

ORIENTAMENTI

LUDOVICA TAVASSI

Time danaos: la tutela della vittima e le trasformazioni del processo penale

Il recente d.lgs 212 del 2015, intervenendo in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, non ha spostato le linee portanti del nostro sistema che si misura pur sempre sul rapporto fra lo Stato accusatore e l'individuo accusato. In questo contesto, la vittima - *rectius* la persona offesa dal reato - non può che rimanere relegata in una posizione marginale rispetto alla pubblica accusa.

Tuttavia, in ambito probatorio gli equilibri si rovesciano: ad essa è riservata una modalità di acquisizione del proprio sapere - la testimonianza - che privilegia oltremodo le sue dichiarazioni. Un consolidato orientamento giurisprudenziale attribuisce a queste sole narrazioni di parte lo *status* di prova autosufficiente per la condanna. Il principio costituzionale della parità delle armi appare dunque in crisi. Inoltre, le particolari modalità assuntive previste di recente per l'escussione della vittima-fonte di prova, paiono confliggere anche con il contraddittorio poetico, senza trascurare ulteriori e non secondari profili di contrasto con il principio di immediatezza, a sua volta costituzionalizzato, e con l'imparzialità del giudice.

Partendo da queste considerazioni, lo scritto si propone di analizzare le aporie del sistema e di recuperare risalenti prospettive per il futuro delle istanze civilistiche nel processo penale a fronte anche della recente legge di riforma Orlando.

The recent law decree n. 212/2015 concern victims' rights, assistance and protection hasn't changed the basis of our criminal system which is founded on the relationship between the Public prosecution and the defendant.

In criminal trial, the victim plays a marginal role compared to the public prosecutor.

However, when it comes to evidence framework, this balance is overturned: the possibility to testify gives her a prime chance to charge the defendant. A consolidate case law considers it sufficient to reach the charges.

This exclusive evidence goes against the constitutional rules about the fair and the adversary trial.

Starting from these considerations, the paper proposes to analyze some of system's critical issues to point out a dated solution to the civil instances' future considering the brand-new reform law Orlando.

SOMMARIO: 1. L'imperfetta parità delle armi processuali - 2. Le diverse modalità di acquisizione probatoria: testimonianza ed esame delle parti. - 3. Multiformenti regole di valutazione. - 4. Una risalente prospettiva per il futuro delle istanze civilistiche.

1. L'imperfetta parità delle armi processuali

Il principio costituzionale della parità delle armi consegnate alle parti nel processo penale sconta un'imperfetta attuazione legislativa che, già nell'impianto originario del codice del 1989, aveva sacrificato la simmetria dei poteri sull'altare della ricerca della verità processuale¹, ammettendo la persona offe-

¹ Nella *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in *Gazz. Uff.*, *Serie generale*, n. 2, 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.*, 62 si coglie chiaramente il verso di questa scelta ritenendo esplicitamente che «la rinuncia al contributo probatorio della parte civile [costituirebbe] un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale».

sa-parte civile, e non l'imputato, al banco dei testimoni.

Più di recente, il d.lgs. n. 212 del 2015², dando attuazione della direttiva europea n. 29 del 25 ottobre 2012 in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato³, ha ulteriormente aggravato questa disparità di trattamento, estendendo a tutti i testimoni ritenuti particolarmente vulnerabili - in base ai vaghi criteri descritti dal nuovo art. 90-*quater* c.p.p.⁴ - la possibilità di essere escussi attraverso le modalità protette previste dall'art. 498, co. 4, c.p.p. A ciò deve aggiungersi che la giurisprudenza si è consolidata, già prima della riforma, nel ritenere che «le dichiarazioni della persona offesa, costituita parte civile, possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità estrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto quella a cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone»⁵.

Se i tre punti qui descritti si riunissero in una sentenza di condanna fondata sulla sola narrazione dei fatti resa, secondo modalità protette, dalla persona

² Il d.lgs. n. 212 del 15 dicembre 2015 è stato pubblicato in *Gazz. Uff., Serie generale*, n. 3, 5 gennaio 2016, in vigore dal 20 gennaio 2016 in attuazione alla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

³ Si rinvia per una trattazione completa delle novità introdotte a E. COLOMBO, *Le novità introdotte con il d. lgs. 212/2015: primi rilievi*, in *Cass. pen.*, n. 5, 2016, 2214 ss.; D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo d'insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della Direttiva 2012/29/UE*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9; L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 7, 845 ss.; M. GUERRA, *Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato: prima lettura del d.lgs. 212 del 2015, Rel. III/02/2016 dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione*, 1-24.; S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1-17; L. TAVASSI, *Lo statuto italiano della "vittima" di reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2016, 108-117.

⁴ L'art. 90-*quater* c.p.p. riecheggia vaghi concetti criminologici sulla cui base, per un elementare principio di tassatività-legalità, non dovrebbe potersi limitare il diritto alla prova e il contraddittorio probatorio genetico: si pensi, ad esempio, alle indeterminate definizioni di «deficienza psichica» o alla condizione di dipendenza affettiva e psicologica dall'autore del reato.

⁵ Cass., Sez. V, 14 gennaio 2015, Pirajno ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 261730. *Ex plurimis* cfr. Id., Sez. II, 24 settembre 2015, Manzini, *ivi*, n. 265104; Id., Sez. V, 19 luglio 2012, Bell'arte, *ivi*, n. 253214; Id., Sez. I, 24 giugno 2010, Stefanini, *ivi*, n. 248016; Id., Sez. VI, 14 aprile 2008, De ritis, *ivi*, n. 240524; Id., Sez. VI, 03 giugno 2004, Patella, *ivi*, n. 229755; Id., Sez. III, 27 aprile 2006, Valdo Iosi e altri, *ivi*, n. 234647.

offesa, ritenuta particolarmente vulnerabile da quello stesso giudice che sarà poi chiamato a pronunciarsi sul merito dell'imputazione, le regole poste a presidio della formazione della prova in contraddittorio davanti a un giudice terzo e imparziale si presenterebbero come uno sbiadito simulacro. In questo caso, non certo di scuola, come dimostra la massima appena citata, oltre all'evidente sproporzione delle armi consegnate alle parti, si registrerebbe una notevole compressione della facoltà dell'imputato di interrogare e di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico⁶ garantita tanto dall'art. 111, co. 3, Cost. quanto dall'art. 6 § 3 lett. d) Cedu. D'altro canto, anche laddove si procedesse secondo le stesse modalità protette all'assunzione delle dichiarazioni del soggetto particolarmente vulnerabile in incidente probatorio, come ormai ampiamente previsto dall'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p., esse non consentirebbero il pieno esercizio del contraddittorio poietico e, soprattutto, anticiperebbero l'esperimento probatorio dinanzi a un giudice diverso da quello chiamato a emettere la sentenza, in spregio al principio costituzionale di immediatezza⁷. Senza dimenticare che successivamente anche la decisione di escludere la riproposizione della deposizione del testimone-parte civile, accontentandosi del contraddittorio attutito e senza immediatezza, sarebbe presa da un giudice che nel confermare, a sua volta, al dichiarante lo *status* di soggetto particolarmente vulnerabile, avrebbe inevitabilmente infranto la sua verginità conoscitiva, pre-valutando, sia pure ai fini della decisione sul fatto processuale ai sensi dell'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., il particolare rapporto intercorrente fra l'accusato e la presunta vittima. A fronte delle evidenti torsioni subite dai principi fondamentali, la tenuta stessa del giusto processo appare fortemente in crisi. Si limitano l'imparzialità del giudice, il contraddittorio, l'immediatezza, la parità fra le parti, per attribuire alla "vittima" del reato una centralità che non dovrebbe avere diritto di cittadinanza in un sistema processuale imperniato sulla presunzione di non colpevolezza dell'imputato, dalla quale discende, logicamente e specularmente, che la vittima non può essere ritenuta tale fino alla condanna definitiva. La stessa, infatti, non appare degna di aprioristica tutela dal momento che il suo

⁶ Sul tema, O. MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri e R. Orlandi, Torino, 2017, 125, pone un interessante quesito: «se giudice, pubblico ministero e difensori sono tutti giuristi non attrezzati dal punto di vista scientifico per l'assunzione della prova da un soggetto vulnerabile, perché non consentire l'esame diretto ai difensori, sotto la vigilanza del giudice, come stabilisce l'art. 499 c.p.p. per tutte le testimonianze?».

⁷ Per la definizione della rilevanza costituzionale del principio di immediatezza, alla luce della previsione dell'art. 111, co. 3, Cost., si rinvia a O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del) (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. VII, 2014, 270.

status è tutto da accertare. Tale soggetto, d'altra parte non può nemmeno ambire al ruolo di accusatore (privato), prerogativa esclusiva del pubblico ministero incaricato proprio dal sistema costituzionale di promuovere istanze di giustizia che restino impermeabili alle inevitabili pretese di "vendetta privata"⁸. Non è dunque un caso se nella sistematica e nel lessico codicistico non abbia trovato spazio la figura della "vittima"⁹ e se la persona offesa dal reato non sia mai assunta al ruolo di parte processuale¹⁰. Nel processo penale possono trovare tutela solo le pretese risarcitorie scaturenti dal fatto criminoso e correlate ai distinti profili di danno, quello morale derivante dalla violazione della norma penale e quello civile conseguente alla *deminutio patrimonii*, a cui corrispondono due distinte posizioni dai profili non necessariamente coincidenti: la persona offesa che vanta sempre di aver subito un danno morale e il danneggiato puro che può essere anche un soggetto diverso dal titolare del bene giuridico protetto¹¹.

