto del terzo pilastro "comunitarizzato", cioè assunto nell'ambito di quelle competenze che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea assegna al Parlamento e al Consiglio ex art. 82, par. 2, lett. c). Lo sottolinea VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *www.penalecontemporaneo.it*. L'Autore rileva, altresì, come, da parte degli organismi europei, l'interesse per la tutela della vittima sia di molto anteriore al Trattato di Lisbona: prime avvisaglie si rinvennero addirittura negli anni Ottanta del secolo scorso e uguale discorso vale per il diritto internazionale: ONU e, con l'attivarsi dei tribunali per la ex Jugoslavia e per il Rwanda, giustizia penale internazionale (sul punto, FANCHIOTTI, *La vittima nel sistema dei tribunali penali internazionali*, in *La vittima di reato, questa dimenticata*, Roma, 2001, 113; SCOMPARIN, *Il ruolo della vittima nella giurisdizione penale internazionale: alla ricerca di una possibile mediazione fra modelli processuali*, Torino, 2005, 372 o, volendo, TRAPELLA, *Dal genocidio al ginocidio. Spunti per una riflessione sulla tutela della vittima secondo i tribunali penali internazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, 4211).

<sup>5</sup>Su cui si segnala il lavoro di MUSCELLA, *Un nuovo idolum theatri: la testimonianza del minore vittima di reati sessuali*, in *questa Rivista* per una ricognizione dei contenuti della sentenza nel più ampio panorama europeo sulla salvaguardia della vittima minorenni, soggetto degno di protezione *nel* processo, ma pure *dal* processo.

<sup>6</sup> Per un'analisi *funditus* di questi aspetti, che qui rilevano solo per evidenziare il ritardo dell'ordinamento nostrano nell'adeguarsi agli indirizzi europei, ALLEGREZZA, *Il caso Pupino: profili*

Insomma, la Corte di giustizia fornisce alle corti nazionali un'indicazione operativa di efficienza: è di fatto impossibile stabilire una definizione generale di vulnerabilità, né la si può ancorare a categorie oggettive (età, disabilità, genere, ecc.); occorre piuttosto tenere in conto il contesto nel quale il fatto illecito s'è verificato e rapportarlo ai connotati peculiari di chi ha subito le conseguenze dell'infrazione. Insomma, si invita l'interprete a qualificare la vittima secondo un approccio concreto, stabilendo, in base ad un vaglio che necessariamente va compiuto *ex ante*, se, al momento in cui si avviava la condotta, per le caratteristiche dell'azione e per l'ambiente in cui essa aveva luogo, l'attività criminosa era destinata a ripercuotersi con effetti aggravati sulle persone che la pativano. Effetti aggravati - s'intende - che derivano da una situazione - «particolare» (par. 54 della pronuncia Pupino) - che obbliga, poi, ad un «trattamento specifico che risponda in modo ottimale» ad essa (sempre par. 54, ma pure par. 56 che parla di «procedur[e] special[i]»<sup>7</sup>).

Per parte strasburghese, il tema della protezione dei testimoni *dal* processo è stato oggetto di lunga analisi<sup>8</sup>: già in *Doorson c. Olanda* (26 marzo 1996) la Corte stabilì la compatibilità con la Convenzione E.D.U. di *dicta* anonimi, qualora acquisiti senza rivelarne la fonte al fine di proteggere l'incolumità e la sicurezza del loro autore<sup>9</sup>.

Ugualmente, sui temi del tempestivo intervento degli investigatori e della cele-

---

*processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di Sgubbi, Manes, Bologna, 2007, 71 ss.

<sup>7</sup> Donde il riferimento all'incidente probatorio, il problema dell'accesso al quale - tassativo, secondo la norma interna; incondizionato, come appariva leggendo la giurisprudenza unionista - agì il dibattito tra i commentatori della sentenza europea (*ex multis*, CALVANO, *Il caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150). L'argomento tornò, poi, all'attenzione della Corte dell'Unione che, nel 2011, stabilì la compatibilità degli artt. 392, co. 1-*bis*, 394 e 398, co. 5-*ter*; c.p.p. con gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI (Causa C-507/10, sentenza del 21 dicembre 2011): su questa pronuncia, LUPÁRIA, *Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Al di là degli specifici contenuti del provvedimento, qui il richiamo mira ad evidenziare l'interesse del giudice lussemburghese per i diritti della persona offesa dal reato e per le architetture dei rapporti tra accusa pubblica, difesa e vittima nei sistemi processuali nazionali, con occhio vigile nell'assicurare anche a quest'ultima la tutela della propria posizione in aula.

<sup>8</sup> Un'approfondita panoramica sull'argomento, in STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *questa Rivista*. Sempre in tema, GIALUZ, *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di Giustizia*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Lupária, Milano, 2015, 19.

<sup>9</sup> In un'ottica, quindi, di bilanciamento tra istanze della difesa e diritti della persona offesa che sia pure testimone, tutelati dagli artt. 2 e 8 C.E.D.U.: in tema, pure MUSCELLA, *Un nuovo idolum theatri*, cit., 12.

rità delle indagini come strumenti idonei ad assicurare il rispetto degli artt. 2 e 3 della Convenzione E.D.U., gli obblighi positivi dello Stato sono stati sanciti dai giudici di Strasburgo in una sequela di decisioni che giungono a conclusioni sempre uguali: solo per menzionarne alcune nell'ultimo ventennio, si pensi ad *Andronicou e Costantinou c. Cipro* (9 ottobre 1997), ad *E. e altri c. Regno Unito* (26 novembre 2002), ad *Opuz c. Turchia* (9 giugno 2009)<sup>10</sup> o, più recenti, a *Gaggio e Giuliani e altri c. Italia* (24 marzo 2011)<sup>11</sup>, ad *Alikaj e altri c. Italia* (29 marzo 2011)<sup>12</sup> o, ancora, ad *Bljakaj c. Croazia* (18 settembre 2014)<sup>13</sup> o a *Talpis c. Italia* (2 marzo 2017)<sup>14</sup>.

In breve: già sul finire degli anni Novanta è ben salda, nei diritti europei - unionista e strasburghese -, la tendenza ad individuare connotati di particolare debolezza nelle vittime di talune delittuosità, con la conseguenza di invitare gli Stati ad attivarsi per la loro protezione dalle conseguenze del reato e, pure, da quelle del processo<sup>15</sup>.

Rispetto a questo quadro fa da contraltare un ritardo tutto italiano: è

---

<sup>10</sup> Che, *inter alia*, parla di una vera e propria responsabilità delle autorità statali per le morti verificatesi ad esito della loro inerzia in casi nei quali, invece, l'intervento era dovuto. Nel caso di specie, infatti, la Turchia era sanzionata per la conclamata inadeguatezza nel sistema di protezione delle vittime di violenza domestica. Sul punto, anche per gli ovvi collegamenti tra *Opuz e Talpis*, MAZZINA, *La violenza domestica e le azioni positive (di secondo livello) dello Stato: brevi riflessioni costituzionali sulla recente sentenza della Corte Edu Talpis c. Italia*, in *questa Rivista*.

<sup>11</sup> Per approfondimenti anche nella direzione dei reati commessi dalle forze dell'ordine e del susseguente obbligo statale all'accertamento, sia consentito il richiamo a TRAPELLA, *Le indagini sui reati commessi dalle forze dell'ordine tra prassi devianti e Convenzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 762.

<sup>12</sup> Pronuncia, questa, che pone il problema dei rapporti tra prescrizione del reato e soddisfazione della vittima, come rileva SPIGA, *Sulla compatibilità della prescrizione del reato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Alikaj c. Italia*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, 1176. Si veda pure SCALETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile?*, in *Vittime di reato e sistema penale: la ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2017, 474.

<sup>13</sup> Collocabile sempre nel filone giurisprudenziale - di cui fanno parte pure *Opuz e Talpis* - sugli obblighi dell'autorità statale nell'assicurare la tutela delle vittime di reati violenti: così, NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e "violenza domestica". Gli obblighi dello Stato secondo la Corte EDU*, in *www.legislazionepenale.eu*. Più risalente, e con riguardo ad un'altra delle pronunce che si inseriscono nel percorso appena individuato (Corte EDU, 26 marzo 2013, Valiulienė c. Lituania), PARODI, *La Corte di Strasburgo alle prese con la repressione penale della violenza sulle donne*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>14</sup> La cui portata sta nel confermare l'esistenza di un obbligo positivo, per lo Stato, di proteggere le persone vulnerabili, tra cui rientrano le vittime di violenza domestica: per un commento, oltre a quelli già menzionati, CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>15</sup> Torna, con riguardo a questo ultimo aspetto, la necessità di bilanciare i diritti delle vittime e quelli della difesa. È questo un discorso che la Corte porta avanti da tempo: si vedano, a mero titolo d'esempio, Corte EDU, 10 novembre 2005, Bocos-Cuesta c. Olanda o Corte EDU, 12 luglio 2007, Kovač c. Croazia.

senz'altro corretto affermare che il dichiarante vulnerabile fa ingresso nell'ordinamento nostrano in modo disordinato<sup>16</sup> solo nel 2013, con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (convertito in L. 15 ottobre 2013, n. 119)<sup>17</sup>, introduttivo, *inter alia*, dell'art. 498, co. 4-*quater*, c.p.p. sulla protezione (a richiesta di parte) del maggiorenne offeso dai reati in elenco al co. 4-*ter*. Di lì, poi, il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24<sup>18</sup>, inserendo l'art. 398, co. 5-*ter*, c.p.p., consentiva al giudice - sempre su istanza di parte - di attivare i meccanismi di salvaguardia disciplinati dal co. 5-*bis*, allorquando si trattasse di sentire in incidente probatorio un adulto in condizioni di debolezza peculiare, desumibile anche (quindi, non solo) dall'illecito per cui si procede<sup>19</sup>.

È solo con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212<sup>20</sup> - recettivo della direttiva 2012/29/UE<sup>21</sup> - che lo statuto della persona offesa nel codice di rito - sin lì racchiuso nel solo art. 90 c.p.p. e, quindi, limitato alle uniche facoltà di presentare memorie, di indicare elementi di prova nelle fasi del merito, di sporgere querela o di vedere dette facoltà estese ai prossimi congiunti della vittima in caso di sua morte - si arricchisce del concetto di vulnerabilità (art. 90-*quater* c.p.p.<sup>22</sup>), con tutto quel che consegue circa le speciali sue tutele in fase

<sup>16</sup> Si prende a prestito l'evocativo titolo del saggio di RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo co. 5ter dell'art. 398 c.p.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>17</sup> La cd. legge "anti-femminicidio", per un primo commento della quale, PISTORELLI, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di "violenza di genere" e di reati che coinvolgano minori*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>18</sup> Attuativo della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alle protezioni delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. *Amplius*, MONTANARI, *L'attuazione italiana della direttiva 2011/36/UE: una nuova mini-riforma dei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta di persone*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>19</sup> CABONI, *Dai primi tentativi di recepimento della direttiva europea al d.lgs. 212/2015: esame comparato e critico tra il nuovo assetto normativo interno ed il testo europeo*, intervento pubblicato sugli *Atti del Convegno. Vittime di reato: dalla direttiva 2012/29/UE al d.lgs. 212/2015. Problemi e prospettive applicative (Cagliari, 29 e 30 aprile 2016)*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) evidenzia la parzialità dell'intervento allorché conia un art. 398, co. 5-*ter*, c.p.p. riferibile ai soli testimoni vulnerabili, senza, invece, concentrarsi sulle vittime. Si nota ancora una volta il ritardo del legislatore nostrano, impegnato in interventi frammentari e ben lontano da quello sguardo di insieme cui, invece, lo invitano gli impulsi europei.

<sup>20</sup> Su cui, tra i molti, COLOMBO, *Le novità del d.lgs. 212/2015: primi rilievi*, in *Cass. pen.*, 2015, 2221; MEZZETTI, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in *Cass. pen.*, 2016, 3099.

<sup>21</sup> E, quindi, finalmente, di dare voce alle vittime, come, varata la direttiva 2012/29/UE, sottolineava PARLATO, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2013, 3293.

<sup>22</sup> Obbligando chiunque si approcci alla vittima - polizia giudiziaria, pubblico ministero o giudice - a compiere un giudizio sulla vulnerabilità della stessa, atteso che quello della sua particolare debolezza diviene un elemento appieno rientrante nel *thema probandum*: da esso dipende l'apprezzamento che la corte fornirà dei *dicta* della persona colpita dal reato e, prim'ancora, l'insieme delle garanzie che do-

investigativa (artt. 351, co. 1-*ter* e 362, co. 1-*bis*, c.p.p.<sup>23</sup>) o nel segmento processuale (“nuovo” art. 498, co. 4-*quater*, c.p.p. che prescinde, oggi, dall’elenco dei reati del co. 4-*ter* e si limita a parlare di una «persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità»; per l’incidente probatorio il disposto è testualmente richiamato dall’art. 398, co. 5-*quater*, c.p.p., parimenti introdotto dal d.lgs. n. 212 del 2015)<sup>24</sup>.

Un primo dato emerge, così, pianamente: il nostro Paese ha iniziato a trattare il tema del dichiarante – offeso o, semplicemente, testimone – di speciale debolezza con notevole ritardo rispetto alle indicazioni europee. E lo ha fatto senza un’organica riscrittura delle norme codicistiche, ma con interventi che si sono susseguiti in modo frammentario e disordinato, incidendo sulle stesse regole a più riprese nell’arco di pochi anni<sup>25</sup>. Con un esempio, molte delle disposizioni toccate dalla L. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote, sono state riscritte od integrate dal d.lgs. n. 212 del 2015: si pensa all’art. 351, co. 1-*ter*, c.p.p. sull’assunzione di informazioni da minori e/o da vulnerabili da parte della polizia giudiziaria o all’art. 362, co. 1-*bis*, c.p.p. che detta analoghe prescrizioni qualora a procedere sia il pubblico ministero.

---

vanno esserle accordate.

<sup>23</sup> Sul punto si tornerà appresso, ma fin qui vale la pena di sottolineare come un certo orientamento giurisprudenziale agganci all’assenza di esplicite previsioni sanzionatorie nei due disposti *de quibus* la mancanza di possibili conseguenze per l’inquirente che si astenga dal nominare un esperto e ascolti, così, una vittima in stato di difficoltà senza l’assistenza dello specialista. *Ex plurimis*, Cass., Sez. II, 20 febbraio 2018, n. 22754.

<sup>24</sup> *Ante* d.lgs. n. 212 del 2015 rilevava BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., 266-267: «in ottica di sistema, peraltro, occorre rilevare una doppia sfasatura tra giudizio e incidente probatorio. Da un lato, in dibattimento le modalità protette possono riguardare solo gli esami testimoniali, mentre in incidente probatorio le cautele protettive (art. 398 co. 5-*bis* c.p.p.) operano per tutti quei mezzi di prova che riguardano la fonte vulnerabile, come il confronto, la ricognizione, l’esperienza giudiziale o la perizia. Dall’altro, mentre in sede incidentale, di fronte al maggiorenne particolarmente vulnerabile, le speciali modalità protette sono sempre applicabili, in giudizio occorre che si proceda per uno dei (pochi) reati indicati all’art. 498 co. 4-*ter* c.p.p.».

<sup>25</sup> E sempre con lo spettro di una giurisprudenza capace di svuotare il significato delle norme, anche stravolgendone il significato letterale: guardando al tema specifico del minore vulnerabile, se, sull’impulso della Convenzione di Lanzarote, la L. n. 172 del 2012 ha previsto un esperto nell’interazione tra gli indaganti e il *loquens* di particolare debolezza, è inutile aggrapparsi ad inutili formalismi per cancellare l’esistenza di un obbligo siffatto. E sul punto la dottrina esprime pareri concordi, appunto, già dal 2012: CUZZOCREA, *L’ascolto protetto delle persone minorenni prima e dopo la Convenzione di Lanzarote*, in [www.processopenaleegustizia.it](http://www.processopenaleegustizia.it); FORZA, *L’ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, 143; BRICCHETTI, PASTORELLI, *Psicologo. Valido aiuto nell’attività informativa*, in *Guida al dir.*, 2012, 43, 104; CESARI, *Il “minore informato sui fatti” nella legge n. 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 163.

