

MARCELLO STELLIN

Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU

L'approccio al tema degli apporti conoscitivi forniti dalla persona offesa dal reato nel corso del procedimento penale implica un'inevitabile apertura del "vaso di Pandora": una trattazione esaustiva delle problematiche sottese alla materia in oggetto meriterebbe, infatti, un lavoro di ben altro respiro. Il presente studio focalizzerà, pertanto, l'attenzione su quel particolare scorcio relativo alla testimonianza della vittima ed ai possibili rimedi agli eventuali *deficit* di contraddittorio con la stessa.

1. La testimonianza della persona offesa dal reato: le coordinate nazionali

In termini assai suggestivi, si è detto che la vittima¹ «preme alle porte della giustizia penale»², avanzando una duplice pretesa³: partecipare al procedimento avvalendosi delle prerogative riconosciute dal legislatore⁴ – funzionali tanto

¹ Siffatta nozione è, in realtà, estranea al lessico utilizzato dal legislatore del 1988. Ad eccezione, infatti, di alcuni apporti novellistici (cfr. art. 498, co. 4-ter, c.p.p.), l'impianto codicistico risulta imperniato sui concetti di persona offesa dal reato ovvero di soggetto al quale il reato ha recato un danno, quasi a voler sottolineare «l'effetto lesivo subito più che la posizione soggettiva della vittima»: sul punto, ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 3. Il termine "vittima" sembrerebbe, invece, rimandare ad un concetto di tipo omnicomprensivo: come si legge, infatti, all'art. 2, § 1 della recente Direttiva 2012/29/UE, con tale lemma s'intende «i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona» (sul punto, cfr., anche, PETRALIA, *La vittima di reato nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2012, 29 ss.; AGLIASTRO, *La violenza sulle donne nel quadro della violazione dei diritti umani e della protezione del testimone vulnerabile*, Roma, 2014, 80 ss.).

² ALLEGREZZA, *Introduzione*, cit., IX.

³ Questa duplice prerogativa della vittima è stata recentemente sottolineata anche in sede sovranazionale. Come affermato dal già vice-presidente della Commissione Europea, nonché Commissario Europeo alla Giustizia, «*victims of crime will have a right to information, support and protection as well as their procedural rights when participating in criminal proceedings*»: così, REDING, *Believing in people - Balancing the scales in European Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 1, 2014, 81.

⁴ Nota, infatti, efficacemente CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 277, che l'offeso «è ancora un postulante, nonostante i molti diritti. Gli mancano i poteri della parte: non agisce, né formula *petita* sul merito; meno che mai impugna ed è escluso dall'istruzione attiva (culminante negli esami diretti)»; cfr., anche, TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 4051 ss.

«a dare impulso all'esercizio dell'azione penale», quanto a «stimolare l'elaborazione della prova»⁵ - ed ottenere, al contempo, tutela nel corso dell'agone⁶.

È, quindi, innegabile che questo soggetto faccia valere all'interno del processo quel proprio interesse ad ottenere la declaratoria della responsabilità dell'imputato e la sua condanna, al cui perseguimento sono preposti i suindicati poteri⁷.

Ad onta di una siffatta, limpida consapevolezza, il legislatore del 1988 ben lungi dall'aderire al noto principio *nemo idoneus testis in re sua*⁸ - invalso, al contrario, all'interno dell'assetto processualciviltistico⁹ - non ha introdotto alcuna forma d'incompatibilità¹⁰ della persona offesa con l'ufficio di testimone, nemmeno con riguardo all'ipotesi in cui costei eserciti una pretesa risarcitoria o

⁵ Cfr., sul punto, *ex plurimis*, PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, 2008, 602.

⁶ Sul punto, LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 882. Sul versante europeo cfr. GAETA, *La tutela delle vittime del reato nel diritto dell'Unione Europea: spunti per una ricostruzione storico-sistemica*, in *Cass. pen.*, 2012, 2701 ss. Per una panoramica di respiro internazionalistico, BELLANTONI, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 648 ss.

⁷ Rileva giustamente GRIFANTINI, *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari*, Napoli, 2012, 249, che «è inevitabile che la persona offesa dal reato sia il maggior interessato alla repressione dell'azione criminosa in quanto titolare del bene giuridico lesa: tutt'altro che il disinteresse personale che il ruolo di testimone presupporrebbe». Cfr. Cass., Sez. V, 2 ottobre 2013, A., in *Mass. Uff.*, n. 10564, ove esplicitamente si afferma che la persona offesa, «pur quando non si è costituita parte civile [...] è comunque portatrice di interessi confliggenti con quelli dell'imputato».

⁸ Si tratta di un principio risalente al Digesto, tale per cui «*de testibus: nullus idoneus testis in re sua intelligitur*». Siffatta massima è «stata sempre dalla dottrina e dalla giurisprudenza concordemente interpretata nel senso che, per poter servire ai fini della giustizia, il testimone debba essere assolutamente disinteressato nel giudizio nel quale viene chiamato a prestare il suo grave ufficio [...]» (in questi termini, Corte d'Appello di Torino, 20 marzo 1903), con la precisazione - cui giova avere riguardo in relazione all'oggetto del presente studio - che «purché comunque interessato in una causa, nessuno può essere ritenuto incapace di figurarvi come testimone in base all'aforisma legale - *nemo testis idoneus in causa propria* - se non vi partecipa o come attore, o come convenuto, o come intervenuto volontariamente o coattivamente [...]» (così, Corte d'Appello di Milano, 2 aprile 1890). Cfr., sul punto, anche ai fini della collocazione delle sentenze suindicate, MASETTO, *La testimonianza del difensore nella dottrina e nella giurisprudenza civilprocessualistiche del Regno d'Italia*, in *Officium advocati*, a cura di Mayali, Padova Schioppa, Simon, Francoforte sul Meno, 2000, 163.