Persona offesa, danneggiato e querelante si vedono riconosciuti diversi poteri, doveri, facoltà e oneri, a seconda del ruolo e dello snodo processuale in cui si presentano, sebbene, come detto, nessuno di essi assumerà mai le vesti di accusatore privato, sussidiario o concorrente con la pubblica accusa. La persona offesa (eventualmente anche querelante), che non si costituisce parte

⁸ In realtà, l'art. 112 Cost. obbliga il pubblico ministero all'esercizio dell'azione penale, ma non esclude, per ciò solo, la legittimità di azioni penali private concorrenti o sussidiarie. Questo divieto è posto solo dalla legislazione ordinaria, in particolare dall'art. 231 d.lgs. 28 luglio 1989 n. 271 (norme di coordinamento c.p.p.).

⁹ Unica eccezione, frutto di un evidente *lapsus calami*, si ritrova nell'art. 498 comma 4 *ter* c.p.p.

¹⁰ Sull'argomento, M.G. AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 319; E. AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, I, 534; E. APRILE, *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, n. 5, 1722; L. BRESCIANI, *Persona offesa dal reato*, in *Dig. pen.*, 2011, 5247 ss.; A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, 13; F.M. GRIFANTINI, *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari*, Napoli, 2012, 25; P. GUALTIERI, *Soggetto passivo, persona offesa e danneggiato dal reato: profili differenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1071 ss.; C. PANSINI, *Persona offesa dal reato*, in *Dig. pen.*, 2011, 411; P.P. PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 593; P.P. RIVIELLO, *Riflessioni sul ruolo ricoperto in ambito processuale dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 1992, 608 ss.; S. TESSA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Torino, 1996, 4 e G. TRANCHINA, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1.

¹¹ In tal senso P. GUALTIERI, *Soggetto passivo, persona offesa e danneggiate dal reato: profili differenziati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1071; C. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G.P. Voena-G. Ubertis, Milano, 2003, p. 159 ss.; G.P. VOENA, *La tutela del danneggiato nel processo penale*, in *La vittima del reato, questa dimenticata*, Torino, 2001, 57.

civile in giudizio, resta poco più di un mero spettatore, dotato sì della facoltà di produrre memorie e di indicare elementi di prova, anche a mezzo del difensore, senza però che dall'esercizio di tali prerogative sorgano corrispettivi obblighi per il giudice o il pubblico ministero. Parimenti, a chi riveste soltanto lo *status* di danneggiato materiale dal reato non è riservata, nel corso delle indagini, alcuna facoltà di interlocuzione né risultano attribuiti gli stessi diritti di informazione assicurati dal d.lgs. 212 del 2015 a chi ha subito la commissione del fatto criminoso.

A ben vedere, le incursioni vittimo-centriche del legislatore europeo non hanno spostato le linee portanti di un sistema, come il nostro, che si misura pur sempre sul rapporto fra lo Stato accusatore e l'individuo accusato¹² e in cui la persona offesa-danneggiata non può che rimanere relegata in una posizione marginale rispetto alla pubblica accusa¹³.

Ben diverso lo scenario che si schiude una volta esercitata l'azione penale: le possibilità si espandono, chiunque vanti un diritto al risarcimento del danno conseguente dal reato può costituirsi parte civile (artt. 74 ss. c.p.p.), divenendo titolare dei diritti e delle facoltà riservatigli in quanto parte¹⁴.

¹² A. GIARDA, *"Persistendo 'l reo nella negativa"*, Milano, 1980, 5 delinea questo aspetto come «una tematica di fondamentale portata sistematica, nella quale sono stati implicati i valori di fondo del processo penale: dal mito della ricerca della verità materiale alla salvaguardia del diritto di difesa; dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell'imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle "fonti" e dei risultati di prova ad impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare, contro o almeno a fronte di ogni potere dello Stato, taluni "insopprimibili" diritti dell'uomo; dall'esaltazione di un dovere di lealtà per le "parti" implicate nel processo all'ammissione di strategie difensive inevitabilmente ispirate e sorrette da criteri di parzialità». Ancor oggi questa riflessione si rivela illuminante, pure nell'ottica contemporanea di misurare la cifra garantista del nostro sistema sulla base delle prescrizioni europee.

¹³ Fatta, ovviamente, eccezione per il ricorso della persona offesa previsto dall'art. 30 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, nel procedimento dinanzi al giudice di pace.

Su questo tema, v., per tutti R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune particolari modalità di definizione del rito penale*, in *Vittime di reato e sistema penale, la ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino, 2017, 167, il quale ritiene che «la regola (pressoché priva di eccezioni in Italia) è nel senso di un totale esautoramento di questo soggetto da poteri di iniziativa penale e anche lì dove tale iniziativa gli è riconosciuta, l'offeso esercita il relativo potere principalmente per promuovere la pretesa punitiva dello Stato, non già per far valere vendette o interessi privati».

¹⁴ Sul tema si rinvia per ben più ampi cenni, fra gli altri, a E. AMODIO, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, I, 433 ss.; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, p. 124; V. CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 218; P. DELLA SALA, *Natura giuridica dell'azione civile nel processo penale e conseguenze sul danno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 3, pp.1079 ss.; G. DI CHIARA, *Parte civile*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995, 237;

Ciò dimostra come le recenti riforme, animate dall'esigenza di implementare le garanzie per la vittima del reato, non abbiano avuto una effettiva incisività sul sistema, avendo perso l'occasione per riordinare quello che sul versante passivo del reato resta un ventaglio disomogeneo di ruoli e di situazioni soggettive. Rimane, soprattutto, quella che è stata definita come «una mistificazione funzionale»¹⁵ in base alla quale la costituzione di parte civile è surrettivamente utilizzata per introdurre nel processo le istanze del mascherato accusatore privato¹⁶, valicando i limiti imposti dal suo *petitum*, la pretesa risarcitoria, per privilegiare la *causa petendi*, il riconoscimento della responsabilità dell'imputato.

Su questa aporia, si innesta il privilegio di rendere testimonianza in causa propria, le cui potenzialità risultano esponenzialmente accentuate dal riconoscimento che la giurisprudenza tributa alla vittima-fonte di prova, magari vulnerabile. La disparità delle armi è così evidente da spostare l'onere della prova a carico della difesa: a fronte di questa prova regina, dovrà essere l'imputato a dimostrare la sua innocenza.

L'anomalia del testimone-parte-accusatore privato spinge l'interprete, allora, a soffermarsi sull'effettivo peso probatorio delle dichiarazioni della persona offesa dal reato, soprattutto quando si sia poi costituita parte processuale, e a interrogarsi sulla compatibilità costituzionale ed europea del bilanciamento dei valori in gioco nella dimensione raggiunta per effetto delle novità legislative e dell'incessante lavoro giurisprudenziale.

2. Le diverse modalità di acquisizione probatoria: testimonianza ed esame di parte

V.A. GHIARA, Sub Art. 74, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, I, Torino, 1989, 362; E. MANCUSO, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, I, 2009, 522 ss.; C. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, cit., 33; V. SQUARCIA, *L'azione di danno nel processo penale*, Padova, 2002, 30.

¹⁵ L'espressione è di P.P. PAULESU, *Vittime del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti e tutele)*, in *Vittime di reato e sistema penale, la ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino, 2017, 140.

¹⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 236, ha ritenuto lucidamente che «la parte civile diventa accusa privata; se non lo fosse, perderebbe il suo tempo, e siccome deve esserlo, naturale che lo sia da capo a fondo, occhiuta, aggressiva, amoralmente spietata, senza gli impulsi equanimi alimentati nel pubblico ministero dall'abitudine professionale. Insomma, sebbene il codice la chiami con un altro nome, esistono accuse private: le norme contano fino ad un dato limite; ogni prassi ubbidisce a una legge imposta dagli appetiti e dallo strumento».

A fronte del comune mezzo di prova consentito a tutte le parti del processo, l'esame ex artt. 208-209 c.p.p., alla persona offesa che si costituisce parte civile è riservata una modalità privilegiata di acquisizione del proprio sapere: la testimonianza.

Premesso che attraverso questo mezzo di prova si consegna alle valutazioni di merito la narrazione di un determinato fatto nella forma tipica della dichiarazione di scienza, ammettere che la sola parte civile, fuor di dubbio interessata all'esito della decisione giudiziale, possa offrire il proprio contributo di conoscenza secondo il reticolo degli obblighi e delle garanzie previsti negli artt. 194 e ss. c.p.p., vuol dire inevitabilmente lasciare che tale soggetto possa avvantaggiarsi di una *chance* accusatoria che non corrisponde a nessuno strumento di difesa altrettanto pregnante per l'imputato. Alle altre parti private è riservato, infatti, un diverso e unico canale di acquisizione del loro sapere, l'esame volontario, mezzo di prova che si caratterizza ulteriormente per la natura ibrida che accomuna disomogenee figure processuali: dai titolari di interessi di genere civilistico - il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria - all'imputato che, con l'esercizio del diritto di difesa, fronteggia l'accusa mossa nei suoi confronti. La conseguenza è che le distinte tematiche dell'autodifesa penale e di quella civile confluiscono nel processo attraverso lo stesso "incipite"¹⁷ mezzo di prova.