Insomma, è mancata una riflessione armonica e coesa; il legislatore ha preferito, piuttosto, intervenire sporadicamente, emendando i singoli luoghi del codice in connessione con le norme europee da attuare, mano a mano che appariva necessario per recepire questo o quel provvedimento sovranazionale. E tutto questo è stato fatto con almeno due decenni di ritardo sull'elaborazione - normativa e giurisprudenziale - che, *ultra fines*, coniava l'idea di un dichiarante particolarmente vulnerabile, ponendosi il problema della sua tutela, specie se persona offesa dal reato.

2. *Classificare le vittime.* Già nei considerando della decisione quadro 2001/220/GAI appariva ben chiaro l'intento dei compilatori europei di garantire alle vittime una tutela «globale e coordinata» (considerando 5), in grado di fronteggiarne le esigenze, «evitando soluzioni frammentarie o incoerenti che possano arrecare pregiudizi ulteriori» (sempre considerando 5) e con particolare attenzione alla loro «dignità, al diritto di informare e di essere informat[e], al diritto di essere protett[e] nelle varie fasi del processo e al diritto di far valere lo svantaggio di risiedere in uno Stato membro diverso da quello in cui il reato è stato commesso» (considerando 8).

Questi rilievi portavano i *conditores* unionisti a prescrivere agli Stati un duplice obbligo, di rispetto e di riconoscimento della persona offesa dal reato (art. 2)<sup>26</sup>; tanto impone necessariamente di individualizzare il trattamento ad essa accordato, se del caso con misure *ad hoc* che rispondano in modo ottimale alla situazione vissuta dalle vittime particolarmente vulnerabili (art. 2, par. 2)<sup>27</sup>. Il richiamo alla decisione quadro 2001/220/GAI<sup>28</sup> - benché, s'è visto, inattuata per parte italiana ed oggi superata dalla direttiva 2012/29/UE<sup>29</sup> - consente di comprendere l'utilità dell'operazione classificatoria degli offesi dalla criminalità, atteso che la risposta degli ordinamenti interni alle esigenze di chi subisce il reato non può essere uguale a se stessa in ogni caso, ma deve, anzi, essere calibrata in base al particolare contesto dei fatti e ai connotati delle persone

<sup>26</sup> Come opportunamente sottolinea VENTUROLI, *La tutela della vittima*, cit., 90, l'obiettivo della decisione quadro era anzitutto proteggere la *dignità* della persona offesa.

<sup>27</sup> Al punto che il considerando 58 della direttiva 2012/29/UE, nel riferirsi ai rimedi contro la vittimizzazione secondaria e ripetuta, afferma che «il preciso carattere di queste misure dovrebbe essere determinato attraverso la valutazione individuale», addirittura «tenendo conto dei desideri della vittima».

<sup>28</sup> Per un'analisi degli specifici contenuti della decisione quadro si rinvia a DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2009, 110 ss.

<sup>29</sup> Sui rapporti tra la decisione quadro 2001/220/GAI e la direttiva 2012/29/UE nel senso della valutazione individuale del bisogno di protezione, MONTELEONE, CUZZOCREA, *Le dichiarazioni delle vittime vulnerabili nei procedimenti penali*, in [www.processopenalegiustizia.it](http://www.processopenalegiustizia.it), in partic. n. 17.

coinvolte nella vicenda delittuosa<sup>30</sup>. Così, qualora occorressero risposte più penetranti da parte degli Stati per raggiungere gli obiettivi espressi, prima, dalla decisione quadro *de qua* e, poi, dai successivi provvedimenti “comunitarizzati”<sup>31</sup>, allora i singoli apparati nazionali dovranno farsene carico, pena la frustrazione di quegli stessi principi di rispetto e di riconoscimento dell’offeso che, poco più sopra, si sono esaminati.

In questo sta il senso di individuare una categoria di particolare vulnerabilità della vittima<sup>32</sup> e sempre in quel che s’è appena visto risiede la difficoltà di fornire una definizione capace di chiarire, una volta e per tutte, la nozione in argomento.

Il migliore approccio al discorso è probabilmente quello seguito dal legislatore del 2015<sup>33</sup> che, nell’art. 90-*quater*, c.p.p., evitava nette suddivisioni<sup>34</sup> e si li-

<sup>30</sup> Conclusione cui perviene, dopo un’analisi della normativa europea in materia, pure PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 379.

<sup>31</sup> Dopo Lisbona la tutela della vittima di criminalità è materia di competenza del Parlamento e del Consiglio, con possibilità di procedure di infrazione per quegli Stati che tardino ad attuare le regole eurounitarie o che lo facciano in modo inadeguato. In materia, ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all’indomani del Trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, 204 ss., PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso, Picotti, Sicurella, Milano, 2011, 229 o, ancora, CALO, *Vittime del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario post Lisbona*, Nota a Corte di Giustizia UE, 15 settembre 2011, cause C-483/09 e C-1/10, *Guye e Sánchez*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>32</sup> O di *vittime con esigenze specifiche di protezione*, come suggerisce l’art. 22 della direttiva 2012/29/UE, secondo una dicitura preferita da alcuni autori (v. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote. La frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

<sup>33</sup> Su cui, v. anche, RECCHIONE, *Le vittime da reato e l’attuazione della direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>34</sup> Sul punto, con riferimento al criterio dell’età, secondo BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Torino, 2017, 5, «l’art. 90 quater c.p.p., occupandosi *ex professo* dei criteri per desumere e valutare la “condizione di particolare vulnerabilità” della persona offesa, pur non attribuendo in via espressa e diretta al minore la condizione *de qua*, non di meno stabilisce comunque, e più in generale, che “la condizione di particolare vulnerabilità” della persona offesa vada, oltre dal resto, desunta “dall’età” della stessa. Con ciò risultando, dunque, per così dire, “certificato” che il minore, persona offesa dal reato, è, *ratione aetatis*, da considerarsi *de jure* soggetto in condizione di particolare vulnerabilità. Né, per vero, avrebbe potuto essere altrimenti, sol considerando che la sua personalità è incerta e “lotta per assumere una configurazione stabile” (CESARI, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell’esame dibattimentale del teste minorenni*, in *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, a cura di Cesari, Milano, 2015, 263.). Dunque, il minore, soggetto di per sé, *in re ipsa* vulnerabile, va considerato soggetto in condizione di particolare vulnerabilità a causa e per effetto delle conseguenze derivanti dall’aver subito un delitto». Con ciò - concludiamo noi - motivando quel vaglio in concreto di cui si parla in queste pagine e che non può motivarsi per il sol fatto che un individuo abbia meno di diciotto anni, ma che, invece, si giustifica per le conseguenze che il reato ha prodotto sulla di lui personalità, attese le sue peculiari caratteristiche.

Su questi argomenti si rinvia, altresì, a PASCUCCI, *Le dichiarazioni del minorente informato sui fatti dopo l’attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2016, 3070 ss. o, un po’ più risalente, a

mitava ad esplicitare tre tipologie di indici, riferibili rispettivamente alle caratteristiche della persona offesa (età, stato di infermità, deficienza psichica, eventuale dipendenza dall'autore del reato), a quelle del reato (tipo di illecito, modalità dell'azione, circostanze del fatto, violenza nel praticare la condotta) e alla finalità criminosa dell'agente (odio razziale, terrorismo, criminalità organizzata, discriminazione)<sup>35</sup>, ed invitava inquirenti e giudici a considerarle congiuntamente<sup>36</sup> per stabilire se dinanzi a loro avessero un offeso di speciale debolezza<sup>37</sup>.

Certo, tra le pieghe della norma alligna il timore di errori nella gestione degli indicatori da parte di inquirenti e giudici: di fatto, costoro operano una valutazione che si fonda tanto su quel che loro appare *ictu oculi*, quanto sui contributi che l'offeso e le altre parti sapranno fornire per sciogliere il dubbio sulla peculiare vulnerabilità del primo. La posta in gioco è elevata: ritenute le specifiche esigenze della vittima, le vanno assicurate speciali forme di protezione nel corso del procedimento; evitandole – beninteso, se dovute – il rischio è che l'interazione con chi ha subito il reato sia falsata o divenga impossibile, oltre a generare in esso conseguenze assimilabili ad un rinnovato contatto con il fatto delittuoso già sofferto<sup>38</sup>. Ecco perché può giungersi ad una primissima conclusione, affermando che, nel dubbio<sup>39</sup> circa la fragilità della

---

SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Padova, 2016.

<sup>35</sup> Così riprendendo la tassonomia dell'art. 22, par. 2 della direttiva 2012/29/UE.

<sup>36</sup> E in modo elastico, oltre che non tassativo, come giustamente nota BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in [www.la-legislazionepenale.eu](http://www.la-legislazionepenale.eu).

<sup>37</sup> Fino all'attuazione del d.lgs. n. 212 del 2015 era senz'altro condivisibile la posizione di quanti affermavano che il sistema italiano concepiva la vulnerabilità della vittima da un punto di vista soggettivo, con riferimento alla fragilità fisica o mentale dell'offeso (sempre VENTUROLI, *La tutela della vittima*, cit., 90).

Oggi, però, lo scenario è diverso: l'art. 90-*quater* c.p.p. muove in una più ampia prospettiva, contemplando tanto le intrinseche caratteristiche di chi patisce il reato, quanto le condotte che possono determinare la vulnerabilità. È stata, insomma, compiuta una scelta dirimpente rispetto alle precedenti, scarse e disordinate avvisaglie del sistema nostrano; una scelta, si diceva, che avvicina la legge italiana ad altri ordinamenti, quale, ad esempio, quello tedesco che già affrontava il discorso della vittima debole sotto il duplice profilo, soggettivo ed oggettivo. Utili approfondimenti in VALL-LLOVERA, *Manifestaciones del derecho a la protección de la seguridad e integridad de la víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/America*, a cura di Armenta Deu, Vall-Llovera, A Coruña, 2010, 202.

<sup>38</sup> Certo, ci si chiede chi sia abilitato all'interazione con la vittima vulnerabile, attese le sue peculiarità e visto, soprattutto, il silenzio del codice, art. 90-*quater in primis*: su questo punto, in chiave critica, PALLATO, sub *Art. 90 quater. Condizione di particolare vulnerabilità*, in *Codice sistematico di procedura penale*, a cura di Belluta, Gialuz, Lupària Torino, 2016, 146.

<sup>39</sup> Dubbio plausibile, visto che l'art. 90-*quater* c.p.p. – né altre norme di codice – sanciscono un catalogo

persona offesa, è opportuno apparecchiare quelle garanzie e quelle forme di salvaguardia che l'ordinamento processuale accorda al vulnerabile<sup>40</sup>: il timore - va ribadito - è di annullare l'impianto protettivo che, a livello europeo, è stato costruito attorno a chi s'è doluto del reato e dei suoi strascichi.

Ma queste riflessioni, ancora introduttive, permettono di meglio esplicitare un concetto che, a livello embrionale, già s'è abbozzato: *id est*, quello di protezione della vittima anche dal processo o, più in generale, dal contatto con gli uffici che si occupano di accertare i fatti che la hanno coinvolta.

Va, così, meglio chiarita l'idea di una vittimizzazione secondaria, intesa come l'ulteriore sofferenza o, almeno, come il disagio che l'offeso sperimenta per l'attenzione insufficiente o, comunque, per la negligenza che l'autorità manifesta verso le sue istanze e verso le sue necessità<sup>41</sup>.

---

tassativo delle cause di vulnerabilità: così, peraltro, QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., in partic. 303.

<sup>40</sup> La conclusione è suffragata dalla *littera* del "nuovo" art. 90, co. 2-*bis*, c.p.p. (anch'esso introdotto con d.lgs. n. 212 del 2015): se v'è incertezza circa l'età della persona offesa e il dubbio non può essere superato nemmeno a mezzo di perizia, si presume che trattasi di infradiciotenne ai soli fini processuali. Questo consente di accordare all'interessato le garanzie che l'ordinamento prescrive per i più giovani. In via analogica, identico criterio opera allorquando non si abbia certezza in ordine agli indici di vulnerabilità previsti *ex art. 90-quater* c.p.p., così raggiungendo la conclusione affermata nel testo.

<sup>41</sup> La definizione qui proposta è di ROSSI, *L'analisi investigativa nella psicologia criminale. Vittimologia: aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2005, 417.

Ve ne sono pure altre, che appresso si espongono.

Una, tradizionale, la descrive come «una conseguenza aggravata e prolungata di certe azioni criminose; essa origina da atteggiamenti delle autorità giudiziarie di diniego nei riguardi della vittima in una condizione di mancanza di supporto, se non di biasimo e/o alienazione» (WILLIAMS, *Secondary victimization. Confronting public attitudes about rape*, in *Victimology*, 1984, 9, 67, trad. di FANCI, riportata in *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in [www.vittimologia.it](http://www.vittimologia.it), in partic. n. 3).

MONZANI, *Il modello circolare di vittimizzazione. Dalla percezione del rischio alla consapevolezza della vittimizzazione*, Milano, 2019, 105 parla di «tutte quelle conseguenze, di tipo prevalentemente psicologico (ma, a volte, anche fisico) legate al dover riferire quanto subito a terzi (parenti, amici, forze dell'ordine, personale sanitario, ecc.)», concludendo che «in queste situazioni i sentimenti di vergogna, autocolepevolizzazione, timore di non essere creduti possono creare danni gravissimi».

Ancora, DI CHIARA, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di Spangher, Torino, 2017, 457 parla di un processo come «spada a doppio taglio», che ben può creare fatti lesivi capaci di colpire proprio l'offeso, costretto ad un contatto diretto con l'imputato ed obbligato, in quella sede, a narrare di quanto patito. Identiche considerazioni in RECCHIONE, *Le vittime da reato*, cit. o, pure, in FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) o, ancora ma più risalente, BANDINI, GATTI, MARUGO, VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Milano, 1991, in partic. 345 ss.

Ulteriori approfondimenti sul tema, in SCARDACCIONE, *Le vittime e la vittimologia: teorie ed applicazioni*, Milano, 2015 e, con sguardo rivolto in modo particolare alla dimensione sovranazionale, SCOM-

Ecco, allora, che l'obiettivo principale delle fonti europee diviene proprio quello di scongiurare il pericolo in discorso e, pure, attorno alla nozione appena rammentata è di certo possibile costruire una sia pur generale definizione di vulnerabilità<sup>42</sup>. Assumendo che ogni offeso da reato merita un trattamento individualizzato, funzionale, da ultimo, ad evitargli di soffrire nuovamente le conseguenze dell'illecito, rivivendo, durante l'indagine o nel processo, il disagio già patito per l'altrui azione criminosa, si può affermare che quanto più elevato sarà il grado di vulnerabilità della persona offesa, tanto maggiore sarà lo sforzo della polizia giudiziaria e della magistratura per scongiurare una sua nuova vittimizzazione<sup>43</sup>.

Per altro verso non è possibile attribuire allo *status* di debolezza dell'offeso un valore assoluto, tale che si possa solo ed alternativamente affermarne o negarne la sussistenza; si tratta, infatti, di un concetto fluido, abile ad adattarsi agli specifici connotati della vicenda processuale, al fatto criminoso, agli accadimenti che lo hanno preceduto e a quelli che vi hanno fatto seguito<sup>44</sup>.