Peraltro, l'esame è a disposizione anche della stessa parte civile che non sia stata ammessa a testimoniare¹⁸, delineandosi così un'alternativa non prevista per il responsabile civile e per il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, soggetti che, in virtù delle loro naturali prerogative¹⁹, sono ammessi solo all'esame volontario²⁰. Invero, nella prassi applicativa gli spazi per l'esame del-

¹⁷ Il riconoscimento della natura incipite all'esame delle parti lo si deve a O. MAZZA, *L'esame delle parti private (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 212.

¹⁸ Sul tema diffusamente B. LAVARINI, *L'esame delle parti*, in *La prova penale*, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher, Torino, 2013, 12 ss., O. MAZZA, *L'esame delle parti private (dir. proc. pen.)*, cit., 210; R. ORLANDI, *Sub artt. 208-209 c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 501 ss.

¹⁹ Secondo G. DE GREGORIO, *L'esame delle persone diverse dai testimoni*, in *I singoli mezzi di prova e di ricerca della prova*, coordinato da E. MARZADURI, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario-E. Marzaduri, Torino, 1999, 209, l'esame delle parti rappresenta la migliore risposta «alla esigenza di rendere compatibili con "il processo di parti" strumenti atti a consentire l'ingresso nel procedimento di un patrimonio di conoscenze in possesso di soggetti portatori di un interesse proprio».

²⁰ L'incompatibilità con l'ufficio di testimone per il responsabile civile e per il civilmente obbligato alla pena pecuniaria è sancita dall'art. 197 c.p.p. e ha trovato avallo in Corte cost., n. 447 del 1992, in *Giur.*

la parte civile sono di fatto azzerati, senza che la giurisprudenza si sia mai seriamente interrogata sul significato normativo della duplicità dei mezzi di prova²¹. Il dato empirico è rilevante sul piano “politico”: la testimonianza ha fagocitato l’esame, dimostrando, ove ve ne fosse bisogno, la superiorità del mezzo di prova testimoniale al quale non può mai essere preferito l’esame.

Partendo da questa considerazione, si presenta ancor più evidente la disparità di trattamento normativo determinata dall’aver previsto un mezzo di prova ragguardevolmente più incisivo per la persona offesa-parte civile rispetto all’arma spuntata dell’esame volontario consegnata, insieme alle ancor meno efficaci dichiarazioni spontanee, nelle mani del vero protagonista dell’accertamento, l’imputato.

La denunciata asimmetria si può cogliere anche in ottica comparativa con il processo civile dove prevale la regola anglosassone della *interest disqualification*²². Nella lite civilistica l’interesse nel processo squalifica le parti non consentendo loro di divenire testimoni in causa propria. Diversamente, nel processo penale sulla qualità dell’informazione acquisibile prevale l’esigenza pu-

cost., 1992, 4339.

Per quanto riguarda i problematici raccordi fra l’audizione delle future parti private nella fase preliminare e l’esame volontario in giudizio, si rinvia a O. MAZZA, *L’esame delle parti private (dir. proc. pen.)*, cit., p. 230 il quale evidenzia non secondarie smagliature nella disciplina codicistica riguardante il tema del recupero dibattimentale delle dichiarazioni rese nelle fasi precedenti.

²¹ Al contrario, la dottrina ha provato e ritagliare un autonomo spazio applicativo per l’esame della parte civile: in proposito, v., tra gli altri, O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, 477 secondo cui «alla diversità dei ruoli si accompagna così una netta distinzione delle funzioni praticamente svolte dai due istituti. La testimonianza funge da veicolo per acquisire al processo le conoscenze storiche della parte civile in ordine ai fatti oggetto di imputazione, con la conseguenza di svuotare l’esame del suo tipico e autonomo contenuto probatorio. Quest’ultimo invece degrada da mezzo di prova a strumento di difesa utilizzabile solo per l’esercizio del contraddittorio argomentativo. La parte civile può al limite indicare temi di indagine, ma le è preclusa in questa sede ogni dichiarazione di scienza che non può che essere introdotta nel processo per il tramite della testimonianza. Se la parte civile è a conoscenza dei fatti per i quali si procede, il suo contributo deve essere acquisito al materiale probatorio con le forme della testimonianza. Si tratta dell’esito, sistematicamente necessitato, della duplicazione dei “mezzi di prova” messi a disposizione della parte civile. L’esame non è configurabile come un equivalente della testimonianza, un’alternativa probatoria più comoda e meno rischiosa da preferire quando altri soggetti non abbiano richiesto la deposizione formale della parte, anche se in tal senso potrebbe essere letteralmente intesa la clausola di salvezza contenuta nell’art. 208 c.p.p. Né ovviamente potrebbe ipotizzarsi un esame che, assunto dopo la testimonianza, ne riproduca i contenuti. Occorre quindi forzare il dato normativo rappresentato dall’art. 208 c.p.p. e considerare l’esame della parte civile alla stregua di uno strumento di autodifesa ontologicamente alternativo alla testimonianza e, dunque, non in grado di surrogarla».

²² La cd. *disqualification of parties and interested persons as witnesses* è illustrata da M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema delle oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, 423 ss.

ramente cognitiva e, quindi, la scelta di non rinunciare al prezioso contributo di conoscenza della presunta (non) vittima del reato²³, sulla base dell'assunto che la stessa, insieme al presunto (non) colpevole, potrebbe aver goduto di un punto di osservazione privilegiato rispetto al fatto oggetto di ricostruzione²⁴. Tuttavia, anche rifuggendo dal criterio della *interest disqualification*, risulta ugualmente difficile accogliere le ragioni per le quali sia stata riconosciuta alla sola parte civile una modalità di acquisizione che avvalorò maggiormente il peso probatorio delle sue dichiarazioni rispetto agli altri partecipanti al processo²⁵.

Senza tralasciare che la medaglia ha anche un'altra faccia: in capo della parte civile, una volta chiamata a deporre al banco dei testimoni, gravano obblighi di verità e di completezza²⁶ che mal si conciliano con il ruolo di parte nel processo e con le pretese di cui è portatrice²⁷. È chiaro, nonostante ciò, che fra i requisiti del perfetto testimone non è richiesta di certo l'imparzialità²⁸. Le deroghe al principio del *nullus idoneus testis in re sua intelligitur* sono frequenti: sono ammessi a testimoniare tanto gli amici o i parenti delle parti, come anche gli operanti di polizia giudiziaria, certamente interessati a che le indagini superino indenni il vaglio dibattimentale, quanto il coimputato che depone

²³ Sottolineano il prevalente interesse conoscitivo, P. TONINI, *L'oggetto della testimonianza della parte civile e della persona offesa dal reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 1251 che ritiene la persona offesa «la miglior fonte di informazione sul fatto storico»; T. BENE, *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative*, in *questa Rivista*, 2013, fasc. 2, 21.

²⁴ O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, cit., 475, definisce il loro contributo «la virtuale *best evidence* che imputato e vittima possono offrire al giudice».

²⁵ R. CASIRAGHI, *Azione civile e parità delle armi in materia probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 888 definisce la testimonianza della parte civile «un *unicum* nel nostro sistema processuale».

²⁶ Si rinvia per questo tema a M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema delle oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria delle parti nel processo civile*, cit., 385; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 222; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 172.

²⁷ Secondo A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, 392, «non vi sono ragioni plausibili per considerare l'offeso un testimone diverso dagli altri: per esso si può solo dire che presenta indubbiamente un interesse personale che lo spinge in misura maggiore che per gli altri testimoni ad alterare il dato obiettivo con coloriture soggettive». In tal senso anche L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, 388 ss.

²⁸ Secondo O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, cit., 476, «il testimone, dunque, può anche essere interessato all'oggetto del procedimento penale, l'imparzialità non rappresenta un tratto saliente e irrinunciabile della sua posizione».

solo formalmente sul fatto altrui²⁹. Sicché il rimedio per l'eventuale perdita di distaccata obiettività del dichiarante non deve ottenersi con l'esclusione di questi soggetti dal percorso cognitivo, piuttosto dovrebbe ricavarsi da un buon esame incrociato³⁰ che ne smascheri non solo la doppia natura, quella di soggetti informati e, al tempo stesso, interessati, ma, soprattutto, la reale attendibilità delle dichiarazioni.

Sulla scia del codice Rocco che riteneva parificate le possibilità probatorie offerte alle parti dalla predisposizione per l'accusato dell'istituto dell'interrogatorio³¹ regolato dagli artt. 365-368 c.p.p. 1930, anche la vigente legislazione deve evidentemente aver reputato che l'esame previsto dall'art. 208 c.p.p. potesse rappresentare una misura compensativa per la parità delle armi.

Come detto, questa conclusione non può ritenersi corretta alla luce della diversa potenzialità probatoria dei due mezzi prova. La *chance* concessa alla parte civile di sottoporre la propria dichiarazione di scienza all'apparato coercitivo e sanzionatorio previsto per la testimonianza finisce «in pratica per accreditare, in qualche modo e in misura diversa a seconda delle circostanze, le dichiarazioni rese nel processo da soggetti che ad essa sono vincolati»³², of-

²⁹ Così per O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. Uberti-G.P. Voena, VII, T. 1, Milano, 2004, 336 e ss.

³⁰ Sul tema, fra gli altri, E. AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, prefazione a *La cross examination. Strategie e tecniche*, di M. STONE, Trad. it. a cura di R. Petrillo, Milano, 1992, XIII ss.; J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, Brussels, 1843, trad. it. a cura di B.V. Zambelli, 87 e ss.; D. CARPONI-SCHITTAR, *Esame e controesame nel processo accusatorio*, 1989, 34; V. FANCHIOTTI, *La testimonianza nel processo "adversary"*, Genova, 1988, 281; P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino, 1992, 87-115; ID., *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, 140 ss.; V. MAFFEO, *L'esame incrociato tra legge e prassi*, Padova, 2012, 15 ss.; E. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, in *Dig. pen.*, IV, 280; M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 428.

³¹ In tal senso, Corte cost., n. 190 del 1971, in *Giur. cost.*, 1971, 2241, ha affermato che «nel sistema positivo, dominato [...] dal principio della libera valutazione delle prove nel processo penale [...] non è escluso che il giudice, argomentando per un verso dalle dichiarazioni dell'imputato, ed in generale dal suo contegno, e dalle prove da lui dedotte e per altro verso dall'interesse che al trionfo dell'accusa possa avere la parte civile, ne valuti la testimonianza in senso ad essa favorevole».

³² Così secondo O. DOMINIONI, *La testimonianza della parte civile*, Milano, 1974, 105. Dello stesso avviso M.G. AIMONETTO, *Parte civile e persona offesa dal reato nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 590-591, la quale sostiene che vi sono «due soggetti dialetticamente contrapposti, due parti che si fronteggiano, ma che hanno a disposizione un diverso potenziale probatorio»; O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, cit., 477.

frendo così al giudice un elemento di prova avvalorato dal mezzo acquisitivo e pienamente utilizzabile per fondare in modo del tutto autosufficiente una decisione di condanna.

In più, ancora, la posizione probatoria privilegiata ha un prezzo non trascurabile e la testimonianza della parte civile non si esime da critiche mosse anche sotto il profilo delle garanzie del dichiarante. Riprendendo la comparazione con il modello civilistico, è da osservare che il principio del *nullus idoneus testis in re sua intelligetur*³³ si prefigge anche la finalità di escludere la testimonianza di una parte per lasciare che la sua azione difensiva si sviluppi libera da obblighi o sanzioni.

Da ogni prospettiva, dunque, l'asimmetria dei mezzi di prova disponibili appare censurabile e foriera di gravi e diffuse violazioni dei principi fondamentali: entrano in crisi la parità delle armi fra le parti; il metodo dialettico, tutelato dal principio del contraddittorio, quando il testimone sia vittima vulnerabile protetta nella modalità assuntive della prova; il diritto di autodifesa e la ripartizione dei carichi probatori imposta dalla presunzione d'innocenza.

Una proposta per ripristinare un simmetrico equilibrio fra le armi concesse alle parti, allora, potrebbe essere quella di recuperare l'impostazione seguita dal progetto preliminare del 1978³⁴ ossia sancire, in una precisa disposizione, l'incompatibilità della persona offesa dal reato con l'ufficio di testimone, soprattutto quando sia portatrice della pretesa risarcitoria in giudizio, ammettendola, al pari delle altre parti, all'esame volontario. A questa soluzione potrebbe obiettarsi facilmente che lasciare la scelta di fornire o meno il proprio sapere alla libera determinazione dell'individuo che ritiene di aver subito il reato comporterebbe il rischio di un'inaccettabile perdita di conoscenza nel corso dell'accertamento del fatto. Siffatta evenienza sarebbe, tuttavia, da escludere proprio considerando che il soggetto che si presenta come danneggiato sarà sempre interessato a incidere sulle dinamiche probatorie e ben difficilmente si asterrà dal prestare il suo volontario contributo conoscitivo, a maggior ragione dopo che il suo ruolo di "vittima" del reato è stato enfatizzato dalla recente novella mediante l'implementazione di tutti gli obblighi di in-

³³ Sull'argomento, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema delle oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria delle parti nel processo civile*, cit., 233; O. DOMINIONI, *La testimonianza della parte civile*, cit., 13; E. FLORIAN, *Delle prove penali*, Vol. II, Milano, 1924, 74-74; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, 240; S. MESSINA, *La testimonianza nel processo penale romano*, in *Riv. pen.*, 1911, 278.

³⁴ V., in particolare, l'art. 188, n. 2, prog. prel. al c.p.p. 1978, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, vol. I, Padova, 1989, 535.

formazione che lo coinvolgono, nonché delle misure volte a prevenire la cd. vittimizzazione secondaria. D'altronde, va anche considerato che, nei reati di natura interindividuale in cui la narrazione della persona offesa è prova determinante e spesso unica per l'accertamento, la libertà di scelta viene quasi sempre tutelata a monte con la previsione della procedibilità a querela. Dunque, se si fa dipendere la stessa procedibilità dell'azione dalla volontà della persona offesa, a maggior ragione si potrebbe correre il rischio che la prova dichiarativa sia affidata all'esame volontario.

Senza contare che la denunciata disparità di trattamento insita nella ontologica diversità dei mezzi di prova attraverso i quali viene acquisito il sapere delle parti risulta oggi notevolmente aggravata dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 212 del 2015. La nuova disciplina, al fine di proteggere dalla brutalità dell'esame incrociato i soggetti ritenuti particolarmente vulnerabili, ha esteso la possibilità di anticipare l'assunzione del loro contributo nella segretezza dell'incidente probatorio (art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.) e, conseguentemente, il ricorso alle modalità di escussione protetta previste dall'art. 498 comma 4-*quater* c.p.p. non più solo per i minorenni, gli infermi di mente o per speciali categorie di reato, ma per tutti i soggetti ritenuti, di volta in volta, deboli sulla base di vaghi parametri.

Queste nuove misure di tutela trasformano "il testimone vulnerabile" in una sorta di "testimone assistito" direttamente dal giudice che può stabilire discrezionalmente quali siano le particolari modalità di escussione più opportune e, addirittura, quale sia il soggetto a cui lo stesso giudice può delegare, sia pure sotto la sua sorveglianza, la conduzione dell'esame. La giurisprudenza ammette, infatti, che possa esser investito del compito un esperto in psicologia³⁵, magari alla presenza della madre della vittima minorenne³⁶. In più, può esser disposta anche l'assunzione della testimonianza nella forma scritta³⁷ che sacrifica l'apprezzamento degli atteggiamenti comunicativi non verbali.

La linea di tendenza è ben definita, si lascia che gli equilibri del confronto processuale propendano sempre più per la tutela di quei soggetti che si avvalgono di uno *status* non ancora accertato, quello di vittima, in dispregio dell'imputato, del suo inviolabile diritto di difesa e dell'esigenza, schiettamente epistemologica, di prevedere strumenti di più pregevole selezione delle dichiarazioni rese dal dichiarante interessato.

Se sulle modalità assuntive della prova dichiarativa fornita dalla persona offe-

³⁵ Cass., Sez. III, 15 febbraio 2008, G., in *Mass. Uff.*, n. 239003.

³⁶ Cass., Sez. III, 4 novembre 2013, L., in *Mass. Uff.*, n. 258314.

³⁷ Cass., Sez. III, 25 maggio 2004, Infantino, in *Mass. Uff.*, n. 229157.

sa si registra una netta disparità di trattamento rispetto alle ridotte opportunità autodifensive concesse all'imputato, con un sensibile aggravamento di tale asimmetria nel caso del testimone vulnerabile, assistito direttamente dal giudice, il quadro non appare migliorare sul versante delle valutazioni di merito chiamate a soppesano quale sia l'attendibilità di queste spurie dichiarazioni di parte³⁸. Soprattutto, va detto fin d'ora, la disparità delle armi non può ritenersi compensata dalle «virtù taumaturgiche»³⁹ che la giurisprudenza si ostina ad attribuire al principio del libero convincimento del giudice.

3. Multiformenti regole di valutazione

La predisposizione di un canale privilegiato per la testimonianza della parte civile consegna alla valutazione del giudice un sapere privato accreditato di una valenza superiore proprio perché proveniente da chi si assume abbia subito il reato. Questo soggetto, essendosi esposto alle sanzioni previste per la violazione dell'obbligo testimoniale di verità, si presenta come già di per sé intrinsecamente attendibile. Su queste basi la giurisprudenza ha trovato la chiave interpretativa per ritenere quel risultato di prova sufficiente a fondare - da solo - una sentenza di condanna⁴⁰.