Ancora, l'assegnazione del carattere di vulnerabilità può essere influenzata da indici anch'essi relativi, come l'organizzazione degli spazi nell'aula d'udienza<sup>45</sup>, l'ordine nel quale vengono sentiti i testimoni (o, durante le indagini, le persone informate sui fatti<sup>46</sup>), oppure il tipo di domande loro rivolte, le modalità in

---

PARIN, *Il ruolo della vittima*, cit.

<sup>42</sup> Come sostenuto pure da VISCONTI, *Linee guida per la valutazione individuale dei bisogni delle vittime di corporate violence*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1265.

<sup>43</sup> Si riferisce ad una tutela differenziata in rapporto al grado di vulnerabilità della persona offesa DE MARTINO, *Legge di Ratifica della Convenzione di Lanzarote e tutela dei minori vittime di reato durante le indagini preliminari: brevi considerazioni alla luce della Direttiva 2012/29/UE*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). L'Autore si sofferma sul modo in cui la decisione quadro 2001/220/GAI ha posto in luce l'idea di diversi gradi di vulnerabilità, così operando quella classificazione tra le vittime di cui in questo paragrafo si tratta. Per ulteriori approfondimenti, LUPÀRIA, *Il concetto di vittima e la nozione di particolare vulnerabilità*, in *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, a cura di Lupària, Deu, Torino, 2012.

<sup>44</sup> Cioè agli indici - definiti «di eventuale vulnerabilità» (PRESUTTI, *Le audizioni protette*, cit., 383. Cor-sivo nostro) - di cui all'art. 90-*quater* c.p.p.

<sup>45</sup> Se, ad esempio, sia possibile interrompere il contatto visivo tra la persona offesa e l'imputato, se vi sia, quindi, la disponibilità di un paravento, di un vetro a specchio o di altri accorgimenti che proteggano la vittima, anche, magari, dallo sguardo del pubblico. Proprio su queste forme di salvaguardia che rendono, giustappunto, l'esame del vulnerabile protetto nel senso che si diceva, si è attardata la Consulta, quando ha sancito l'illegittimità dell'art. 398, co. 5-*bis*, c.p.p. per la carente previsione, per l'incidente probatorio, della possibilità di un'audizione protetta del maggiorenne infermo di mente, teste o vittima (Corte Cost., sent., 29 gennaio 2005, n. 63, con nota di FAMIGLIETTI, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, 445. In tema, pure PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, 130 ss.

<sup>46</sup> Cioè i turni istruttori. Si guardi allo scenario tipico dei procedimenti per reati endofamiliari, esemplifi-

cui vengono formulate<sup>47</sup> o, ancora, il tempo trascorso tra i fatti, la richiesta di loro esposizione<sup>48</sup> e, più in generale, il processo.

In ragione di ciò, l'autorità individua la migliore risposta alla necessità del caso sotto un duplice profilo, di *proporzionalità* rispetto al grado di debolezza che si rappresenta nell'approccio con la persona offesa e di *adeguatezza* alle criticità emerse nello specifico della vicenda processuale, guardando, giustappunto, alla globalità delle variabili appena esaminate. Come s'accennava, ne deriva l'impossibilità di ipotizzare soluzioni uguali per ogni frangente<sup>49</sup>; la scelta rientra piuttosto nella discrezionalità<sup>50</sup> di chi procede, con possibilità, per ogni parte, di lamentare, poi, l'erroneità dell'opzione compiuta e la gravità delle sue conseguenze sulla pronuncia finale in sede di gravame, anche di legittimità.

È noto, infatti, che, bene intendendo il lemma in parola – appunto: discrezionale –, esso indica una situazione in cui l'autorità prosegue, nel particolare, l'opera di organizzazione sociale che il legislatore avvia a livello generale. Così, allorché il codice di rito parla di audizioni protette o di assistenza dell'esperto, agganciando questi rimedi alla vulnerabilità del *loquens*, nell'evidente impossibilità di regolare ogni caso avverabile, si rimette al titola-

---

cando con il caso trattato in Cass., Sez. VI, 23 settembre 2011, n. 36503, dei nonni e dei genitori che vietavano ad una bambina la frequentazione dei coetanei, finanche a costringerla in casa al di fuori dell'orario scolastico. Nel procedimento per maltrattamenti che ne è seguito, per gli imputati la minore non era vittima, ma, anzi, era necessario infliggerle un siffatto trattamento, per il suo bene; per l'accusa, invece, si trattava di un offeso di particolare debolezza, giacché indifeso dinanzi alle angherie dei congiunti. A seconda dell'ordine di acquisizione delle prove, nella mente del giudice poteva formarsi la diversa immagine di una bambina maltrattata dai parenti o, invece, salvata dalle cattiverie del mondo proprio per l'azione di essi ultimi.

<sup>47</sup> Per quanto, con pervicacia, la giurisprudenza salvi le domande rivolte al minore in spregio alla Carta di Noto, esse inficiano la corretta interlocuzione tra l'istante e l'infradiciottenne, talora con effetti irrimediabili. Una delle tante pronunce che non associa l'inutilizzabilità a tali condotte patologiche, Cass., Sez. III, 3 febbraio 2016, n. 4375.

<sup>48</sup> Il trascorrere del tempo offusca i ricordi, rende più probabili i vuoti di memoria e permette al teste, specie quello più debole, di dimenticare eventi traumatici. Attorno a questo concetto si è, ad esempio, sviluppata parte della recente protesta dell'UCPI sull'imminente entrata in vigore della "riforma" della prescrizione, capace di condurre all'indeterminato allungamento dei tempi processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3).

<sup>49</sup> Torna il discorso del trattamento individualizzato, diverso, cioè, per ogni vittima. Sul punto, oltre ai contributi già menzionati, LUPÀRIA, *I contorni del concetto di vittima nella Decisione quadro 2001/220/GAI*, in *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, cit., 2, che parla dell'ultravulnerabilità del minore, con conseguente sua necessità di azioni *ad hoc* per la sua salvaguardia nel processo o PARIZOT, *Notazioni comparate*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., in partic. 287.

<sup>50</sup> Per i rapporti tra discrezionalità e processo penale, v. VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, 3 ss.

re del *munus publicum* il potere (*rectius*: il dovere) di organizzare l'attività in modo da attuare l'indirizzo normativo<sup>51</sup>. Dunque, ogni scelta che finisca per deviare dal fine indicato dai compilatori è censurabile – si diceva – in quanto cattiva – o, addirittura, mancata – applicazione della regola processuale, qui, peraltro, suscettibile di produrre effetti negativi, a mo' di valanga, sull'attività istruttoria che segue a quella viziata e, quindi, sull'esito del giudizio.

Ci si pensi: semmai l'offeso venisse ascoltato senza tutele, potrebbe bloccarsi – e, quindi, astenersi dal riferire le informazioni che gli vengono richieste – o, ancora, potrebbe confondersi, esprimersi in modo erroneo e, quindi, portare l'accertamento su un binario diverso dal dovuto<sup>52</sup>.

In breve, la divergenza dal paradigma che le norme impongono per interagire con il vulnerabile – teste o vittima che sia – oltre a porsi contro un modello di equità processuale<sup>53</sup> che è tratteggiato a vividi colori a livello costituzionale ed europeo, arriva a riverberarsi sugli esiti possibili del giudizio per il tramite delle successive evidenze, che ereditano il difetto a monte prodottosi per l'inosservanza delle regole di protezione qui velocemente richiamate. E questo, a tacere delle ricadute negative sull'integrità psico-fisica della persona che ricopre il ruolo di offeso: è, di nuovo, il discorso della vittimizzazione secondaria più sopra introdotto.

Il prosieguo del lavoro tradurrà queste intuizioni nelle categorie delle invalidità processuali: per ora bastava porre l'accento sui rischi che derivano dal non riconoscere nella vittima l'attributo o, meglio, il grado di peculiare vulnerabilità. Prima di approfondire ulteriormente, però, ci si attardi ancora un attimo su questo tema, con un esempio che, meglio di tutti, spiega come sia il fraseggio normativo a non offrire all'interprete i giusti strumenti per assistere chi entra nel processo in condizioni di speciale fragilità: il legislatore nostrano s'è astenuto – pure nelle ultimissime novelle, all'apparenza vocate alla salvaguardia degli offesi più deboli<sup>54</sup> – dal determinare rimedi realmente effettivi al pe-

---

<sup>51</sup> Uno *screening* delle problematiche che, a livello giurisprudenziale (ma pure sul piano empirico), si sono riscontrate nel dare applicazione alle regole sull'audizione protetta, in FAMIGLIETTI, *Persona offesa e modalità di audizione protetta: verso lo statuto del testimone vulnerabile*, in [www.processopenaleegustizia.it](http://www.processopenaleegustizia.it).

<sup>52</sup> Torna l'idea del proteggere il vulnerabile pure *dal* processo (per questa espressione, v. pure LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 879). Qualora ciò non accada il giudizio si trasformerà in luogo iniquo, offendendo le istanze della vittima ma, pure, deviando rispetto al proprio fisiologico fine del compiuto accertamento dei fatti.

<sup>53</sup> Riferibile anche come il contesto in cui si contemperano le esigenze dell'offeso e quelle dell'accusato, come di recente affermato da Corte giust. UE, 29 luglio 2019, Gambino, Hyka (causa C-38/18).

<sup>54</sup> Per tutte, la L. 19 luglio 2019, n. 69 nota – lo s'è visto – come *Codice rosso*.

ricolo di vittimizzazione secondaria, vanificando - s'aggiunga - quell'imperativo europeo da cui si è qui partiti, di garantire all'offeso una tutela «globale e coordinata»<sup>55</sup>. Merita, allora, mantenersi giusto per poco su questi rilievi, ancora introduttivi.

3. *Errori di sistema.* La tutela del vulnerabile, quando persona offesa dal reato, è tema di solo sporadico interesse per il legislatore nostrano e che, al di là dell'art. 90-*quater* c.p.p. e dei disposti ad esso collegati, non è ancora entrato tra i parametri di efficienza del processo, designando con questo termine - appunto: efficiente - non l'attività che scivola velocemente, senza che ne rilevino troppo gli esiti o, anche, la correttezza, ma piuttosto quella che, ottimizzando gli strumenti per il suo compimento, sappia contemperare in modo corretto gli interessi in gioco e raggiungere senza inutili freni il proprio scopo. Un buon esempio di efficienza è stato dato dalla Corte di Strasburgo, in *Doorson c. Olanda* (26 marzo 1996), che ha conciliato il diritto al contraddittorio nella formazione della prova con quello alla sicurezza e all'incolumità del teste: quest'ultimo può pure rimanere anonimo, purché - si legge - la condanna non si fondi in modo esclusivo o preponderante sui *dicta* di dichiaranti non sottoposti a confronto con la difesa<sup>56</sup>.

Ma, se è senz'altro più semplice operare un bilanciamento di esigenze contrapposte nel particolare di una vicenda giudiziaria - specie quando rimessa ad un organo, come la Corte E.D.U., che per sua natura argomenta secondo una logica *fuzzy*<sup>57</sup> -, ci si attenderebbe comunque dal legislatore un'attività normativa coerente con se stessa e con i principi espressi dalle fonti superiori. Come a dire che, è vero, il giudice stabilisce volta per volta quale interesse assecondare o come individuare una soluzione di compromesso tra opposte istanze; ugualmente, però, se le regole del gioco non fossero scritte in modo logico e rispettoso delle indicazioni costituzionali (od europee)<sup>58</sup>, al decisore

<sup>55</sup> Ancora il considerando n. 5 della decisione quadro 2001/220/GAI.

<sup>56</sup> La pronuncia è stata contestualizzata nella giurisprudenza della Corte da AURIEMMA, *Sulla prova "unica o determinante". Il caso Al Khawaja e Thery c. Regno Unito*, in *questa Rivista* e da DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 141. Sul tema della *sole or decisive rule* nelle decisioni strasburghesi, VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *questa Rivista*.

<sup>57</sup> E a un diritto liquido, per utilizzare l'evocativa espressione di PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1102 ss.

<sup>58</sup> Con un maggiore grado di precisione, sta al legislatore operare il bilanciamento tra diritti costituzionalmente protetti: «sono relativamente infrequenti i casi di leggi che si scontrano con specifiche disposizioni costituzionali, per lo più la Costituzione entra in gioco attraverso il richiamo di principi generalissimi come il principio di eguaglianza o attraverso operazioni di bilanciamento tra principi costituzionali»

non verrebbero consentite opzioni di efficienza: egli a ciò sarebbe impedito dall'assenza di un coerente dettato normativo da interpretare e da applicare<sup>59</sup>. Ecco perché, in apertura, si lamentava che la tutela del vulnerabile non rientra ancora tra i parametri di efficienza del processo: ora se ne afferma l'importanza<sup>60</sup>, ora la si disconosce per il proliferare di istituti che, nei fatti, pongono in angolo le istanze dell'offeso<sup>61</sup>. Proprio qualche esempio di tale tendenza sarà oggetto di immediata attenzione.

Nel contesto di riferimento va menzionato il contrasto tra alcuni aspetti del rito *ex artt.* 444 ss. c.p.p. e le norme sovranazionali a protezione della vittima debole: si guarda, prima di tutto, alla Convenzione di Istanbul che, all'art. 48, par. 1 vieta la mediazione obbligatoria come strumento risolutivo dei conflitti generati da violenza di genere o domestica<sup>62</sup>.

Il disposto punta ad evitare che, avvertendo un senso di vergogna, di impotenza e di fragilità proprio a causa dell'aggressione subita, all'offeso sia imposto di partecipare ai percorsi di conciliazione, sentendosi subordinato alla propria controparte e, con ciò, vanificando il principale tra i requisiti imposti a questo genere di attività: il rapporto paritario tra i contendenti (par. 252 dell'*Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing*

---

(BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. I (Le fonti del diritto)*, a cura di Brunelli, Pugiotto, Veronesi, Napoli, 2009, 45-46). Ciò basta ad evidenziare l'importanza del ruolo di chi scrive la norma: se questa è incerta, confusa o incompleta, nel concreto dei rapporti giuridici sarà impossibile una corretta applicazione dei principi posti dalle fonti superiori.

<sup>59</sup> Peraltro con il pericolo della c.d. giurisprudenza creativa, non infrequente nemmeno nel settore che si esplora in questo lavoro: sul tema della legalità processuale e delle deviazioni, giustappunto, creative del giudiziario, si rimanda a VALENTINI, *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in questa *Rivista*.

<sup>60</sup> Basta leggere i lavori preparatori delle ultime novità: l'On. Valentina Palmisano, alla Camera (seduta n. 150 del 27 marzo 2019), commentando il d.d.l. C-1455/A (che, approvato, confluirà nella L. n. 69 del 2019), parlava della necessità di «reprimere e punire senza sconti abusi, maltrattamenti e omicidi di donne, vittime di relazioni malate e bersagli di violenze da parte di uomini senza scrupoli». Analogo nei contenuti l'intervento del Sen. Primo De Nicola al Senato (seduta n. 134 del 17 luglio 2019) che descriveva la violenza di genere come «un fenomeno culturale con radici profonde e che, proprio sul piano culturale, andrebbe contrastato con l'ausilio delle discipline antropologiche, pedagogiche e psicologiche, in modo sistematico e scientifico».

<sup>61</sup> Contraddicendo, di fatto, lo statuto introdotto con il d.lgs. n. 212 del 2015.

<sup>62</sup> Vaga è la terminologia dell'art. 48. Essa, però, ben può essere contestualizzata nel settore di riferimento: utili spunti in questa direzione provengono da VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, 382 o da EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1157 ss. In generale, sull'idea di una mediazione penale, v. PATANÈ, voce *Mediazione penale*, in *Encicl. dir.*, Annali, II-1, Milano, 2008, 572 o CERETTI, *Mediazione penale e giustizia*, in AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive*, Milano, 1999, 69.

*and combating violence against women and domestic violence*<sup>63</sup>).