Questo assunto, prettamente giurisprudenziale, non può essere considerato come un sillogismo inferenziale dall'esito certo. La particolare testimonianza in questione non può ritenersi, infatti, una prova rappresentativa autosufficiente, ovvero non può assumersi come corredata di una forza persuasiva tale da giustificare, in sé, l'affermazione di colpevolezza. Nulla esclude che anche il contributo narrativo ottenuto nel rispetto delle regole previste dagli artt. 194 e ss. c.p.p. possa rivelarsi mendace, incompleto, contraddittorio all'esito del prudente vaglio della "credibilità soggettiva del dichiarante" e "dell'attendibilità estrinseca del suo racconto", a maggior ragione quando proveniente dall'accusatore privato. Il *quid pluris* che normalmente accredita di una superiore potenzialità persuasiva le informazioni provenienti dalla testimonianza della parte civile non è dichiarato nelle massime giurisprudenziali, ma è facilmente riconoscibile nell'idea, tanto radicata quanto erronea, che

³⁸ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, Milano, 2011, 127 ritiene che «la parte, la quale non è estranea ai fatti per cui si procede, è potenzialmente la fonte maggiormente informata dei fatti, ma anche quella meno affidabile, per l'evidente interesse d'apportare elementi conoscitivi favorevoli alla propria ricostruzione».

³⁹ O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, cit., 477 afferma con chiarezza che «le armi consegnate alle parti non sono pertanto uguali e le evidenti disparità, seriamente eccezionabili sotto il profilo costituzionale dell'art. 111 comma 2 Cost., non può essere cancellata dalle virtù taumaturgiche che si vorrebbero attribuire al libero convincimento».

⁴⁰ *Supra*, §1, nota 5.

la vittima del reato sia tale e dunque meriti la massima considerazione, anche probatoria. L'errore, lo si è già sottolineato, risiede proprio nella generalizzata inosservanza della presunzione costituzionale d'innocenza: il *thema probandum* del processo è la colpevolezza dell'imputato da cui dovrebbe discendere, logicamente, che lo *status* di vittima debba essere dimostrato, e ciò in quanto la presunzione "dei blocchi di partenza" è proprio che l'imputato sia innocente e che la persona offesa non abbia subito il reato, quantomeno non ad opera dell'imputato.

Per tal motivo, le parole della parte civile non possono essere considerate autosufficienti tanto da superare lo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio senza il conforto di precisi elementi esterni di riscontro. Opinando diversamente, sarebbe come consegnare nella disponibilità del dichiarante la prova della fondatezza della pretesa avanzata nel processo, formalmente risarcitoria, sostanzialmente punitiva.

La giurisprudenza non è ovviamente insensibile alle peculiarità di questo insolito contributo conoscitivo⁴¹. La stessa Corte costituzionale, affrontando la questione di legittimità dell'art. 497, co. 2, c.p.p. in riferimento agli art. 3 e 24 Cost., ha riconosciuto come ragionevole la scelta legislativa della testimonianza della parte civile e, di conseguenza, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «la sua deposizione deve essere valutata dal giudice con prudente apprezzamento e spirito critico», posto che la situazione in cui versa questo soggetto «non può essere equiparata puramente e semplicemente a quella del testimone immune dal sospetto di interesse all'esito della causa»⁴².

Tuttavia, la suddetta veste di "testimone speciale", riconosciuta anche dal Giudice delle leggi, non è stata trasfusa nel codice, lasciando così un vuoto normativo che il consolidato orientamento citato ha inteso colmare, in via interpretativa, sul piano delle regole di valutazione.

Al riguardo, va anzitutto ribadito che la disparità dei mezzi probatori a disposizione delle parti non può in alcun modo essere compensata dalla vaga cautela di "un più prudente apprezzamento" che finisce inevitabilmente per scolorire nella regola generale del libero e di per sé prudente convincimento del

⁴¹ O. DOMINIONI, *La testimonianza della parte civile*, cit., 110 sostiene che «in effetti la giurisprudenza ha sempre mostrato la tendenza a collocare la testimonianza della parte civile quasi in un posto a sé, sottolineando ora che le sue risultanze debbono essere sottoposte ad un vaglio particolarmente severo e prudente, ora che le stesse siano scrupolosamente suffragate dalla loro interna coerenza e dal riscontro con gli altri elementi processuali, ora che può anche risultare necessaria una specifica motivazione sulla credibilità della deposizione».

⁴² Così in Corte cost., ord. n. 82 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 993. Cfr., altresì, Corte cost., ord. n. 115 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1011.

giudice. Suona quasi beffardo affidarsi a stereotipate e non precettive formule valutative quando l'elemento di prova è rappresentato da una testimonianza "assistita dal giudice". In tal caso, l'organo giudicante sarebbe chiamato *ex post* a vagliare l'attendibilità del narrato di un soggetto che lui stesso ha già considerato, *ex ante*, vittima in condizioni di particolare vulnerabilità, riconoscendogli privilegi che finiscono per annullare, di fatto, il contraddittorio nella formazione della prova.

La situazione assume contorni realmente allarmanti, poi, se si passa ad analizzare l'esatta portata di quelle regole di valutazione che la giurisprudenza ha proposto per compensare le evidenti aporie della testimonianza della parte civile o, comunque, della persona offesa. Le massime d'esperienza impiegate per saggiare "prudentemente" la valenza dimostrativa di queste particolari prove sono altamente reversibili ed estremamente cangianti. Nell'esempio classico offerto dai reati in danno di minorenni, un consolidato orientamento prescrive l'utilizzo di più penetranti criteri nell'esame della capacità di testimoniare di questi dichiaranti vulnerabili: «il vaglio dell'attitudine a testimoniare, la capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccordarle nonché il complesso delle situazioni che attingono la sfera interiore del minore, il contesto delle relazioni con l'ambito familiare ed extra-familiare e i processi di rielaborazione delle vicende vissute»⁴³. Tuttavia, una volta esaminato il minore secondo le modalità protette stabilite per l'occasione dal giudice, in forza di quella che, ai sensi dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., viene erroneamente intesa come una delega in bianco⁴⁴, si giunge ad applicazioni contrastanti dei criteri di valutazione appena enunciati. Può capitare, infatti, che non venga dato peso alla ritrattazione del racconto semplicemente perché «una bambina di appena sette anni non avrebbe potuto architettare un piano calunnioso ribadito in cinque audizioni»⁴⁵. In altre occasioni, invece, ritenendo in base all'esperienza che «i bambini piccoli non mentono consapevolmente, ciò deve essere temperato con la consapevolezza che gli stessi possono essere dichiaranti attendibili soltanto se lasciati liberi di raccontare»⁴⁶, si prescrive che «per controllare che il bambino non abbia inteso compiacere l'interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative, è utile poter ricostruire la genesi della notizia di reato, cioè focalizzare quale sia stata la prima dichiarazione del minore,

⁴³ Cass., Sez. III, 24 settembre 2013, B., in *Mass. Uff.*, n. 257094. Cfr. Id., Sez. III, 29 ottobre 2007, Maggioni, *ivi*, n. 237952; Id., Sez. III, 27 luglio 2010, P.C. in proc. R. e altri, *ivi*, n. 247740.

⁴⁴ Segnala il problema O. MAZZA, *Il contraddittorio attuato di fronte ai testimoni vulnerabili*, cit., p.127.

⁴⁵ Cass., Sez. III, 24 settembre 2013, cit., 6.

⁴⁶ Cass., Sez. III, 9 ottobre 2007, P.M. in proc. Scancarello e altri, in *Mass. Uff.* n. 237554.

quali le reazioni emotive degli adulti coinvolti, quali le loro domande; se la narrazione del bambino si è amplificata nel tempo, è necessario verificare se l'incremento del racconto sia dovuto all'abilità degli intervistatori oppure a loro indebite interferenze»⁴⁷.

Emergono due diversi e antitetici criteri per la valutazione dei ripensamenti e delle asserzioni intermittenti del minorenne testimone: nel primo caso la discordanza è sintomo di genuinità, mentre nel secondo, le incongruenze hanno suggerito il sospetto dell'inquinamento probatorio.

Le stesse oscillazioni si riscontrano anche nel caso dei testimoni maggiorenni. Un consolidato orientamento ha ritenuto praticabile, in analogia con quanto previsto in tema di chiamata del correo, il metodo della «frazionabilità della valutazione del narrato»⁴⁸ anche nel caso della testimonianza della persona offesa. In altre parole, è stato considerato «legittimo che il giudice ritenga veritiera una parte della dichiarazione e, nel contempo, disattenda altre parti di essa, purché dia conto, con adeguata motivazione, delle ragioni che lo hanno indotto a tale diversa valutazione, dovendo anche chiarire i motivi per i quali le conclusioni raggiunte non si risolvono in un complessivo contrasto logico giuridico»⁴⁹. Questo ragionamento, indebitamente importato in un campo dove, contrariamente alle situazioni regolate dall'art. 192 comma 3 c.p.p., non è prescritta la corroborazione dei riscontri è stato completamente sovvertito dalla recente affermazione secondo cui sarebbe invece «illegittima la valutazione frazionata delle dichiarazioni della persona offesa, riferibili ad un unico episodio avvenuto in un unico contesto temporale, in quanto il giudizio di inattendibilità su alcune circostanze inficia la credibilità delle altre parti del racconto, essendo sempre e necessariamente ravvisabile un'interferenza fattuale e logica tra le parti del narrato»⁵⁰. Quando i reati di violenza interpersonale si consumano in un unico contesto spazio-temporale, ed è la normalità dei casi, le antitetiche regole di valutazione sarebbero alternativamente e util-

⁴⁷ Cass., Sez. III, 24 giugno 2010, O.J., in *Mass. Uff.*, n. 247285.