Ora, se parlando di vittime deboli è da scongiurare un tale scenario, a maggior ragione occorre evitare situazioni in cui quelle siano costrette ad uscire dal processo per la scelta altrui: è il caso del patteggiamento nostrano, del tutto ammissibile per varie fattispecie delittuose che rientrano nella sfera applicativa della Convenzione di Istanbul e che conduce all'applicazione di una pena sull'unico presupposto dell'accordo tra pubblica accusa ed imputato, poi vidimato dal giudicante, senza che la persona offesa possa esprimersi sui contenuti del negozio<sup>64</sup>.

Appare evidente l'irragionevolezza della soluzione non appena si pensi, poi, che il nostro Paese ha ratificato la Convenzione di Istanbul<sup>65</sup> che, quindi, è parte di un *acquis* normativo la cui infrazione genera previsioni interne incostituzionali per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost.

Per altro verso, l'indicazione proveniente dall'*Explanatory Report* potrebbe, *de iure condendo*, valere a monito per il legislatore interno; un'avveduta opera regolativa degli strumenti per il contrasto della violenza dovrebbe, infatti, cogliere l'insegnamento dei *conditores* d'oltre confine, applicandolo a qualsiasi contesto nel quale appaia una vittima di particolare vulnerabilità. Lì, ogni procedura escludente la persona offesa - ivi compreso il patteggiamento - andrebbe dichiarata illegittima. Si inizierebbe a concepire l'accesso ai riti premiali non più - com'è oggi - sulla base del compasso edittale<sup>66</sup>, ma, final-

---

<sup>63</sup> Che merita di essere letto integralmente: «*while the drafters do not question the advantages these alternative methods present in many criminal and civil law cases, they wish to emphasise the negative effects these can have in cases of violence covered by the scope of this Convention, in particular if participation in such alternative dispute resolution methods are mandatory and replace adversarial court proceedings. Victims of such violence can never enter the alternative dispute resolution processes on a level equal to that of the perpetrator. It is in the nature of such offences that such victims are invariably left with a feeling of shame, helplessness and vulnerability, while the perpetrator exudes a sense of power and dominance. To avoid the re-privatisation of domestic violence and violence against women and to enable the victim to seek justice, it is the responsibility of the state to provide access to adversarial court proceedings presided over by a neutral judge and which are carried out on the basis of the national laws in force. Consequently, paragraph 1 requires Parties to prohibit in domestic criminal and civil law the mandatory participation in any alternative dispute resolution processes.*».

<sup>64</sup> Basta una pena in concreto di sette anni e mezzo, poi ridotta nella misura massima di un terzo, per accedere al rito, e si tratta di una possibilità concreta in giudizi per maltrattamenti, violenza sessuale, lesioni (anche gravi o gravissime) o atti persecutori: tutti reati violenti, che ben possono offendere una vittima in condizioni di particolare vulnerabilità.

<sup>65</sup> Con L. 27 giugno 2013, n. 77. Antecedente, quindi, alle novelle che hanno introdotto la messa alla prova (L. 28 aprile 2014, n. 67) o l'estinzione del reato per condotte riparatorie (L. 23 giugno 2017, n. 103).

<sup>66</sup> Come, peraltro, viene fatto costantemente: si pensi alla recentissima "riforma" dell'abbreviato (L. 12 aprile 2019, n. 33) che, più su pulsioni "di pancia" che sulla scorta di meditate riflessioni giuridiche, ha escluso l'accesso al rito per i reati puniti con l'ergastolo. Sul punto, giustamente critici, DI CHIARA,

mente, sulla scorta del bene giuridico offeso, delle modalità di condotta e del tipo di rapporti intercorrenti - prima, durante e, pure, dopo il reato - tra chi ha commesso l'illecito e chi lo ha subito.

Ricadute interessanti si produrrebbero pure sulla messa alla prova per adulti<sup>67</sup>, che cesserebbe di apparire - com'è stato nei primi cinque anni dalla sua introduzione - come una scorciatoia a tutto vantaggio dell'imputato, acquisendo, piuttosto, la funzione di strumento realmente riabilitativo di colui che, in fondo, ha commesso un errore veniale<sup>68</sup> ed isolato<sup>69</sup>, nell'ambito di un'esistenza in armonia con i valori dell'ordinamento.

Convince poco, infatti, l'«ove possibile», che l'art. 168-*bis* c.p. impiega riferendosi al risarcimento del danno da reato<sup>70</sup>; ugualmente, piace poco la vaga prescrizione di condotte volte ad eliminare le conseguenze dannose o perico-

*Giudizio abbreviato, reati 'da ergastolo', populismo penale e Stato di diritto*, in [www.processopenaleegustizia.it](http://www.processopenaleegustizia.it). e GIUNCHEDI, *De profundis per i procedimenti speciali*, in questa *Rivista*.

<sup>67</sup> Sui rapporti tra messa alla prova e mediazione si rinvia al saggio di SIVIER, *Mediazione, messa alla prova e parte civile. Chi paga le spese processuali?*, in *La vittima nel "nuovo mondo" della mediazione penale. Profili di un'assenza*, a cura di Valentini, Trapella, Roma, 2019, 71.

<sup>68</sup> TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova per adulti*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di Triggiani, Torino, 2014, 58 parla di «reati di minore gravità, che pertanto non destano un particolare allarme sociale» in riferimento al limite oggettivo per l'accesso al rito, dei quattro anni di massimo edittale (o della procedibilità nelle forme degli artt. 550 ss. c.p.p.). Ebbene, se l'equazione «pena bassa = minore gravità e minore allarme sociale» regge perfettamente secondo gli schemi del diritto penale nostrano ed, in particolare, del principio di proporzionalità della sanzione, una critica va mossa al legislatore che, procedendo ad innovare la parte speciale del codice penale con ritocchi sporadici e - fino all'introduzione dell'art. 3-*bis* c.p. - ricorrendo alla legislazione speciale, ha perso quello sguardo di insieme che gli permetteva di calibrare il trattamento punitivo sull'effettivo allarme sociale. A ciò s'aggiungano le spinte dell'opinione pubblica che, di tanto in tanto, impongono aumenti edittali a quelle tipologie criminose che, nel frangente, appaiono maggiormente pericolose. Il risultato, con un esempio, è che, ad oggi, una sottrazione internazionale di minore è punita con un massimo di quattro anni di reclusione, mentre l'indebito uso di carta di credito altrui prevede ben cinque anni come pena maggiore: per la prima ipotesi è possibile la messa alla prova, impedita, invece, nel secondo caso.

<sup>69</sup> E, infatti, la messa alla prova può essere concessa una volta sola nella vita, con successiva iscrizione - si prevedeva in origine - della sentenza nel casellario giudiziale: bene lo spiega TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova per adulti*, cit., 58.

Di recente Corte Cost., sent., 7 novembre 2018, n. 231 (nota di ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova nei certificati del casellario richiesti dall'interessato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)) ha dichiarato illegittima quest'ultima previsione, giustappunto riferibile all'iscrizione del proscioglimento per buon esito della prova.

<sup>70</sup> E così il risarcimento del danno diventa un contenuto non indefettibile del programma: v. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili introdotte dalla legge n. 67/2014*, pubblicata in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

lose del reato senza ulteriormente specificare<sup>71</sup> o, ancora, l'assenza di un obbligo, per il giudice e per l'U.E.P.E., di indirizzare i lavori di pubblica utilità nello stesso ambito in cui è occorsa la violazione che s'addebita all'imputato<sup>72</sup>. Il fraseggio normativo induce nella prassi alla convinzione che, nei casi in cui la messa alla prova sia possibile, l'imputato possa svolgere un periodo più o meno lungo di lavori socialmente utili, senza interessarsi troppo della persona offesa, per conseguire un facile proscioglimento. Tale stortura – non infrequente, se si osserva la realtà empirica – porta nuovamente a mettere in angolo la vittima e le sue esigenze, in un modo non troppo diverso da quel che s'è osservato per il patteggiamento.

Ancora una volta, le indicazioni della Convenzione di Istanbul potrebbero illuminare l'attività del legislatore, che potrebbe rivedere gli artt. 168-*bis* ss. c.p. per meglio contestualizzare il percorso imposto all'imputato, indirizzandolo anche verso le istanze della persona offesa e per escludere l'accesso al rito ogni volta che vi siano nella vittima i connotati della speciale debolezza. Difatti, intesa correttamente, la messa alla prova imporrebbe<sup>73</sup> un dialogo tra l'accusato e l'agredito cui, per previsione sovranazionale, quest'ultimo non può essere obbligato.

Da ultimo, giusto per terminare l'*excursus* sui casi in cui il legislatore ha privilegiato frettolose soluzioni a vertenze, magari ritenute bagatellari, con il risul-

<sup>71</sup> Con il paradosso – qui da leggersi con gli occhi della persona offesa – che, nell'impianto dell'istituto, le condotte riparatorie assumono un ruolo di primo piano, ma la realtà della prassi è ben diversa e regala al giudice amplissimi poteri decisorii sulla congruità della riparazione. Su questo argomento, MIEDICO, *Sospensione del procedimento e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>72</sup> S'immagini, con un esempio, quale ristoro possa trarre la vittima di reati endofamiliari (es. una violazione degli obblighi di assistenza familiare o una sottrazione minorile) che si veda il proprio antagonista impegnato per qualche mese in mansioni di pulizia, il cui buon esito contribuisce a determinare il corretto svolgimento della prova e, per quella via, il proscioglimento.

<sup>73</sup> Il condizionale è d'obbligo, specie dopo che il Tribunale di Prato sollevò questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost., poiché gli artt. 168-*bis* ss. c.p. e 464-*bis* ss. c.p.p. si applicherebbero ad un numero indiscriminato di reati, trattando in modo uguale casi, invece, eterogenei. La Consulta dichiarò la manifesta infondatezza della questione poiché il nuovo rito «comporta una diversificazione dei contenuti del programma di trattamento, con l'affidamento al giudice di “un giudizio sull'idoneità del programma e quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte afflittiva sia di quella rieducativa”; [...] questo giudizio deve svolgersi in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., [di talché] il trattamento dell'imputato nei diversi casi oggetto del procedimento speciale in questione risulta perciò necessariamente diverso» (Corte Cost., ord., 11 gennaio 2017, n. 54, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di ANDOLFATTO, *Nuovo giudizio di legittimità costituzionale sulla sospensione del procedimento con messa alla prova: la consulta respinge tre questioni sollevate dal Tribunale di Prato*). Tutto è rimesso alla prassi applicativa dei tribunali, su cui – dice la Corte – grava il compito di riempire di significato il dettato normativo vago – e non potrebbe essere diversamente – delle norme sulla messa alla prova per adulti.

tato di includere in queste *diversions* processuali pure situazioni con vittime vulnerabili, il discorso appena compiuto per la messa alla prova va applicato all'estinzione del reato per condotte riparatorie, il cui impianto ha rivelato tutta la propria inadeguatezza<sup>74</sup> a pochissimi mesi dall'entrata in vigore dell'art. 162-ter c.p., allorché s'è dovuto interdire l'accesso all'istituto nei processi per atti persecutori<sup>75</sup>. Facile previsione è che si rivivranno le stesse criticità – sempre a danno delle persone offese – per il nuovo reato di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter c.p., introdotto dalla L. n. 69 del 2019), punibile – si pensi – a querela e, quindi, rientrante nel campo d'applicazione dell'art. 162-ter c.p., non toccato in alcun punto dal recente Codice rosso<sup>76</sup>.

C'è bisogno di una visione di insieme, che offra dignità alla posizione del vulnerabile, senza porlo in secondo piano a preferenza – già si diceva – di soluzioni pseudoefficientistiche, vocate più al “fare presto” che al “fare bene”.

Una soluzione, cogliendo lo spirito delle fonti internazionali, potrebbe essere quella, già anticipata, di consentire l'applicazione della pena su richiesta o la messa alla prova non sulla scorta di un criterio quantitativo, ma sulla base di uno qualitativo.

Il legislatore potrebbe individuare un novero di reati per cui, in riferimento al tipo di condotta, alle modalità di estrinsecazione del disegno criminoso e ai caratteri della vittima, si presumesse (beninteso: *iuris tantum*<sup>77</sup>) la vulnerabilità

<sup>74</sup> Lo scrive bene DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 437 ss. che evidenzia nell'art. 162-ter c.p. il ruolo marginale della vittima, con vanificazione delle finalità rieducative e preventive che l'istituto si prefiggeva.

<sup>75</sup> Con la nota L. 4 dicembre 2017, n. 172 che, dopo avere convertito il d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, frettolosamente, aggiungeva un co. 2 al suo unico articolo, modificando l'art. 162-ter c.p. con la chiosa: «le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi di cui all'articolo 612-bis».

<sup>76</sup> Riflette sui rapporti tra l'art. 162-ter c.p. e l'aumento del novero dei reati perseguibili a querela, giungendo a conclusioni non diverse dalle nostre, GIUNTA, *Querela, selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della dellazione in concreto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 473 ss.

<sup>77</sup> E questo, sempre per quanto *supra* (par. 2) già visto: la vulnerabilità non è un concetto assoluto, capace di adattarsi ad una secca alternativa del tipo “sì/no”. È, piuttosto, una nozione fluida: bisogna apprezzare il tipo di debolezza dell'offeso e le esigenze che manifesta nel concreto di quella specifica vicenda processuale. Per compiere un tale apprezzamento – si diceva – il giudice necessita del supporto delle parti: diversamente dovrebbe accontentarsi di quel che vede al suo primo contatto con la vittima. D'altro canto, la fragilità del soggetto passivo – s'è detto – è un tema di prova, che soggiace alle regole imposte dagli artt. 187 ss. c.p.p.

Ferme queste premesse, si propone una presunzione relativa, poiché, attraverso la propria attività dialettica, le parti possono sempre dimostrare che non si tratta di una vittima particolarmente vulnerabile, venendo, così, meno l'ostacolo al libero accesso al rito premiale. Dinanzi ad una medesima fattispecie (es. maltrattamenti), diverso sarà il caso del figlio appena maggiorenne accusato di perseguitare il padre quando, però, quest'ultimo regolarmente insultava, umiliava e picchiava il ragazzo, da quello del marito che quotidianamente raggiungeva la moglie, indifesa, con urla, minacce, epiteti offensivi, fino a svegliar-

della persona offesa, permettendo l'accesso ad uno dei due riti solo quando la vittima accettasse di partecipare al negozio sulla pena - non certo e non tanto per esprimersi sul *quantum*, quanto piuttosto per trattare aspetti collaterali come, ad esempio, il fatto di subordinare la sospensione condizionale al compimento di attività riparatorie - o alla preparazione del programma di trattamento<sup>78</sup>. Per gli altri reati, invece, il meccanismo ora descritto funzionerebbe solo previa dimostrazione della speciale fragilità del soggetto passivo<sup>79</sup>.

Si rispetterebbe, in tal modo, il monito della Convenzione di Istanbul, evitando che l'offeso - già gravato dagli effetti di un reato che lo indebolisce in modo particolare - subisca le scelte dell'imputato e si trovi sprovvisto di parola nel processo che lo riguarda, a nulla valendo la possibilità che l'ordinamento comunque gli riconosce di agire in sede civile<sup>80</sup>: tale ultimo contesto non è, infatti, fungibile rispetto al penale, prevedendo costi molto più gravosi<sup>81</sup>, tempistiche più lunghe<sup>82</sup> e forme comunque diverse.

Sussistono ora tutti i presupposti per comprendere che cosa i compilatori europei intendono per tutela globale e coordinata: essi chiamano gli Stati ad intervenire in modo organico e coerente in favore del vulnerabile. L'esempio che s'è appena riportato, del contrasto tra le regole che governano l'accesso ai riti premiali e le indicazioni della Convenzione di Istanbul, serve a comprendere quanto lunga ancora sia la strada per raggiungere l'obiettivo. Ora si gua-

---

la nel cuore della notte con schiaffi e pugni.

<sup>78</sup> Si tratterebbe, insomma, di importare un vero e proprio meccanismo di mediazione penale sul modello di quanto già previsto in altri Paesi (ad es. in quello sloveno o in quello croato; per analisi di quei contesti, v. PLESNIČAR, HAFNER, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Uno sguardo all'ordinamento sloveno*, in *La vittima nel "nuovo mondo" della mediazione penale*, cit., 105; SKORIČ, RITTOSSA, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Uno sguardo all'ordinamento croato*, in *La vittima nel "nuovo mondo" della mediazione penale*, cit., 129), beninteso senza obbligare la persona offesa ad accedervi, stante l'art. 48, par. 1 della Convenzione di Istanbul. Ecco perché si qualifica il suo consenso - che dovrà essere libero e la sua autenticità dovrà essere sempre valutabile dal giudice - a prendere parte al tavolo di mediazione come condizione necessaria per l'accesso al rito.

<sup>79</sup> Secondo una sorta di presunzione inversa rispetto alla precedente: qui si assume che la vittima non sia vulnerabile, fino a prova contraria offribile da qualunque tra le parti, con qualsiasi mezzo.

<sup>80</sup> Classico *leit-motiv* della giurisprudenza, anche costituzionale (v. già Corte Cost., sent., 26 settembre 1990, n. 443), inaccettabile nella prospettiva che il rito penale sia comunque luogo di tutela della persona offesa.

<sup>81</sup> Si pensi all'art. 76, co. 4-ter, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 che consente l'accesso al patrocinio a spese dello Stato, indipendentemente dal reddito dell'interessato, per gli offesi da una serie di reati con vittime vulnerabili (minori, donne, familiari, ecc.). La norma non è evidentemente applicabile in ambito civile.

<sup>82</sup> Consultando i dati sulla durata media dei processi, sul sito del Ministero della giustizia i più recenti risalgono al 2016: guardando al solo primo grado di giudizio, si parla di 981 giorni per i contenziosi civili contro i 707 per i giudizi penali dinanzi al tribunale collegiale e i 534 del rito monocratico.

derà oltre, individuando nel minorenni l'archetipo del vulnerabile per approfondirne la condizione nel particolare momento in cui egli è sentito a processo: anche qui, si propone una lettura delle norme interne che ne metta in luce lo scarso grado di coesione attorno ai principi sovranazionali che, nella parte introduttiva di questo lavoro, si sono a più riprese richiamati; anche qui, insomma, è corretto parlare di errori di sistema nell'applicare le indicazioni provenienti dalla Costituzione e dai diritti europei.

4. *Un sistema inadeguato al minore vulnerabile.* Occorre recuperare un concetto già toccato in precedenza<sup>83</sup>: per sua natura al minorenni bisogna accordare la massima attenzione, tuttavia, a fini processuali, va inteso nei termini di un soggetto particolarmente vulnerabile solo in rapporto alla specifica vicenda giudiziaria nella quale si inserisce<sup>84</sup>. È necessario, insomma, considerare gli indici dell'art. 90-*quater* c.p.p. nella loro globalità<sup>85</sup>, combinandoli insieme e verificando – appunto, all'esito di un esame complessivo – se si possa attestare la speciale fragilità dell'infradiciotenne, concedendogli, per essa, le tutele di cui si dirà appresso<sup>86</sup>.

Non bisogna incappare nell'equivoco di ritenere la peculiare debolezza della giovane persona offesa esclusivamente in ragione della sua minore età<sup>87</sup>: sem-

<sup>83</sup> Ci si riferisce alle riflessioni di BELLANTONI, *Soggetti vulnerabili e processo penale*, cit., in partic. 4 ss. e di CESARI, *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni*, cit., 263.

<sup>84</sup> Già la Corte di giustizia dell'U.E., nella sentenza Pupino, ha inteso la vulnerabilità del minore come derivata dall'età e dai reati che lo hanno offeso: il suo *status* di infradiciotenne, infatti, da solo non basta a farne una vittima debole. Sul tema, recentissimo, MUSCELLA, *Un nuovo idolum theatri*, cit., 11.

<sup>85</sup> Come, infatti, suggerisce la natura di criterio generale dell'art. 90-*quater* c.p.p., su cui pure CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, cit.

<sup>86</sup> Critico sulla formula dell'art. 90-*quater* c.p.p. BOUCHARD, *Prime osservazioni al decreto legislativo sulle vittime di reato*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) per cui la norma farebbe «desumere l'esigenza di protezione della vittima da caratteristiche "specifiche" anziché accertarla, in concreto, di volta in volta, a prescindere da quelle caratteristiche che qualificano una particolare situazione di vittimizzazione». Come confermato dall'Autore, tale esegesi contraddirebbe il portato delle fonti sovranazionali a tutela dell'offeso: per tale ragione – e lo s'è qui osservato a più riprese –, si intende l'art. 90-*quater* c.p.p. come un disposto che elenca possibili (e mai tassativi) indici ai quali agganciare la valutazione di peculiare fragilità della vittima. Una valutazione – si diceva – che deve essere compiuta in concreto, onde addivenire all'individualizzazione del trattamento, caldeggiata a livello europeo.

<sup>87</sup> Del resto, l'art. 90-*quater* c.p.p. detta degli indici per il vaglio di vulnerabilità, senza, invece, indicare i criteri operativi per arrivare ad associare alla persona offesa questo attributo. Per tale ragione è parso opportuno fin dall'abbrivio di questo lavoro esplicitare la nostra posizione: una persona che possieda una delle caratteristiche descritte dall'art. 90-*quater* c.p.p. non è solo per questo particolarmente fragile; occorre – lo s'è ormai detto più volte – un'analisi in concreto. Critica su questo punto, anche TRIBISSONNA, *Particolare vulnerabilità della vittima o particolare vulnerabilità del sistema?*, in *Atti del Convegno. Vittime di reato: dalla direttiva 2012/29/UE al d.lgs. 212/2015. Problemi e prospettive applicative*,

plificando (ma non troppo), il rischio sarebbe di collocare su un piano paritario casistiche eterogenee come quella del diciassettenne cui hanno rubato il velocipede e l'altra, della bambina di otto anni, violentata dal genitore.

Classificare le vittime - s'è già detto - serve ad assicurare un trattamento individualizzato, necessario a fornire a ciascuna di esse il giusto supporto contro la vittimizzazione secondaria e, più in generale, contro il reiterarsi delle conseguenze del reato sulla persona di chi lo ha subito<sup>88</sup>. Per tale motivo sono impossibili classificazioni oggettive; il che porta il giudice e le parti ad una vera e propria attività dialettica, finalizzata a comprendere se sussista, e in che grado, una condizione di vulnerabilità particolare nella vittima: un'attività - come si notava - che può raggiungere epiloghi pure antitetici a seconda del modo in cui viene condotta<sup>89</sup>.

Si portano ad esempio due casi, tratti dalla recente giurisprudenza di legittimità.

In Cass., Sez. VI, 23 febbraio 2018, n. 18833 la Suprema Corte ha affrontato un'ipotesi di maltrattamenti, subiti da minori che avevano assistito a litigi tra genitori, occorsi all'interno delle mura domestiche.

La tesi difensiva poggiava sull'argomento che i giovani non avevano mai manifestato disagi o segnali di imbarazzo; d'altro canto - sostenevano i coniugi imputati - gli alterchi non li coinvolgevano direttamente e le eventuali violenze, comunque non negate, non erano certo rivolte a loro.

Per la pubblica accusa, viceversa, si sarebbe trattato di un caso di violenza assistita<sup>90</sup>, integrato dalla semplice costrizione a presenziare a reiterati episodi di conflittualità, di aggressività fisica e psicologica, con condotte vessatorie tra i genitori connotate da minacce, insulti, lancio di oggetti, ecc.<sup>91</sup> Secondo il pub-

---

cit., in partic. 104-107.

<sup>88</sup> D'altra parte, è ben vero che «la minaccia al principio di giustizia si connette poi alla persistenza dell'afflizione, perché la cessazione degli effetti immediati del reato o del danno produce una diminuzione della percezione del livello di gravità dell'evento vittimizzante», pur magari esso persistendo in maniera silente, ma non per ciò meno grave. Il virgolettato è da FANCI, *La vittimizzazione secondaria*, cit., 59.

<sup>89</sup> Com'è nella logica del processo, allorquando un assunto (accusatorio o difensivo, non importa) viene sottoposto al fuoco incrociato delle domande e delle asserzioni altrui. Intendendo la vulnerabilità tra i *themata probanda* questa è conclusione obbligata.

<sup>90</sup> L'orientamento giurisprudenziale che riteneva vittime di maltrattamenti non solo coloro che li subiscono, ma pure il familiare minore che assiste alle violenze è stato (finalmente) recepito a livello normativo dall'art. 9, co. 2, lett. c), L. n. 69 del 2019, che ha aggiunto all'art. 572 c.p. un co. «il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato».

<sup>91</sup> Esaminando la giurisprudenza sull'aggravante ex art. 61, n. 11-*quater*; c.p., si notano arresti che conferiscono la qualifica di persona offesa e la legittimazione a costituirsi parte civile o ad impugnare al mino-

blico ministero – e in base, pure, alla ricostruzione compiuta dai giudici del merito e, poi, accolta dalla Cassazione – tanto sarebbe bastato a comportare gravi ripercussioni nella prole sui processi di crescita e di formazione della personalità<sup>92</sup>.

C'era, insomma, una divergenza di vedute tra le parti circa l'attributo della particolare vulnerabilità nei figli minorenni: addirittura, per i genitori essi nemmeno sarebbero stati vittime di maltrattamento, poiché non coinvolti nelle liti che interessavano, evidentemente, essi soli. Tali punti specifici, elaborati nelle direzioni che ora s'è detto, entravano nelle strategie argomentative ed istruttorie delle parti, impegnate, così, a dimostrare – pure a mezzo di una consulenza psicologica – la presenza (per l'accusa) o l'assenza (per la difesa) di strascichi pregiudizievole per la personalità dei giovani.

E torna il tema dei possibili epiloghi antitetici<sup>93</sup>: dinanzi alle risultanze dello specialista individuato dalla Procura – che, in effetti, come si legge in sentenza, non aveva rilevato nei ragazzi segnali di disagio familiare –, i genitori sostenevano l'innocuità delle loro condotte sui figli, mentre l'accusa esaltava il carattere intollerabile dell'ambiente in cui i minori erano costretti, così giungendo ad attribuire loro la qualità di vittime particolarmente fragili: la loro minore età, il rapporto con gli imputati e il fatto di essere costretti nell'ambiente domestico ove si consumavano i litigi – dirà la Corte – obbligava a considerarli persone offese, attestando, peraltro, il grave pregiudizio dagli stessi patito e gravante sul loro percorso di sviluppo – si legge – personale, morale e sociale<sup>94</sup>.

Ancora, Cass., Sez. VI, 31 marzo 2016, n. 17679 ha affrontato il tema classico del pericolo occorso dal minore, portato all'estero dal genitore all'insaputa o

re che ha assistito al fatto delittuoso. Così, ad esempio, Cass., Sez. III, 17 maggio 2016, n. 45403.

<sup>92</sup> Per un *excursus* su altri precedenti giurisprudenziali che mettono in luce la gravità delle condotte di violenza assistita per le ripercussioni sulle persone offese, SQUILLACI, *Violenza assistita: prove tecniche di tutela 'rafforzata' del minore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>93</sup> Resi, peraltro, probabili dal fatto che il sistema attuale, accordando protezione alla vittima debole fin dall'avvio delle indagini, rischia di fondare le proprie soluzioni su materiali in corso di consolidamento (così, PAULESU, *Vittime del reato e processo penale: uno sguardo di insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 156). Se la considerazione è senz'altro vera, va, tuttavia, rimarcato che, visti gli effetti della vittimizzazione secondaria e considerati gli strascichi che reati violenti producono su vittime di speciale debolezza, nel dubbio è sempre opportuno apparecchiare gli strumenti di tutela prescritti dall'ordinamento, salvo, poi, doversi prevedere forme di responsabilità per gli errori commessi con dolo e con colpa grave da chi era tenuto all'accertamento e si è persuaso di una realtà distante dal vero, giungendo a limitare la libertà dell'accusato.

<sup>94</sup> La malleabilità dell'art. 90-*quater* c.p.p. (concetto sviluppato in VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, 553 ss.) induce a valutazioni d'insieme e il caso in esame ne è un esempio palese.

contro la volontà dell'altro ed essendo a quest'ultimo impedito l'esercizio della responsabilità genitoriale.

Due erano gli argomenti contrapposti: per il sottrattore, l'espatrio del figlio era il solo modo di salvarlo da un'esistenza pericolosa o, comunque, insoddisfacente; per chi si vedeva privato del contatto con il minore, invece, quest'ultimo sarebbe stato esposto a nocimento proprio oltre confine e per l'effetto della condotta delittuosa dell'altro genitore<sup>95</sup>.

Anche in questa pronuncia gran parte della contesa si è sviluppata nel ritenere o meno l'infradiciotenne vittima, con l'esserne aggravata la condizione di endemica fragilità proprio a causa dell'*abductio*. La qualifica del minore come persona offesa debole diviene, allora, oggetto dell'accertamento giudiziale e, quindi, tema di prova, con la necessaria attività argomentativa di cui già si diceva.

Tanto basta – si ritiene – ad escludere una nozione di vittima – peraltro particolarmente vulnerabile – univoca e sempre uguale a se stessa: nell'impossibilità di tracciare un'equazione tra minore età e debolezza dell'offeso<sup>96</sup>, si richiede un'analisi del tema che non può escludere l'interlocuzione tra le parti e l'acquisizione, sia in indagine che a giudizio, di elementi a sostegno o a detrimento della tesi di peculiare fragilità del giovane. Si può parlare, così, di vere e proprie zone grigie che, al di là dei casi di scuola<sup>97</sup> – pure esistenti nella realtà delle aule di giustizia, ma che non esauriscono il novero delle ipotesi possibili –, impongono il contraddittorio per la prova della vulnerabilità<sup>98</sup>. Ciò obbliga chi scrive ad attardarsi sul modo in cui

---

<sup>95</sup> Dissidio frequente nei casi di sottrazione e trattenimento all'estero di minore: la difesa tenta di dimostrare come l'abduzione fosse dovuta per il bene dell'infradiciotenne, visti i connotati stringenti della fattispecie che, diversamente, condurrebbero l'imputato a condanna in presenza del solo espatrio e del susseguente impedimento all'esercizio altrui della responsabilità genitoriale. *Amplius*, PICOTTI, *Sottrazione e trattenimento di minore all'estero: difficoltà applicative e spunti interpretativi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>96</sup> Come pure suggerito – non lo si dimentichi – dalla giurisprudenza sovranazionale: Corte EDU, 26 luglio 2005, Siliadin c. Francia, suggerisce di concentrarsi pure sulle condizioni di debolezza e di soggezione della vittima verso l'autore del reato; Corte EDU, 11 gennaio 2017, Sheekh c. Olanda guarda pure alle condizioni economiche della persona e, più in generale, al contesto socio-culturale in cui è costretto l'offeso. Sono tutti indici che tornano utili nell'esame di casi di reati endofamiliari, laddove necessariamente va studiato il rapporto tra genitori e figli, oltre al modo in cui i primi hanno educato i minori e alle condizioni in cui questi ultimi vivono. Sul tema, RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore: formazione e valutazione*, Torino, 2015, 46.

<sup>97</sup> Nessuno negherebbe la qualifica di particolare vulnerabilità alla bambina di otto anni violata dal genitore; analogamente, difficile appare intravederla nel diciassettenne che ha subito il furto del velocipede e si presenta in udienza, mantenendo comportamenti del tutto convenzionali.