⁴⁸ In tal senso, Cass., Sez. VI, 14 maggio 2014, L., in *Mass. Uff.*, n. 260160 per cui «l'esclusione dell'attendibilità per una parte del racconto non implica, per il principio della cosiddetta "frazionabilità" della valutazione, un giudizio di inattendibilità con riferimento alle altre parti intrinsecamente attendibili e adeguatamente riscontrate, sempre che non sussista un'interferenza fattuale e logica tra la parte del narrato ritenuta falsa e le rimanenti parti e l'inattendibilità non sia talmente macroscopica, per concludere a un contrasto con altre sicure emergenze probatorie da compromettere la stessa credibilità del dichiarante». Cfr. Cass., Sez. VI, 27 gennaio 2011, Farruggio, in *Mass. Uff.*, n. 249200; Id., Sez. VI, 22 agosto 2013, Arena e altri, *ivi*, n. 256097; Id., Sez. I, 26 settembre 2013, Pompita e altro, *ivi*, n. 256917.

⁴⁹ Così testualmente secondo Cass., Sez. VI, 27 gennaio 2011, Farruggio, cit., 4. Nella medesima direzione, v. Id., Sez. III, 8 giugno 2010, P., *ivi*, n. 247644; Id., Sez. VI, 22 agosto 2013, Arena e altri, cit.

⁵⁰ Così, invece, secondo Cass., Sez. V, 23 novembre 2011, Rosano, in *Mass. Uff.*, n. 265874.

mente applicabili a seconda del risultato di prova che si intenda raggiungere. Il contrasto fra le regole di “prudente valutazione” enunciate dalla giurisprudenza e la generale “leggerezza” delle massime d’esperienza impiegate crea un clima di incertezza applicativa che finisce per elevare la parola della persona offesa a prova regina, incontestabile nel momento acquisitivo e inscalfibile sul terreno della valenza dimostrativa.

Per superare questa paradossale situazione, connotata da evidenti disparità fra le parti, l’unico rimedio appare quello di introdurre una precisa regola di valutazione volta a limitare l’improprio ricorso al libero convincimento attraverso la previsione del conforto dei riscontri esterni⁵¹.

Apertamente contraria alla prescrizione di queste regole legali di valutazione, invece, si attesta quella parte della dottrina secondo cui «vi è una zona che deve restare franca, una sorta di giardino proibito per il legislatore ma non per questo senza controllo di legalità. E’ la valutazione delle prove, il momento propriamente inferenziale che dalle premesse probatorie conduce alla proposizione da provare. [...] C’è un netto salto tra preconstituire un metodo di formazione delle prove e predeterminare il loro significato, ipotecare date conclusioni sul tema storico (sia pure in senso negativo); e il legislatore che lo ignori commette un abuso speculare a quello in cui incorre il giudice che, in nome del libero convincimento, pretenda di valutare prove illegittimamente assunte»⁵².

Sebbene il discorso teorico presenti una certa plausibilità, tuttavia occorre nondimeno considerare come il legislatore abbia da tempo imboccato la strada opposta, con la conseguenza che ove i criteri legali non siano previsti, come per la testimonianza della parte, l’interprete si ritiene libero di affermare l’autosufficienza probatoria delle dichiarazioni rese da un soggetto comunque direttamente interessato a condizionare l’esito decisorio. Lasciare che il giudice possa convincersi sulla base della sola parola di chi afferma di aver subito il reato significa consegnare a quest’ultimo le chiavi della partita processuale. A ciò si aggiunga che, se anche nella situazione di attuale crisi del principio di legalità, la forza precettiva di una disposizione codicistica in tema di valutazione della prova sarebbe tutt’altro che scontata, la regola legale dei riscontri manterrebbe la sua valenza quantomeno pedagogica, segnalando la necessità di un conforto estrinseco e oggettivo per la parola della vittima tale da poter

⁵¹ Questa soluzione è auspicata anche da G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, Torino, 2015, 148.

⁵² P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, 588.

superare la soglia dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Del resto, per la categoria dei coimputati nel medesimo reato o delle persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., soggetti parimenti interessati all'esito decisorio, il codice espressamente prevede la speciale regola di valutazione dell'art. 192 comma 3 c.p.p.⁵³ in deroga al principio del libero convincimento. Il campo applicativo di tale disciplina andrebbe esteso, per identità di *ratio*, a ogni altra prova fornita da una fonte "sospetta" in quanto più o meno interessata.

D'altro canto, alla parola dell'imputato è riservato un trattamento ben diverso: costui è titolare del diritto di tacere o di mentire e, di conseguenza, alle sue dichiarazioni, raccolte in sede di esame non è sostanzialmente riconosciuta alcuna potenzialità persuasiva, a meno che non siano di segno confessorio⁵⁴, ma in questo caso si richiede che l'affermazione di colpevolezza trovi riscontri oggettivi⁵⁵. Non si comprende per quale ragione la giurisprudenza abbia priva-

⁵³ Criticata, coerentemente, da P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, 2017, 191, per il quale «sarebbe stato preferibile affidar[li] all'elaborazione giurisprudenziale, capace di adattarsi alle esigenze del caso, anziché cristallizzar[li] in una formula legale che rischia di funzionare ora per eccesso ora per difetto. Ad esempio, non esigono forse un vaglio altrettanto severo le dichiarazioni del teste indiretto, della persona offesa, del fanciullo o quelle rese da testi non comparsi al dibattimento e quindi sfuggiti al controesame?».

⁵⁴ Sull'argomento O. MAZZA, *Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di efficacia probatoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 864 riguardo al valore probatorio attribuibile al contributo conoscitivo offerto dall'imputato riconosce che «si tratta di elementi a cui va riconosciuta esclusiva efficacia indiziaria con la conseguenza di renderli valutabili in base alla regola di prova legale negativa stabilita dall'art. 192 co. 2 c.p.p. In questo modo l'eventuale confessione dovrebbe sempre essere accompagnata da riscontri obiettivi che ne confermino la veridicità, oltre che la genuinità e la spontaneità». Analogamente F. CORDERO, *La confessione nel quadro decisorio*, in *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, Padova, a cura di L. De cataldo Neuburger, 1988, 61-62; O. DOMINIONI, *La qualità di imputato*, in ID., *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 196 ss.; V. GIANTURCO, *La prova indiziaria*, Milano, 1958, 115; G. GUARNIERI, *La testimonianza dell'imputato*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, 125-126; F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 177; L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, 210 ss.; G. MONTALBANO, *La confessione nel diritto vigente*, Napoli, 1958, 44 ss.; A. PATRONO, *L'interrogatorio dell'imputato e gli atti utilizzabili per la decisione nel giudizio abbreviato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 5; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 247-248; G. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico. II. I singoli mezzi di impugnazione*, Milano, 1965, 665; M. TARUFFO, *La valutazione delle prove. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, in *Doc. giust.*, 1995, 918; G. VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell'imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1433.

Di diverso avviso, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 128; M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005, 156 ss.; C. CONTI-P. TONINI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, II, 264-265.

⁵⁵ Fra le altre, Cass., Sez. I, 29 ottobre 2015, Tornicchio e altri, in *Mass. Uff.*, n. 264746, 17, che, a dispetto della massima da cui si potrebbe evincere che la confessione rappresenta prova autosufficiente per la condanna, nel testo afferma: «nel caso di confessione dunque resta ferma - anche in ipotesi di

to la confessione dello statuto di prova autosufficiente, onde evitare di lasciare l'accertamento del reato nella piena disponibilità di un imputato mitomane o mosso dall'interesse ad addossarsi colpe altrui, mentre non abbia parimenti svalutato la parola della persona offesa-parte civile alla quale è invece lasciata la possibilità di determinare con il suo contributo probatorio un esito processuale a lei favorevole.

Coerenza interpretativa imporrebbe di recuperare la parità di trattamento, compromessa dalla diversità dei mezzi di prova, almeno sul piano della valutazione delle dichiarazioni. Non sembra però consigliabile confidare troppo sulla capacità autocorrettiva della giurisprudenza, rimanendo la via maestra quella di un mirato intervento legislativo volto ad estendere le già presenti regole di prova legale.

4. Una risalente prospettiva per il futuro delle istanze civilistiche

Gli auspicati interventi sulle regole di valutazione sarebbero ovviamente delle cure palliative. Volendo riportare il sistema a piena coerenza costituzionale, bisognerebbe ripensarlo *ab imis* sul terreno della parità delle armi a disposizione delle parti.