<sup>98</sup> Conseguenza diretta del fatto che l'ordinamento ha evitato di confinare la qualifica del vulnerabile al tassativo possesso di alcuni requisiti, come bene rileva DI MUZIO, *La testimonianza della vittima "vulne-*

l'ordinamento nazionale regola tale momento dialettico.

Due sono i momenti in cui si articola l'attività propedeutica ad assicurare protezione alla persona offesa vulnerabile e minorenni nel processo<sup>99</sup>: l'*identificazione* dei caratteri previsti dall'art. 90-*quater* c.p.p. e, una volta individuati, l'apprestamento delle *tutele* prescritte *ex codice*.

Partendo dal principio, occorre sciogliere alcuni interrogativi e chiedersi chi sia ad individuare gli attributi della peculiare fragilità nell'infradiciotenne, come costui proceda per identificarli e se possa avvalersi di esperti nel compiere un'operazione siffatta. Sono questi, infatti, i nodi sui quali la normativa nostrana appare laconica, lacunosa e, per certi versi, contraddittoria rispetto ai principi costituzionali ed europei a salvaguardia della vittima.

Li si esamini con ordine.

Le norme sulle indagini (artt. 351, co. 1-*ter* e 362, co. 1-*bis*, c.p.p.)<sup>100</sup> e sull'incidente probatorio (artt. 392, co. 1-*bis* e 398, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*, c.p.p.)<sup>101</sup> impongono di estendere l'applicazione delle regole sull'offeso vulnerabile alla fase investigativa<sup>102</sup>; ad identico approdo si giunge, poi, rammentando che l'art. 90-*quater* c.p.p. è norma di parte statica, destinata, perciò, a valere sempre, dall'acquisizione della *notitia criminis* ai frangenti *post rem iudicatam*. Ne deriva che sono abilitati a ragionare sulle caratteristiche della vittima la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e il giudice per le indagini preliminari: essi, al pari di chi si trova, poi, coinvolto nella dialettica dibattimentale.

L'estensione del novero dei soggetti chiamati a riconoscere la vulnerabilità della persona offesa conduce al pericolo di valutazioni contrastanti nel volgere

*rabile" nel sistema delle garanzie processuali*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>99</sup> Sia chiaro: si è ben consci che non vi è necessaria coincidenza tra vittima e testimone vulnerabile (similmente a quanto già affermato, più di un decennio fa, da BUZZELLI, *Il panorama delle garanzie a protezione della "fonte fragile": il contesto europeo*, in *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di Cesari, Milano, 2008, 10), tuttavia le maggiori criticità sovengono allorché si tratti di sentire la persona offesa nel processo, proprio in qualità di teste. D'altro canto, l'ordinamento nostrano ancora non assicura alla vittima un ruolo ulteriore a quello di dichiarante o, quando danneggiato, di parte richiedente il risarcimento. Tanto porta ad una certa confusione (o, forse meglio, ad un cattivo *draft*) nelle regole che governano le garanzie da assicurare al vulnerabile, esse riferendosi indistintamente ora alla persona offesa, ora al testimone, ora ad entrambi.

<sup>100</sup> Su cui sia consentito il rinvio a TRAPPELLA, *Rimedi al mancato riconoscimento della particolare vulnerabilità della persona offesa*, in *Cass. pen.*, 2017, in partic. 3275-3278.

<sup>101</sup> Su cui, specificamente, CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 351.

<sup>102</sup> Pure difensiva: si pensi all'art. 391-*bis*, co. 5-*bis*, c.p.p. in cui «l'intervento dell'esperto appare imposto ringhiosamente alla difesa, ma solo caldamente consigliato al magistrato inquirente e ai suoi coadiutori», come acutamente osservato da CESARI, *Il minore "informato sui fatti" nella legge 172/2012*, cit., 164.

del procedimento.

Tale possibilità è determinata da un duplice fattore: da un lato, i materiali su cui inquirenti e giudici si pronunciano in favore o per escludere la particolare debolezza possono essere diversi: gli organi delle indagini, infatti, si attivano anche di fronte ad elementi parziali, ad esplorazioni non consolidate o, viceversa, ad evidenze che non saranno, poi, ripetute in dibattimento<sup>103</sup>; d'altra parte, sussiste comunque il rischio di attribuire un valore diverso alle informazioni esaminate, tenuto conto anche degli opposti connotati della fase investigativa – perlopiù segreta – e di quella giudiziale, invece pubblica e qualificata dall'oralità<sup>104</sup>.

Il timore di valutazioni contrastanti, allora, sussiste: s'immagini che polizia giudiziaria e pubblico ministero non s'avvedano della condizione di particolare debolezza in cui versa il minore-vittima, sentito a sommarie informazioni. Interloquendo in forme non protette<sup>105</sup>, il primo rischio è di disperdere ogni possibilità di avere con lui, nel processo, un dialogo sereno e produttivo delle informazioni utili all'accertamento, oltre ad avergli cagionato un danno derivante dal violento impatto con la cruda realtà investigativa. Altro pericolo, poi, è quello che il pubblico ministero si astenga dal richiedere l'incidente probatorio, con ciò costringendo il minore a presentarsi a giudizio, pure a distanza di anni dal fatto che lo ha colpito<sup>106</sup>, a riviverlo e a ripetere quanto probabilmente ha già riferito agli investigatori: ci si muove – è evidente – in un terreno assai fertile per fenomeni di vittimizzazione secondaria<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> Torna la perplessità espressa da PAULESU, *Vittime del reato e processo penale: uno sguardo di insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 156.

<sup>104</sup> In udienza il vaglio sulla vulnerabilità del minore sarà oggetto di confronto tra le parti; ciò che non accadrà, invece, per l'analogo accertamento, compiuto unilateralmente da pubblico ministero e polizia giudiziaria in fase investigativa.

<sup>105</sup> Che per anni la giurisprudenza ha ritenuto non necessarie durante la raccolta delle sommarie informazioni (Cass., Sez. IV, 9 novembre 2006). Certo, non si trattava di orientamento consolidato e la successiva produzione normativa ha in parte smentito la durezza dell'approdo iniziale (Cass., Sez. III, 4 marzo 2010 o, prim'ancora, Cass., Sez. III, 14 dicembre 2007, che già sottolineavano la necessità dell'esperto nell'interlocuzione con il minore).

<sup>106</sup> Con effetti potenzialmente devastanti: è noto, infatti, che «il minore in tenera età dev'essere, infatti, escusso possibilmente a ridosso degli accadimenti, al fine d'evitare processi di rimozione ovvero d'alterazione del patrimonio mnestico». Così, STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima*, cit., 11 ma, pure, VENTURINI, *L'esame del minore in incidente probatorio, tra dati normativi (nazionali e sovranazionali) e prassi giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1928 ss.; VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episodio del rapporto tra scienza e processo*, in *Cass. pen.*, 2008, 3350; ROMEO, *Abusi sessuali sui minori e dinamiche di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1154; COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, in *Il minore fonte di prova nel processo penale*, cit., 124 ss.

<sup>107</sup> Ecco, allora, che l'incidente probatorio diviene una deroga al principio di immediatezza, motivata

Resta, allora, da comprendere come sia possibile scongiurare errori forieri delle conseguenze appena tratteggiate. Lo strumento più idoneo è, senz'altro, l'assistenza di un esperto che aiuti inquirenti e giudicanti a comprendere in che stato versi la vittima minorenni con cui entrano in contatto<sup>108</sup>. Certo, a dispetto del verbo all'indicativo («si avvale»), che compare sia nell'art. 351, co. 1-*ter*, c.p.p., sia nell'art. 362, co. 1-*bis*, c.p.p., l'esegesi giurisprudenziale prevalente ammette l'acquisizione di sommarie informazioni dal vulnerabile pure in assenza di esperto<sup>109</sup>: si tratterebbe di una modalità di assunzione dell'elemento di prova diversa, sì, da quella prevista per legge, ma non per questo – si legge in certe pronunce – censurabile. Per altro verso, analogo discorso opera in dibattito: lungi dal concepire lo specialista come il semplice traduttore dei segni fonici, verbali o comportamentali dell'offeso vulnerabile, egli va piuttosto inteso come un consulente capace di entrare in contatto con la vittima<sup>110</sup> o con il teste, e in grado, per questo, di portare a compimento l'opera dialettica del giudice e delle parti nell'approcciarsi con esso<sup>111</sup>. Proprio per questo suo connotato, egli va inquadrato alla stregua di un perito: infatti, porta nel processo saperi di nicchia e li utilizza in funzione dell'accertamento. Ebbene, va rammentato come la giurisprudenza sull'art.

---

dalle particolari esigenze e dalla peculiare fisionomia del dichiarante minorenni. Si tratta, in fondo, di ragioni analoghe a quelle che spinsero il legislatore ad aggiungere un co. 1-*bis* nell'art. 190-*bis* c.p.p., dedicato proprio ai reati con vittime infradiciottenni. Su questi temi, DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: controriforma del diritto probatorio*, in questa *Rivista*; CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 183 ss.; CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 68 ss.

<sup>108</sup> Esperto, di cui si dice ben poco: il legislatore nemmeno ne specifica la qualifica processuale. Lo nota RECCHIONE, *La prova dichiarativa del minore*, cit., 32.

<sup>109</sup> Recente, Cass., Sez. III, 20 febbraio 2018, n. 22754 secondo la quale «l'inosservanza della disposizione di cui all'art. 351 c.p.p., co. 1 ter, non comporta nullità delle dichiarazioni assunte, potendo assumere rilievo ai fini di una responsabilità disciplinare e può incidere sulla valutazione di attendibilità dei contenuti dichiarativi». Conformi, Cass., Sez. III, 10 dicembre 2015, n. 3867; Cass., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 3651.

<sup>110</sup> Come, peraltro, suggerito dai primi commentatori della L. n. 172 del 2012: CUZZOCREA, *L'ascolto protetto delle persone minorenni prima e dopo la Convenzione di Lanzarote*, cit. 118; FORZA, *L'ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, cit., 143; BRICCHETTI, PASTORELLI, *Psicologo. Valido aiuto nell'attività informativa*, cit., 104;

<sup>111</sup> Questo, però, sempre rimarcando il silenzio della norma sulla sua reale qualifica ed attestando, contestualmente, che viene mal recepita l'indicazione dell'art. 35, lett. c) della Convenzione di Lanzarote che imponeva un obbligo specifico di formazione dei professionisti chiamati ad assistere i minori durante l'esame. Su questi aspetti, TRIBISONNA, *Le modifiche al codice di procedura penale: le regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela per il minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 275; CAPITTA, *Legge di ratifica della convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

220 c.p.p. – salvi recentissimi, quanto timidi *revirements*<sup>112</sup> – affidi alla malintesa discrezionalità – e, quindi, nel significato applicato dalla Suprema Corte, all’arbitrio – del giudicante la decisione se avvalersi o meno dell’esperto<sup>113</sup>. Da ultimo, la lettera della norma qui non aiuta: l’art. 498, co. 4, c.p.p. proprio guardando all’esame del teste (quindi, pure della vittima) minorenni, afferma che il presidente «può» avvalersi dell’ausilio di uno specialista, peraltro ponendolo in alternativa con il familiare del giovane e, così, implicitamente disconoscendo l’importanza delle cognizioni dell’esperto e trattandolo – parrebbe – come qualcuno che serva a mantenere tranquillo il *loquens*<sup>114</sup>.

La conclusione è che, a dispetto della tesi per cui, al fine di evitare errori nel qualificare la persona offesa come vulnerabile, è quanto mai utile la nomina di uno specialista in psichiatria o psicologia (infantile, se trattasi di minorenni), è possibile, sia in fase investigativa che nel processo, approcciarsi alla vittima infradiciottenne, qualificata da particolare debolezza, in assenza di un esperto. Ed avviarsi, così, sia alla valutazione di vulnerabilità, sia all’approntamento (o al diniego) delle tutele di legge sull’esclusivo impulso di chi procede, cioè di un soggetto che nulla conosce della psiche dei più giovani<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Cass., Sez. IV, 21 giugno 2019, n. 28102: «l’espletamento della perizia ogniqualvolta sia necessario svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedano specifiche competenze di natura tecnica. La specificità delle competenze va rapportata alle conoscenze ordinarie dell’uomo medio. La perizia va dunque disposta allorché occorrono competenze che esulano dal patrimonio conoscitivo dell’uomo medio, in un dato momento storico e in un dato contesto sociale» o, anche, Cass., Sez. IV, 12 novembre 2018, n. 49984 da cui si trae l’obbligo del giudice di nominare il perito dinanzi a consulenze tecniche contrapposte.

<sup>113</sup> Per i necessari approfondimenti, VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale*, cit. o, dello stesso Autore, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 88 ss.

<sup>114</sup> Rilevano l’impossibilità di stabilire un perfetto parallelismo tra gli esperti degli artt. 351, co. 1-ter, c.p.p. e 362, co. 1-bis, c.p.p. e quello dell’art. 498, co. 4, c.p.p., guardando comunque alle lacune delle norme che ne qualificano il ruolo, ALESSANDRUCCI, *L’intervento degli esperti in psicologia o psichiatria infantile nell’assunzione delle dichiarazioni rese unilateralmente dal minore a P.G., P.M. e difensore*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2013, ma anche SANTORIELLO, *La presenza dell’esperto nell’esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *questa Rivista*.

Sempre critica su questi temi, in particolare per ciò che riguarda la formazione del perito secondo la dicitura offerta dal legislatore nostrano, TRIBISONNA, *Le modifiche al codice di procedura penale: le regole processuali più severe per l’imputato e maggiore tutela per il minore*, cit., in partic. 275.

<sup>115</sup> La chiosa produce un devastante impatto sulla tenuta dei principi espressi a livello sovranazionale; sarebbe d’aiuto evidenziare il dato che, *post* Lisbona, i materiali unionisti producono effetti diretti sull’ordinamento interno, in caso di loro mancata od incompleta attuazione. Ed è proprio il caso della direttiva 2012/29/UE, mal recepita dall’Italia con il d.lgs. n. 212 del 2015 e con i successivi ritocchi in materia di assistenza alle vittime (tra cui, gli ultimi, quelli della L. n. 69 del 2019). Sviluppa analoghi spunti merito, DEL TUFO, *La tutela della vittima “vulnerabile” nel diritto dell’Unione europea e nella*

Le criticità appena rimarcate evidenziano quanto precario sia lo spazio su cui insistono, poi, le garanzie concesse – beninteso: *se* concesse – al minore che sia pure vittima (o teste) vulnerabile e che sia chiamato a rendere la propria dichiarazione in aula.

Si tratta di un cammino, a sua volta, incerto per l'interpretazione che, di nuovo, la Suprema Corte offre delle tutele del soggetto qui esaminato.

Se, infatti, l'art. 498, co. 4, c.p.p. impone un esame condotto dal giudice<sup>116</sup>, esso esprime pure la possibile deroga, sentite le parti, «se [il decisore] ritiene che l'esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste». Nulla di irreparabile, parrebbe anche leggendo la chiosa del co., per cui «l'ordinanza» che ammette l'escussione mediante *cross examination* «può essere revocata nel corso dell'esame»<sup>117</sup>. Si pensi, tuttavia, che già la valutazione della particolare vulnerabilità può essere operata senza l'ausilio di un esperto; ugualmente, il giudice può stabilire che le modalità tradizionali di interlocuzione con il teste nuocciano (o meno) al minore anche in assenza di uno specialista, con il rischio – di nuovo – di esprimere un giudizio infondato o comunque in contraddizione con il reale stato d'animo – ma, più in generale, con le vere esigenze – dell'interrogato.

Ancora, è fatto divieto al giudicante che si relazioni con il minore di formulare domande suggestive; ciononostante, la Cassazione si ostina a non intravedere profili patologici nella condotta di chi violi questa regola<sup>118</sup>, ben potendo causare nocimento al teste-vittima proprio per il carattere particolare della memoria e della psiche dei più giovani<sup>119</sup>.

---

*Convenzione europea dei diritti dell'uomo: obblighi di incriminazione e armonizzazione dei sistemi penali. Relazione al Convegno I reati con vittima vulnerabile: indagini e giudizio* (Roma 31 gennaio - 2 febbraio 2011), in [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>116</sup> Si tratta del contemperamento di due esigenze: tutela del minore e raggiungimento della verità (cfr. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1024).

<sup>117</sup> Già FAMIGLIETTI, *Minori, infermi di mente*, cit., 446 notava l'ampiezza della sfera di apprezzamento giudiziale, sia in incidente probatorio, sia in giudizio, essendo rimesse al decisore le garanzie di protezione prescritte dagli artt. 398 e 498 c.p.p.

<sup>118</sup> Cass., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46146: «il divieto di porre domande suggestive nell'esame testimoniale non opera con riguardo al giudice, il quale, agendo in una ottica di terzietà, può rivolgere al testimone tutte le domande ritenute utili a fornire un contributo per l'accertamento della verità, ad esclusione di quelle nocive». Conformi, Cass., Sez. III, 25 maggio 2015, n. 21627; Cass., Sez. I, 17 settembre 2014, n. 44223 o, più risalente, Cass., Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068.

<sup>119</sup> Come sottolinea correttamente TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima del reato nel processo penale*, Padova, 2017, 88. In tema, pure RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1609 ss. che ribadisce come lo scopo del disposto sia quello di consegnare al giudice uno strumento di tutela del minore vulnerabile, con successivi effetti devastanti sul giovane in caso di mala gestione degli obblighi prescritti dall'art. 498, co. 4, c.p.p.

E ci si spinge pure oltre: se la Carta di Noto obbliga il giudice ad un atteggiamento di cautela verso il *loquens* minorenni, specie quando soggetto passivo del reato, la giurisprudenza nostrana non associa conseguenze di invalidità al disconoscimento, nella prassi, dei dettami della Carta<sup>120</sup>. E questo, in palese distonia con l'effetto vincolante delle regole internazionali, recepite per parte italiana.

Insomma, il quadro appena dipinto è senza dubbio sconcertante; meglio: è inadeguato alle istanze di chi, infradiciotenne, subisca il - o, pure, assista al - reato, versi per esso in situazioni di speciale fragilità e attenda tutela nel processo o, prim'ancora, in fase di indagine. La sintesi, eccessiva, del dettato normativo si accompagna ad un'interpretazione infedele che fa salve prassi devianti rispetto ai precetti sovranazionali a presidio della vittima di criminalità. Attorno a questo punto, purtroppo fermo, si costruirà il prosieguo del lavoro, guardando, dapprima, alle conseguenze degli errori che inquirenti e giudici possono compiere nell'identificare il vulnerabile e nel regolarne la protezione, e, poi, a possibili soluzioni che, ancora una volta, suggeriranno di operare una riforma di sistema, lontano dai piccoli ritocchi cui la più recente attività normativa ci ha abituato.

*5. Disfunzioni nella tutela processuale del minore, vittima (o teste) vulnerabile.* Con uno schema destinato a complicarsi per le tante variabili della realtà empirica, è possibile tracciare una tassonomia di massima delle disfunzioni conseguenti ad errori dell'autorità nell'attribuire a taluno la qualifica di vulnerabile.

L'esercizio classificatorio è comunque utile, al fine di individuare, poi, soluzioni che rafforzino il sistema di tutele processuali del soggetto più fragile, coinvolto nel giudizio come semplice teste o come persona offesa.

Si guarda, ovviamente, al minore, avendo individuato in lui il paradigma della persona bisognosa di protezione nel (e dal) processo, beninteso concepandone la speciale debolezza alle condizioni esaminate nei paragrafi che precedono. Il discorso, però, vale ovunque si intravedano i connotati dell'estrema fragilità del *loquens*, anche se non coincide con il soggetto passivo del reato.

Se l'*iter* che porta a predisporre le salvaguardie processuali consta delle due fasi dell'individuazione dei tratti di vulnerabilità nel dichiarante e dell'applicazione dei meccanismi di tutela prescritti *ex codice*, può ricono-

---

<sup>120</sup> Cass., Sez. III, 3 febbraio 2016, n. 4375: «l'inosservanza dei protocolli prescritti dalla cosiddetta "Carta di Noto" nella conduzione dell'esame non determina alcuna nullità o inutilizzabilità». Conforme Cass., Sez. I, 13 novembre 2013, n. 37244.

scersi la possibilità di errori in ciascuno di questi momenti.

Guardando al primo, il timore di inesattezze si traduce nel pericolo che un individuo, bisognoso di protezione, non sia ricondotto ai tratti descritti dall'art. 90-*quater* c.p.p., con conseguente *diniego di garanzie necessarie*<sup>121</sup> o, al contrario, che sia identificato come particolarmente vulnerabile un soggetto che non lo sia realmente<sup>122</sup>, con successiva *concessione di garanzie inutili*.

Sotto l'altro profilo, invece, l'errore si commette ogni volta in cui siano applicate in modo scorretto le norme che assicurano garanzie al più fragile<sup>123</sup>.

Ebbene, tratteggiata una sistematica di massima dei guasti che possono prodursi per la cattiva gestione delle categorie *ex art. 90-*quater* c.p.p.*, si può abbozzare uno schema ugualmente generico delle possibili conseguenze sull'accertamento.

Se la concessione di garanzie inutili difficilmente produrrà ricadute sui contenuti dell'esplorazione processuale, determinando, piuttosto, un problema di tempistiche allungate e, quindi, di scarsa economicità del giudizio<sup>124</sup>, il diniego di tutele necessarie e la loro cattiva applicazione generano il rischio di un *loquens* non sereno e, di lì, di una decisione che si fonda su un compendio probatorio fragile per l'inattendibilità del racconto di chi lo ha reso senza essere sufficientemente garantito<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> Si ritorni a Cass., Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 18833, espressiva dell'orientamento giurisprudenziale che sarà, poi, recepito nella L. n. 69 del 2019, con la modifica dell'art. 572 c.p. La cattiva comprensione del concetto di violenza assistita induce a fraintendere i comotati del minore, che potrebbe addirittura essere inteso come semplice spettatore di un reato e, quindi, come non-vittima e, sicuramente, come non-vulnerabile: approfondisce questo aspetto, SQUILLACE, *Violenza "assistita": prove tecniche*, cit. Si richiama, altresì, il contributo di CHIBELLI, *La Cassazione e la latitudine applicativa dell'aggravante di aver commesso il fatto "in presenza di minore"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) che commenta Cass., Sez. I, 2 marzo 2017, n. 12328 secondo la quale la circostanza *ex art. 61, co. 11-*quinquies*, c.p.* sussiste «tutte le volte che il minore degli anni diciotto percepisca la commissione del reato anche quando la sua presenza non sia visibile all'autore del reato, se questi, tuttavia, ne abbia la consapevolezza ovvero avrebbe dovuto averla usando l'ordinaria diligenza». Anche questa è una forma di tutela contro la violenza assistita dal minore, al quale deve essere accordato l'attributo di vittima - se del caso, particolarmente vulnerabile - proprio per avere avuto percezione dell'illecito.

<sup>122</sup> Come nel caso della diciassettenne, persona offesa di violenza sessuale, che affermava di non riuscire a stare in aula per la vicinanza dell'imputato, con successiva esigenza di attrezzarne l'esame in forme protette, e che poi appariva autrice di un racconto non credibile, sprovvisto di riscontri (intrinseci ed esterni), al punto che il giudizio si concludeva con sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste (Trib. Rovigo, 4 ottobre 2018, inedita).

<sup>123</sup> Uno per tutti, già sottoposto a dura critica: quello del giudice che rivolge domande suggestive al minore (es. Cass., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46146, cit.).

<sup>124</sup> Pur, però, ribadendo quanto *supra* sostenuto: nel dubbio sulla vulnerabilità (ad esempio, nel caso di una persona offesa di non sicura credibilità), è comunque opportuno accordare garanzie e cedere sul terreno della celerità processuale.

<sup>125</sup> Si è già toccato in questo lavoro il problema della memoria del minore: labile e facile a manipolazione.

Sarebbe banale, però, ridurre il discorso al solo momento valutativo della prova, libero per definizione, rimesso com'è al convincimento giudiziale. Occorre, piuttosto, ribadire l'attenzione che i diritti europei hanno maturato per il vulnerabile: la sua salvaguardia, la lotta alla vittimizzazione secondaria e il fatto di considerare le ricadute che l'ambiente investigativo e processuale generano sulla sua persona entrano a pieno titolo nel paradigma del *fair trial* elaborato dai diritti europei e accolto in pieno dalla Costituzione nostrana.

In altri termini, si può tranquillamente affermare che la tutela dell'offeso debole è ormai parte di quel complesso di valori che unifica le tradizioni degli Stati europei e che ne motiva la loro adesione alla piccola e alla grande Europa. In una sola battuta, si tratta di uno di quei valori che fanno parte dell'*ordine pubblico europeo*<sup>126</sup>.

Ferma la premessa, un'attività processuale (o, prima, investigativa) che rifiutasse protezione alla vittima (o al teste) che ne abbisognasse si porrebbe contro all'idea di ordine appena introdotta. Traducendo questo scenario nelle categorie delle invalidità, si creerebbe una frizione tra il momento acquisitivo della prova dichiarativa e principi evidentemente inviolabili, espressi a livello europeo e ormai parte di quell'archetipo di giustizia processuale che la Costituzione accetta e promuove<sup>127</sup>.

Diviene, così, impossibile minimizzare l'importanza dell'argomento<sup>128</sup>: sono

---

ni. Sul tema, anche nell'ottica di risolvere il problema attraverso l'esperto, oltre alla bibliografia in precedenza indicata, v. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *questa Rivista*.

<sup>126</sup> Chi scrive sostiene la possibilità di applicare questo concetto al diritto e al processo penale. Se lo si intende correttamente come il fondamento dei valori risultanti dal diritto unionista, da quello strasburghese e dalle tradizioni costituzionali comuni, esso diverrà il denominatore comune dell'identità europea e, come tale, dovrà essere protetto in un modo tale che non potremo ammetterci condotte (anche processuali) ad esso contrarie. La letteratura in materia è abbondante soprattutto all'estero: si cita per tutti PICAL, *L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Parigi, 2001. A livello giurisprudenziale è imprescindibile il richiamo a Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, 22 marzo 1995.

<sup>127</sup> E questo - si ritiene - senza necessità di emendare la Costituzione: qualche anno fa fu proposta la modifica dell'art. 111 Cost. con l'inserimento di un nuovo co. «la vittima del reato e la persona danneggiata dal reato sono tutelate dallo Stato nei modi e nelle forme previste dalla legge» (proposta di L. cost. 29 aprile 2008, n. 199). In realtà, se s'intende la protezione dell'offeso come valore rientrante nell'ampio contenitore dell'ordine pubblico europeo, giacché prevista a livello unionista e strasburghese, considerato, peraltro, che dagli artt. 2 e 3 C.E.D.U. deriva un obbligo di salvaguardia della vittima in questo senso (v., *ex plurimis*, la già citata Corte EDU, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*), basta richiamare l'art. 117, co. 1, Cost. e la sua attitudine ad essere strumento utile ad adattare l'ordinamento interno alle regole sovranazionali, per conferire copertura costituzionale alla protezione del soggetto passivo del reato. Sul punto, BERTOLINO, VARRASO, *Le vittime vulnerabili. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 511 ss.

<sup>128</sup> Magari con i soliti argomenti dal sapore inutilmente formalistico, del tipo che le norme di codice in

contemporaneamente in gioco i diritti individuali del dichiarante debole e la tenuta dell'accertamento processuale. Per converso, si può richiamare il noto adagio che la Consulta espresse all'inizio degli anni Settanta<sup>129</sup>, affermando l'improduttività di effetti, nel giudizio, di attività che si pongano contro i diritti costituzionalmente protetti di chi quegli atti li subisce. Il discorso vale, *mutatis mutandis*, per le posizioni coperte a livello europeo, al punto che nel patrimonio cognitivo del giudice non può entrare un'evidenza che si ponga contro i valori sanciti dal diritto unionista e da quello strasburghese<sup>130</sup>.

Ancora, conferma della solidità dell'argomento deriva dalla lettura dei lavori preparatori al codice di rito che, nella parte dedicata all'inutilizzabilità, parlano di una sanzione forte, in grado di distinguersi dalla nullità poiché abile a travolgere vizi che trascendono la dimensione formale per colpire la sostanza del processo<sup>131</sup>: è impensabile leggere l'art. 191 c.p.p., pure nella sua laconica - e, va detto, insoddisfacente - formula senza tenere conto delle ragioni che condussero il legislatore a prevedere una siffatta, innovativa causa di invalidità<sup>132</sup>.

E, allora, non v'è migliore risposta della sanzione "forte" per censurare attività contrastanti con le fonti superiori: è un approdo ben saldo per la cd. prova

---

argomento non prescrivono sanzioni processuali in caso di loro infrazione: per tutti, Cass., Sez. III, 24 febbraio 2012, n. 7373. Si concentra su questo arresto VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 165 ss., lamentando che, per il tramite di ragionamenti del genere, la Suprema Corte finisce per degradare una regola di esclusione della prova (*id est*, è inutilizzabile la testimonianza del minore acquisita in spregio alle regole di codice sull'assunzione della prova dichiarativa e alle prescrizioni della Carta di Noto) in una di valutazione, secondo la quale, ignorati i parametri che guidano la corretta raccolta di informazioni dal minore, starà al giudice - sempre, eventualmente - accordare a quei *dicta* una minore attendibilità.

<sup>129</sup> Ovviamente Corte cost., sent., 6 aprile 1973, n. 34.

<sup>130</sup> Diversamente, non avrebbe senso un'istituzione - la Corte di Strasburgo - capace di censurare *itinerata* giudiziali contrastanti con i dettami convenzionali; ed è ben nota la forza che gli arresti della grande Europa producono pure sull'ordinamento nazionale: dalle sentenze "gemelle" (Corte Cost., sentt., 24 ottobre 2007, nn. 347 e 348) e, poi, da Corte Cost., sent., 7 aprile 2011, n. 113 il dibattito sul punto è quanto mai vivo. In dottrina, tra le molteplici, si richiamano le riflessioni di GERACI, *Sentenze della Corte e.d.u. e revisione del processo penale. I. Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Roma, 2011 o il recentissimo volume di LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2019.

<sup>131</sup> Ci si riferisce alla Relazione al testo definitivo del codice (G.U. Serie generale, 24 ottobre 1988, n. 250 - Suppl. Ordinario n. 93): «nello stabilirsi (articolo 191) che le "prove illegittimamente acquisite" sono "inutilizzabili" si è inteso designare un fenomeno tipico conseguente all'ammissione di prove vietate in contrapposizione alla "nullità", riservata alla formazione degli atti processuali. Non si tratta di una novità in senso assoluto. Legislazione, dottrina e giurisprudenza hanno negli ultimi anni mostrato una chiara propensione a designare con tale nome la sanzione per i vizi del procedimento probatorio, nella consapevolezza degli inconvenienti derivanti dall'uso dello schema delle nullità nel settore probatorio».

<sup>132</sup> Utili approfondimenti su questa idea di "sanzione forte" in GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.

incostituzionale<sup>133</sup>; ad identica conclusione si perviene per la prova che contrasta con l'ordine pubblico europeo<sup>134</sup>.

Tirando le conclusioni, occorre intendere in questi esatti termini – si diceva, di inutilizzabilità – le conseguenze dell'errore che porti il vulnerabile a rimanere senza garanzie o assistito da un inadeguato complesso di tutele; da contesti del genere nascerebbe, infatti, una prova viziata, offensiva delle istanze di protezione del più debole ed incapace di accordare certezza all'epilogo decisivo.