Le possibili soluzioni sono teoricamente due: ammettere l'imputato alla testimonianza in causa propria, come avviene nei sistemi processuali anglosassoni⁵⁶, oppure ritenere la parte civile incompatibile con le vesti del testimone,

acquisizione dell'atto di indagine che la contiene - la posizione interpretativa che evidenzia la libera valutazione dei contenuti secondo le ordinarie coordinate di prudenza espresse, tra le altre, da Sez. I n. 12227 del 2014, ove si è affermato che la confessione può essere posta a base del giudizio di colpevolezza dell'imputato nelle ipotesi nelle quali il giudice ne abbia favorevolmente apprezzato la veridicità, la genuinità e l'attendibilità, fornendo ragione dei motivi per i quali debba respingersi ogni sospetto di intendimento auto-calunniatorio o di intervenuta costrizione sul soggetto, cosicché ove tale indagine, estesa al controllo su tutte le emergenze processuali, non conduca a smentire le originarie ammissioni di colpevolezza, dovrà allora innegabilmente riconoscersi alla confessione il valore probatorio idoneo alla formazione del convincimento della responsabilità dell'imputato, anche se costui [...] abbia ritrattato le precedenti dichiarazioni».

⁵⁶ Sul tema, fra gli altri, si rinvia a M. DE FEO, *La fase dibattimentale*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, a cura di E. Amodio-M. Cherif Bassiouni, 1988, 196; L. CREMONESI, *Indagini e garanzie nel sistema americano*, Roma, 2010, 250; V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, 142; R. GAMBINI-MUSSO, *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2009, 204; M. MIRAGLIA, *Garanzie costituzionali nel processo penale statunitense: soggetti, tendenze e riflessioni*, Torino, 2008, 54; V. PATANE, *Processo penale inglese*, in *Enc. giur., Annali*, II, 1, 2008, 760 ss. Nella dottrina straniera invece si rinvia a R.J. ALLEY-J. L. HOFFMANN-D.A. LIVINGSTONE-W.J. STUNTZ, *Comprehensive Criminal Procedure*, II ed., New York, 2005, 781 ss.; C.M. BRADLEY, *Havens, Jenkins, Salvucci and the Defendant's "Right" to Testify*, in *Crim. Law Rev.*, 1981, 420; F.E. INBAU-J.E. REID-J.P. BUCKLEY-B.C. JAYNE, *Criminal Interrogation and Confessions*, IV ed., Gaithersburg, 2001, 489; R. HARVEY, *Waiver of the Criminal Defendant's Right to Testify: Constitutional Implications*, in *60 Fordham Law Rev.* 175, 1991, 198; L. LEVY, *Origins of the fifth amendment:*

come previsto per tutte le altre parti private.

In dottrina è stata avanzata una proposta di riforma per ammettere l'imputato al banco dei testimoni⁵⁷. Questa soluzione appare, tuttavia, non auspicabile⁵⁸, ponendosi in aperto contrasto con il diritto di difesa⁵⁹ e finendo così per determinare conseguenze molto più dannose di quelle che attualmente mettono in crisi la parità delle armi in favore dell'accusatore privato.

Scartata, quindi, la prima possibilità, l'unica alternativa praticabile resta quella di veicolare nel medesimo mezzo di prova - l'esame volontario delle parti private - i contributi conoscitivi di tutti i soggetti a diverso titolo coinvolti nell'accertamento⁶⁰, come prospettato già nel progetto preliminare al codice di

the right against self-incrimination, Chicago, 1999, 405 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce a P. FERRUA-P. TONINI, *Testimonianza volontaria dell'imputato e tutela del contraddittorio*, Progetto di modifica del c.p.p., in *Cass. pen.*, fasc. 10, 2000, 1593 ss.

⁵⁸ O. MAZZA, *L'esame delle parti private*, cit., 218 l'ha definita come «il classico rimedio peggiore del male. La testimonianza in causa propria rappresenterebbe una compressione delle facoltà autodifensive certamente ben più grave delle distorsioni causate al contraddittorio dalla previsione unilaterale della testimonianza della parte civile».

⁵⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, 226, sull'argomento sostiene che «all'imputato, invece, è riconosciuta una sovrana libertà di azione: sono consentiti il più ostinato mutismo come le dichiarazioni mendaci, purché non violino una delle norme che valgono per tutti; per di più certe azioni che sarebbero delittuose, se fossero commesse da una qualsivoglia altra persona, non sono punibili in quanto compiute da lui (art. 384 c.p.). Il diritto di difesa implica quello di tacere e mentire. L'obbligo giuridico di verità, quale che sia la motivazione con cui se ne auspica l'avvento, è un'idea difficilmente compatibile con una società di uomini liberi».

Nella stessa prospettiva, riconducono la facoltà di mentire o di tacere all'art. 24, co. 2, Cost., fra i tanti, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 296; P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 289; N. CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1985, 296; M. CHIAVARIO, *Contraddittorio e "ius tacendi": troppo coraggio o troppa prudenza nell'attuazione di una riforma costituzionale "a rime (non sempre) obbligate"?*, in *Leg. pen.*, 2002, 145; P.M. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999, 1080; A. GIARDA, *«Persistendo 'l reo nella negativa»*, cit., 118; V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 118; G. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 305 ss.; ID., *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, 387; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 29; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 42; ID., *L'esame delle parti private (dir. proc. pen.)*, cit., 212; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 81 ss.; M. SCAPARONE, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980, 25 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Milano, 2007, II, 153; G. VASSALLI, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, in *Scritti giuridici in onore della CEDAM nel cinquantenario della sua fondazione*, II, Padova, 1953, 582 ss; G.P. VOENA, *Difesa: III) Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, 1988, 16 ss.

⁶⁰ In questo senso anche G. GARUTI, *Il valore delle dichiarazioni dei soggetti variamente "interessati" al processo*, in *Giur. it.*, 2014, 1004 afferma che «precludere alla parte civile l'apporto conoscitivo al processo mediante l'istituto della testimonianza, lasciandogli invece la sola possibilità dell'esame, se per un verso risolverebbe anche il profilo relativo all'incompatibilità ontologica tra parte e testimone per l'altro verso consentirebbe di ancorare saldamente, una volta per tutte, lo status di testimone al requisito della

procedura penale del 1978⁶¹.

Tuttavia, l'esame delle parti non sarebbe esteso alla persona offesa non costituita parte civile che rimarrebbe compatibile con la testimonianza e avrebbe a disposizione una *chance* accusatoria ancora sproporzionata rispetto al mezzo di difesa consegnato all'imputato, a maggior ragione quando l'assunzione di tali dichiarazioni avvenga senza ricorrere alla *cross examination*. Pur parificando i mezzi di prova con cui acquisire il sapere delle parti, dunque, rimarrebbe sullo sfondo la disparità delle armi a disposizione dell'accusatore privato in spregio dei diritti dell'accusato.

La situazione in cui permane "la vittima" nella dinamica dell'accertamento, nonostante la recente novella, spinge lecitamente a chiedersi se il processo penale sia ancora, o se sia mai stato, la sede adatta ad inglobare le istanze punitivo-risarcitorie di chi ha subito il reato⁶² e se la vera vittimizzazione secondaria del soggetto leso non dipenda, invece, proprio dagli oneri richiesti per la sua partecipazione attiva al processo.

A fronte di un legislatore che si muove per trasformare lo strumento processuale in un meccanismo di tutela para-amministrativa delle esigenze di protezione dell'individuo leso dal reato⁶³, si registrano nette prese di posizione in direzione contraria, nel verso dell'autonomia, dunque, della separazione fra processo penale e azione civile.

Le Sezioni unite della Cassazione⁶⁴ hanno affermato che il giudice dell'impugnazione non ha il potere di pronunciarsi ai soli effetti civili sugli

terzietà».

⁶¹ V. ancora l'art. 188, n. 2, prog. prel. al c.p.p. 1978, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, cit., 535.

⁶² Sul tema C. SANTORIELLO-A. GAITO, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *questa Rivista.*, 2012, 391.

⁶³ P.P. PAULESU, *Vittime del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti e tutele)*, cit., 130 ritiene che «il percorso evolutivo innescato da vincoli europei sempre più stringenti, dalla costante attenzione della giurisprudenza europea per le vittime "vulnerabili", ma anche da una significativa svolta culturale [...] si dipana sostanzialmente lungo quattro fondamentali direttrici: a) il significativo incremento delle informazioni e delle misure di sostegno volte a rafforzare le prerogative della vittima in alcuni importanti snodi procedurali; b) il coinvolgimento della vittima nell'ambito di meccanismi deflattivi e/o riabilitativi (in linea con l'idea progressista della *restorative justice*, dove l'antitesi autore-vittima si dissolve per lasciar posto all'incontro tra offensore e offeso, al coinvolgimento e all'ascolto di quest'ultimo, in una dimensione riparatoria-conciliativa); c) la tutela della vittima da possibili fenomeni di vittimizzazione primaria [...]; d) la tutela della vittima dal rischio di vittimizzazione secondaria [...]».

⁶⁴ Cass., Sez. un., 7 novembre 2016, Schirru e altro, in *Mass. Uff.*, n. 267885.

illeciti nel frattempo depenalizzati dal d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016⁶⁵. Traspare chiaramente da questa pronuncia il *favor separationis*, in netta contrapposizione con la scelta legislativa effettuata dall'art. 578 c.p.p. per i casi analoghi di estinzione del reato in seguito ad amnistia o prescrizione.

Il quadro d'insieme risulta, poi, ancor più complesso osservando i vincoli europei⁶⁶, soprattutto quelli dell'Unione a cui si accompagna una ben marcata tendenza a trasformare radicalmente il significato stesso della giustizia penale. La classica pretesa punitiva, fondata sulla riaffermazione del potere statale e delle sottese scelte politiche, sta progressivamente abdicando in favore di un sistema volto alla gestione e alla ricomposizione dei conflitti individuali. Basti pensare all'introduzione di nuovi percorsi processuali fondati sulle condotte riparatorie, quali la sospensione del processo con messa alla prova⁶⁷, la nuova

⁶⁵ D.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, recante "Disposizioni in materia di abrogazione dei reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili", in *Gazz. Uff.*, n. 17, del 22 gennaio 2016.

⁶⁶ Ci si riferisce, fra le altre, alla direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2014 relativa all'indennizzo delle vittime di reato in *G.U. 2004, L. 261*, p. 15 nel cui ambito la Corte di giustizia, 11 ottobre 2016, Causa C-601/14, Commissione c. Rep. Italiana, ha ritenuto inadempiente il nostro Stato dell'obbligo previsto di istituire un fondo per indennizzare le vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi sul proprio territorio in forza dell'art. 12, paragrafo 2, della direttiva menzionata.

Parimenti, vanno ricordati gli obblighi di prevenzione imposti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: si veda, in particolare, la recente Corte Edu, Sez. I, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14, che ha condannato l'Italia per la violazione del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani e degradanti, nonché del divieto di discriminazione, dal momento che le autorità del nostro paese non hanno protetto una donna e i suoi figli, vittime di violenza domestica ad opera del marito protrattesi fino al tentato omicidio della ricorrente e all'omicidio del minore. Per queste ragioni è stata accertata la violazione degli obblighi positivi previsti dagli art. 2 e 3 della Convenzione. Per un commento a prima lettura si rinvia, fra gli altri, a R. CASIRAGHI, *La corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in www.penalecontemporaneo.it.

Per una più ampia disamina del tema si veda G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 987; D. NEGRI, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, 467; L. PISTORELLI, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari: allontanamento dalla casa familiare; pagamento di un assegno*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di S. Riondato, Milano, 2002, 90; F. ZACCHE, *Le cautele fra prerogative dell'imputato e tutela della vittima*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 652-653.

⁶⁷ Sull'argomento, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7 e ss.; C. CESARI, sub art. 464-bis, 464-novies, in *Commentario breve del nuovo codice di procedura penale*, Padova, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2015, 2122 ss.; R. DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Quest. Giust.*, 2013, 6, 9 ss.; A. DIDI, *La fase di ammissione della prova*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e prosciogli-*

causa di estinzione del reato prevista dall'art. 162-ter c.p. introdotto dall'art. 1 comma 1 l. 23 giugno 2017 n. 103 (la cosiddetta riforma Orlando)⁶⁸ o la speciale causa di non punibilità dei reati tributari prevista dall'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 così come sostituito dal d.lgs. 24 settembre 2015 n. 158. Il minimo comune denominatore di queste forme alternative di giustizia è l'abbandono della pretesa punitiva a fronte del risarcimento del danno. Non si tratta di isolate previsioni legislative dettate dall'emergenza del momento. Quello che si sta definendo, magari senza la necessaria consapevolezza da parte del legislatore, è un modello di privatizzazione della giustizia penale in cui il vero obiettivo sembra essere, come detto, la ricomposizione dei conflitti interindividuali⁶⁹. Anche il ruolo del giudice, in questo contesto, ne risulta profondamente trasformato, da organo statale chiamato a pronunciarsi, in modo imparziale, su di una domanda di interesse pubblico ad arbitro parziale della giustizia riparativa, garante della piena soddisfazione delle pretese risarcitorie della vittima⁷⁰.

mento per tenuità del fatto, Torino, a cura di N. Triggiani, 2014, 109 ss.; P. FELICIONI, *Gli epiloghi, in Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, 2014, 415 ss.; V. MAFFEO, *La sospensione del processo con messa alla prova. Profili processuali*, Napoli, 2017, 155 ss.; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 464; M. MONTAGNA, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, *Procedura penale*, a cura di A. Gaito, Milano, 2015, 793 ss.; O. MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giur. cost.*, 2015, 2200 ss.; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 744 ss.; C. PANSINI, *Procedimenti speciali*, in *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 2015, 650 ss.; A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in *La deflazione giudiziaria*, N. Triggiani (a cura di), 1 ss.; G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, 2016, 252 ss.

⁶⁸ Legge 23 giugno 2017, n. 103 recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", in *Gazz. Uff., serie generale*, 4 luglio 2017, n. 154, 1.

⁶⁹ Il riferimento lo si deve a M. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere, Analisi comparatistica del processo*, trad. it. a cura di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991, 158 ss. L'autore distingue «due modi di concepire l'attività dello Stato che generano due idee contrastanti intorno agli scopi del processo. Secondo l'una esso serve a risolvere conflitti; secondo l'altra serve ad attuare gli orientamenti politici dello Stato».

⁷⁰ Denuncia lo scadimento della giurisdizione penale anche P. PAULESU, *Vittime del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti e tutele)*, cit., 133, per il quale «è evidente che il processo non può costituire il terreno elettivo di protezione della vittima. Affidare al solo processo penale la funzione di tutela delle vittime significa orientare la giurisdizione verso funzioni di controllo sociale, o, meglio, di garanzia della solidarietà sociale, che istituzionalmente non le appartengono».

Nel quadro attuale, l'estromissione della parte civile dal giudizio penale⁷¹ avrebbe il positivo effetto di arrestare la deriva appena descritta e di riportare il processo penale nel suo alveo naturale di luogo deputato all'accertamento della responsabilità dell'imputato per un fatto-reato ed, eventualmente, alla irrogazione della relativa sanzione penale⁷².

Alla soluzione di far confluire nella sede civile ogni pretesa risarcitoria del danneggiato dal reato⁷³ non ostano, difatti, nemmeno i vincoli europei che, quasi in modo provocatorio, sarebbero meglio osservati nella diversa sede processuale civile di appartenenza. Non bisogna infatti dimenticare che la regola decisoria della probabilità prevalente è certamente più favorevole all'attore di quanto non lo sia quella dell'al di là di ogni ragionevole dubbio.

Occorre essere franchi nell'ammettere che la vera ragione che spinge a mantenere, e addirittura a rafforzare, la contaminazione fra processo penale e istanze risarcitorie è quella di impiegare strumentalmente e indebitamente la

⁷¹ Soluzione che troverebbe una insospettabile sponda anche nella giurisprudenza costituzionale. Si fa riferimento, in particolare, a Corte cost., n. 217 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 2522 secondo cui «tutte le volte in cui è stata chiamata a decidere sui rapporti tra azione civile e azione penale, ha costantemente affermato il principio per cui imputato e parte civile esprimono due entità soggettive fortemente diversificate, non solo sul piano del differente risalto degli interessi coinvolti, ma anche e soprattutto per l'impossibilità di configurare in capo ad essi un paradigma di *par condicio* valido come regola generale su cui conformare i relativi diritti e poteri processuali. Questa Corte, d'altra parte, ha costantemente avuto modo di affermare che le differenze di "trattamento processuale" tra le parti sono legittime, sempre che abbiano una loro ragionevole base all'interno del sistema processuale. Se ciò vale per le parti necessarie del processo, *a fortiori* è possibile tracciare un ragionevole *discrimen* in riferimento alle parti eventuali: specie nell'ipotesi in cui - come nel caso della parte civile - sia assicurato un diretto ed incondizionato ristoro dei propri diritti attraverso l'azione sempre esercitabile in sede propria [...]».

⁷² A sostegno della separazione dei giudizi v. B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1959, 122 secondo cui «l'errore massimo non è non è tanto nel dire che il reato cagiona il danno, quanto piuttosto nel ricollegare al reato come tale, cioè come illecito penale, la conseguenza giuridica del risarcimento [...], la quale invece dipende non dal reato, ma dal fatto (o da una parte del fatto) che lo costituisce, se e in quanto realizza anche un illecito civile». Dello stesso avviso G. ALPA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Responsabilità civile da reato*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Roma, 1988, 1277 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 858; E. CAPALAZZA, *Aspetti problematici e prospettive di riforma dell'istituto della parte civile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 728; O. DOMINIONI, *La testimonianza della parte civile*, cit., 16; G. PAOLI, *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bologna, 1924, 14; G. RICCIO, *I principi informativi della responsabilità civile da reato*, in *Scritti in memoria di G. Bellavista*, in *Il Tommaso Natale*. Vol. III, Palermo, 1979, 1376.

⁷³ G. SPANGHER, *Azione civile e processo penale*, in *questa Rivista*, 2013, fasc. 2, 512 sostiene che «parimenti non può lasciare perplessi la decisione del giudice penale che pur essendosi pronunciato in sede penale rimetta al giudice civile la quantificazione del danno. [...] Non casualmente il modello accusatorio "puro" non prevede pretese civilistiche dentro il percorso teso all'accertamento del ruolo e dell'individuazione del colpevole».

minaccia della pena per costringere l'imputato a tenere condotte riparatorie ben prima che sia accertata sua responsabilità. Questa finalità non è compatibile con il rispetto dei diritti costituzionali dell'accusato che andrebbe riportato al centro della scena processuale insieme alla presunzione di innocenza che sempre più, in un processo avvinto nel sinistro fascino del risultato punitivo, sembra esser diventato un principio dai contorni evanescenti.