*6. Conclusioni. Rivedere le garanzie del vulnerabile, al di là dei piccoli ritocchi al sistema.* Lo si anticipava: è impensabile dare una risposta alle istanze del più fragile che sia coinvolto nel processo senza un *restyling* del sistema. I piccoli ritocchi, di cui parlano anche i promotori della recente L. n. 69 del 2019<sup>135</sup>, non bastano: occorre, piuttosto, porre in discussione il tradizionale assetto dei rapporti tra i soggetti del giudizio e creare un contesto che sappia contemperare le esigenze del vulnerabile e quelle dell'accertamento.

L'auspicio, dunque, è di norme capaci di onorare gli indirizzi europei e di un'esegesi dell'esistente rispettosa della *littera legis* e dell'*intentio* dei compilatori. Un richiamo alla legalità, insomma, anche in un'ottica indirizzata a Strasburgo e all'Unione.

Certo, il raggiungimento di questo obiettivo imporrebbe di rivedere la nozione di discrezionalità giudiziale, riconoscendo nel decisore non tanto il titolare di un potere, quanto piuttosto il destinatario dei doveri e degli obblighi in cui si compendia il significato più profondo dello *ius-dicere*<sup>136</sup>. Per altro verso, a poco serve evidenziare l'esistenza di situazioni attive nel processo, poiché l'intera vicenda giudiziale è un alternarsi di eventi che risultano dalla capacità

<sup>133</sup> Definita da GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1973, 341 come quell'evidenza raccolta con modalità non disciplinate dal codice di rito e lesive dei diritti individuali protetti dalla Costituzione.

Evidenzia DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 76 come questa nozione derivi da un problema di legalità processuale, assai pressante in ambito probatorio, laddove frequente è il contrasto tra le posizioni personali e le esigenze dell'accertamento: su questo specifico punto, VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 64.

<sup>134</sup> Negare una tale conclusione significherebbe svilire l'importanza che le fonti europee giocano nel sistema interno, oltre a consentire l'ingresso nel processo di materiali elaborati in spregio ai valori promossi dai diritti unionista e strasburghese.

<sup>135</sup> Parla di piccoli ritocchi il Sen. Primo De Nicola, relatore per il d.d.l. S1200 – poi trasfuso nella L. n. 69 del 2019 – nella seduta al Senato del 17 luglio 2019.

<sup>136</sup> Guardando ad omologhe questioni nel processo civile, sul legame tra l'attività giurisdizionale e gli obiettivi, di volta in volta, stabiliti a livello normativo, si veda MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, 60.

- delle parti come della corte - di stimolare il proprio interlocutore ad assumere iniziative ulteriori, in una catena di atti connessi logicamente e propedeutici al pronunciamento finale<sup>137</sup>.

Più interessante è rimarcare come il giudice abbia modo di ingerirsi nell'altrui sfera di interessi perché a ciò è chiamato dall'ordinamento; sintetizzando al massimo, egli può perché deve<sup>138</sup>. E tanto basta a farne un soggetto tutt'altro che *legibus solutus*.

Con maggiore precisione, esaminando la tassonomia delle situazioni passive, va ricordato come il dovere sia qualcosa che vincola il suo destinatario alla collettività e che è riconducibile all'atavico precetto del *neminem laedere*, realizzabile da chi si astenga dal condursi *contra ius*. Diversamente, l'obbligo è meglio inquadrabile in una vicenda particolare, di due soggetti identificati che si contrappongono, l'uno dovendo rispettare un certo schema comportamentale nei riguardi dell'altro.

Il giudice si colloca in una situazione mediana: è l'unico rappresentante del pubblico potere capace di incidere, con la propria attività e in modo immediato e diretto, nell'area degli interessi individuali della parte<sup>139</sup>. La sua titolarità del dovere di giurisdizione si traduce, nel singolo rapporto processuale, nell'obbligo di rendere una decisione conforme agli schemi di legge: ogni deviazione, infatti, offende la globalità dei consociati - in nome dei quali, si badi, ciascuna pronuncia viene resa - oltre a ripercuotersi negativamente sugli interessi di chi la subisce<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Non si può, a questo punto, non citare CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, in partic. 165 ss. o, ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 101 ss.; la sua impostazione è, in parte, diversa da quella qui sostenuta: l'Autore ritiene superfluo parlare di *diritti delle parti*, intendendo tali posizioni piuttosto come momenti in cui viene esplicato il potere di provocare un dovere in capo al soggetto pubblico; al contempo, però, quest'ultimo agisce in ragione delle norme che ne governano il ruolo e, quindi, ancora una volta, è tenuto ad ingerirsi nella sfera delle parti, e lo fa, per l'appunto, *perché deve*.

<sup>138</sup> Così sintetizzando le opportune riflessioni di FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996, 429 ss.

<sup>139</sup> BETTI, voce *Dovere giuridico (Cenni storici e teoria generale)*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1965, vol. XIV, 57 parla di anfibiaologia - cioè di un interscambio di significati - tra il dovere e l'obbligo. Sul tema si rinvia pure alle riflessioni di ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 91, di FERRARA, *Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1921, 303 ss. (in partic. 320) e, oltre confine, di VON TUHR, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (rist.), Berlino, 1957, 53 ss. che concepisce il diritto soggettivo come concetto centrale del diritto privato, da esso ricavando inevitabili conseguenze sul processo cognitivo dell'opposta figura dell'obbligo.

<sup>140</sup> Con possibilità, quindi, di intravedere profili di responsabilità per il giudice che si astenga dall'operare come impongono le regole del suo corretto agire. Del resto, già i civilisti hanno posto l'accento sul legame tra obbligo e responsabilità: per tutti, ROMANO, voce *Obbligo*, in *Encicl. dir.*, Milano, 1979, vol. XXIX, par. 2 o, dello stesso Autore, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, 213 ss.

Ecco perché il primo punto fermo al quale queste conclusioni pervengono è che va sanzionato ogni allontanamento che la corte compia dalle regole imposte dalla legge e che – s'è visto – vincolano anche (e, forse, più di tutti) chi decide.

Ma ci si attardi ancora un attimo su questi temi di teoria generale. Ogni disposizione, imponendo ai propri destinatari un archetipo di condotte, persegue un certo obiettivo: è logico che ciascuna iniziativa abile a deviare dalla norma, si allontani dallo schema comportamentale descritto, impedendo il raggiungimento dell'obiettivo prefissato dal legislatore.

Applicando questo assunto al tema di indagine, ogni eccesso giudiziale rispetto ai limiti e, più in generale, alle regole di codice sull'interlocuzione con il vulnerabile, ostacola la protezione di quest'ultimo. Una corte che non sappia gestire correttamente la categoria dell'art. 90-*quater* c.p.p. frustra lo sforzo dei *conditores* interni ed europei per la tutela del più debole. E questo non può certo rimanere esente da censure.

Quale concreto rimedio processuale, già s'è proposto di ricorrere all'inutilizzabilità di ogni evidenza raccolta in costanza di deviazioni giudiziali: l'idea di sanzione forte<sup>141</sup> che allignava nei lavori preparatori sarebbe onorata da un'interpretazione non formalistica dell'art. 191 c.p.p.<sup>142</sup>, che restituisse al vizio *de quo* quell'assolutezza – e, quindi, quella capacità di colpire gli errori “di sostanza” nel processo – che, in fondo, traluce dall'ultimo co. della norma.

Con alcuni esempi, sarebbero inutilizzabili le dichiarazioni rese dal minore vulnerabile senza l'assistenza di un esperto o, ancora, quelle conseguenti a domande giudiziali suggestive o contrarie alla Carta di Noto.

L'esegesi appena proposta consentirebbe, insomma, di onorare l'*intentio* dei compilatori, rispetto alla quale rimane estranea l'idea di un giudice onnipotente; il *fair trial* enucleato dalle fonti sovranazionali è contesto ispirato a lega-

---

<sup>141</sup> A conforto ulteriore delle riflessioni esposte in queste pagine, si legga pure il passaggio che segue: «sarebbe, tuttavia, erroneo confondere i due ambiti patologici, intendendo l'inutilizzabilità come formale conseguenza della nullità: è la rilevanza dei diritti attinti dall'atto ... a comportare che le regole di compressione ... assurgano a dignità superiore, ponendosi alla stessa stregua di un divieto, con la conseguenza che la loro violazione comporterebbe una antiggiuridicità più marcata, meritevole in quanto tale di essere sanzionata con la più drastica tagliola dell'inutilizzabilità». Così, CONTE, GEMELLI, LICATA, *Le prove penali*, Milano, 2011, 521-522.

<sup>142</sup> D'altro canto, pure le Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, n. 5021) hanno ammesso che «non v'è dubbio, infatti, che i “divieti probatori” sono non solo quelli espressamente previsti dall'ordinamento processuale ... ma possono anche essere desumibili dall'ordinamento, e ciò accade tutte le volte in cui i divieti, in materia probatoria, non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova».

lità: l'adesione alle norme che disciplinano il corretto procedere permette il rispetto degli obiettivi vagheggiati dai compilatori. Non essendovi ragione per escludere l'attività istruttoria da quanto ora in discorso, l'inutilizzabilità acquisisce una funzione terapeutica<sup>143</sup>, emendando ogni condotta che, divergendo dalla norma, impedisca di assecondare il progetto di equità - meglio: di giustizia - processuale elaborato dal costituente<sup>144</sup>, prima, e dai *conditores* europei, poi.

Per altro verso, quello in parola sarebbe un intervento "a costo zero", del tutto in linea con la tendenza del legislatore contemporaneo, abituato a scrivere riforme con la clausola di invarianza finanziaria. Di certo, però, se l'attuale normativa necessita di una lettura orientata alle fonti superiori, s'avverte pure il bisogno di operazioni ortopediche, che migliorino i connotati di disposti non sempre chiari e a volte eccessivamente indeterminati. S'immagina, così, un'azione bifasica che, dapprima, esalti l'interpretazione letterale dell'esistente e, poi, s'attardi ad intervenire su alcune regole - diremmo - oscure.

Vanno, così, suggeriti alcuni rimedi.

Il primo: l'art. 90-*quater* c.p.p. è, ad oggi, norma dalla formula perfettibile, pur nella sua apprezzabile struttura per indici di vulnerabilità. Così, li si potrebbe impiegare per fornire al giudice un criterio più stringente dell'attuale, ad esempio, prevedendo che la particolare debolezza della persona offesa sia presunta (sempre, beninteso, *iuris tantum*) se contestualmente: *a*) la vittima sia minorenni, in stato di infermità o in condizioni di deficienza psichica; *b*) si procede per reati che offendono la libertà sessuale, la famiglia, la persona o il patrimonio, con pene che superino una certa soglia predefinita dal legislatore; *c*) l'agente s'è attivato per odio razziale, per terrorismo, per finalità discriminatorie o è inserito in ambienti di criminalità organizzata.

Altrimenti detto, se oggi l'art. 90-*quater* c.p.p. ammette il giudice ad identificare il vulnerabile in base alle caratteristiche della persona offesa, ai connotati del reato e alla finalità perseguita dall'autore, rimettendo il giudizio sulla par-

<sup>143</sup> Riprendendo le parole delle Sezioni Unite, nella menzionata pronuncia del 1996 (v. n. precedente), l'inutilizzabilità va a colpire materiali che si «pon[gono] completamente al di fuori del sistema processuale». Ebbene, tale è una prova che venga acquisita in spregio delle prescrizioni fissate dalle fonti supreme per la corretta amministrazione del processo.

<sup>144</sup> Si dice "prima" per una semplice ragione: la L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha esplicitato valori già ricavabili dalla Costituzione, *in primis* dall'art. 24: v. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (Legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di Tonini, Padova, 2001, 14: «il nuovo testo dell'art. 111 mostra la sua vera natura di interpretazione "autentica" della Costituzione: sono stati resi espliciti quei principi che, a giudizio di molti studiosi, erano già ricavabili dalla Carta fondamentale».

ticolare debolezza alla sua sensibilità, *de iure condendo* potrebbe ipotizzarsi una casistica di situazioni, sussistendo tutte le quali la fragilità dell'offeso viene presunta fino a prova contraria. Tale opzione bene risponderebbe all'assunto per cui, nel dubbio, è opportuno ritenere la vulnerabilità, così da apprestare le garanzie di codice al dichiarante; d'altro canto, le parti che non ritenessero sussistente l'attributo *de quo*, nonostante i tre indici dell'art. 90-*quater* c.p.p., ben potrebbero attivarsi per l'acquisizione della prova contraria di non vulnerabilità.

La medesima logica presuntiva, poi, conduce al secondo suggerimento: s'è visto che, nell'evanescenza dei contorni della categoria in argomento, durante l'indagine può accadere che il pubblico ministero non chieda l'incidente probatorio per assumere i *dicta* di una persona offesa particolarmente fragile. Ebbene, basterebbe imporgli siffatto *modus procedendi* laddove sussistesse il *fumus* di uno degli indici in elenco all'art. 90-*quater* c.p.p.; vista l'elevata posta in gioco, si tratterebbe di un obbligo sancito a pena di inutilizzabilità dei contributi eventualmente raccolti in altra maniera.

La norma strutturata per indici, insomma, fungerebbe da limite per l'agire dell'autorità, necessario ad evitare arbitrarie derive in disaccordo rispetto alle regole, interne e da oltre confine.

Si fornirebbe un indirizzo agli operatori, li si vincolerebbe alle scelte di chi scrisse le norme, con il risultato ulteriore di recuperare la corretta accezione del lemma "discrezionale", finalmente dissociandolo dall'idea di arbitrio; terreno fertile per questa riflessione è quello dei rapporti tra il giudice (o l'inquirente) e l'esperto: la nomina di quest'ultimo non è rimessa alla libera scelta di chi procede; dall'art. 220 c.p.p. deriva un'indicazione forte, sempre valida allorquando occorra innestare nel procedimento saperi specialistici. In quei casi, infatti, il perito *va* nominato, senza margini di dubbio ed ogni opzione contraria dev'essere censurata - ancora una volta - con l'inutilizzabilità: è questione di buon senso, prima che giuridica, un giudice e, quindi una persona che non sia qualificata nell'approccio con minorenni, con infermi di mente, con persone che, più in generale, palesano segni di difficoltà socio-relazionali, non può impegnarsi nell'interazione con essi, a meno di non creare loro un pregiudizio e di avviare un'attività di accertamento che, solo nel migliore dei casi, si rivelerà inutile.

Tirando le somme, l'auspicio è che il futuro sappia onorare l'impegno dei compilatori europei a salvaguardia del vulnerabile: due sono le direttrici di intervento di cui il nostro Paese ha bisogno, l'una, *de iure condito*, meramente interpretativa e l'altra, *de iure condendo*, di buona normazione. Presuppo-

sto di entrambe è il distacco dall'idea di un giudice - e, in fase investigativa, di un pubblico ministero - ammesso ad ogni opzione possibile, senza vincoli di sorta. Il riconoscimento di una funzione - diremmo - terapeutica per l'inutilizzabilità, il recupero di una nozione di discrezionalità che non sia arbitrio e la riduzione degli spazi di contatto tra l'autorità e il vulnerabile all'esterno di modalità protette (eliminando, ad esempio, la possibilità che, *sua sponte*, il giudice disponga l'esame del minore nelle modalità ordinarie, ritenendolo non dannoso) sono i primi passi per addivenire al risultato sperato. Risultato - si crede - che non può certo essere rimesso ad una serie di novelle sporadiche, a costo zero, anticipate da un *battage* più politico che tecnico, ma che necessita, invece, di una riforma organica e, forse ancor prima, di un cambio di mentalità e di un nuovo approccio ai temi della giustizia penale e ai rapporti tra il suo apparato pubblico e i privati che, a qualunque titolo, vi vengono coinvolti.