⁹ Il principio in esame, nell'attuale codificazione processualciviltistica, è stato, infatti, cristallizzato nell'art. 246 c.p.c., la cui *ratio* risponde alla riflessione secondo la quale tutti «coloro che hanno nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio e che, per questa ragione, sono considerati incapaci di testimoniare, non sono considerati terzi dalla legge, ma, sia pure in modo potenziale, parti in causa»: con queste parole, SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 350. Per un'esauritiva bibliografia, TROGNI, *Art. 246*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi, Taruffo, Padova, 2012, 898 ss.

¹⁰ Notava, a suo tempo, FLORIAN, *Delle prove penali*, Milano, 1961, 317 ss. che il cumulo, in capo alla persona offesa, della funzione di accusatore, che delinea il *thema probandum*, con quella di testimone - e quindi di fonte di prova - è proprio di un processo di matrice inquisitoria: a fronte, infatti, d'una iniziale

restitutoria¹¹ nel corso della controversia penale¹². Tale scelta, fatta salva in più occasioni dal Giudice delle leggi¹³, risponde essenzialmente all'imprescindibilità che il contributo dichiarativo della vittima spesso riveste ai fini dell'accertamento del fatto: si tratta di un rilievo diffuso presso la dottrina tradizionale, nonché in sede di lavori preparatori all'attuale codice¹⁴.

Il diritto ad essere ascoltati trova, d'altra parte, puntuale riconoscimento anche in ambito sovranazionale: tanto la Decisione quadro 2001/220/GAI, quanto la

diffidenza, propria del diritto romano, ove «l'esposto dell'offeso è accusa, non prova» e del diritto comune, in cui compare, comunque, la figura del teste accusatorio, «fu col tramontare del processo accusatorio, col filtrare in esso dell'autorità sociale; fu col penetrarvi d'una forza autonoma di iniziativa e di istruzione, che il lesa va mutando, poco per volta, la sua figura legale: esso va perdendo la posizione, sterile insieme e privilegiata, di parte e diventa un teste». È, tuttavia, con l'avvento del moderno processo penale, afferma l'Autore, che il lesa può «esercitare, dentro certi limiti, le azioni che nello stesso sono dedotte e ciò senza perdere la qualità di teste».

¹¹ Il sistema, così strutturato, rischia, tuttavia, il cortocircuito. Come è stato, infatti, giustamente sottolineato, qualora la colpevolezza dell'imputato sia stata ritenuta provata sulla scorta della sola testimonianza della persona offesa costituitasi parte civile ed il giudice abbia pronunciato una condanna generica, ovvero abbia condannato al pagamento di una provvisionale, rimettendo le parti innanzi al giudice civile ai fini della liquidazione del danno, il disposto dell'art. 246 c.p.c. verrà inevitabilmente eluso, in quanto il danneggiato potrà giovare nel processo civile di un provvedimento pronunciato in forza di una prova non assumibile in quella sede: in questi termini, cfr. FUGA, *La testimonianza della vittima da reato*, in *La tutela della vittima e le garanzie dell'imputato. La più recente normativa dell'Unione Europea*, Roma, 2011, 66. Ulteriori aggiramenti della norma processualecivile possono essere ravvisati anche nell'ipotesi in cui il danneggiato agisca in via autonoma avvalendosi, tuttavia, ai sensi dell'art. 651 c.p.p., di una condanna definitiva, pronunciata sulla base delle sue dichiarazioni, rilasciate in sede testimoniale. Ampiamente, sul punto, CASIRAGHI, *Azione civile e parità delle armi in materia probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 878 ss.

¹² Incompatibili con l'ufficio di testimone sono, invece, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria: costoro potranno, al più, essere esaminati in qualità di parti, laddove ne facciano richiesta o vi consentano. A siffatta evenienza è esposta, altresì, la parte civile: si tratta di un'ipotesi residuale, in quanto, per espressa previsione legislativa (art. 208 c.p.p.), l'esame - che, giova ricordare, non implica per il dichiarante, il quale ha peraltro facoltà di tacere, l'obbligo di dire la verità - potrà avvenire solamente qualora la parte civile non debba essere esaminata in qualità di teste, ossia laddove essa non «venga chiamata a deporre su fatti a sua conoscenza ed inerenti al fatto reato»: così, BARGI, *Le prove e le decisioni*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2013, 267.

¹³ Si vedano, a questo proposito, le note sentenze n. 190 del 1971 e n. 2 del 1973. Sotto la vigenza dell'odierno codice viene, invece, in considerazione l'ordinanza n. 115 del 1992 (le cui argomentazioni sono state sostanzialmente riprese in seno alle successive pronunce n. 374 del 1994 e n. 82 del 2004), ove la Corte costituzionale ha, peraltro, richiamato le riflessioni svolte nella Relazione al Progetto preliminare al codice: nel corso dei lavori preparatori era stato, infatti, posto l'accento, da un lato, sul fatto che «la rinuncia al contributo probatorio della parte civile costituisse un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale» e, dall'altro, sulla «preminenza dell'interesse pubblico all'accertamento dei reati su quello delle parti alla risoluzione delle liti civili». Sul punto, cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di Conso, Grevi, Neppi Modona, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 581 ss.

¹⁴ Cfr. TONINI, *L'oggetto della testimonianza della parte civile e della persona offesa dal reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970, 1251.

successiva Direttiva 2012/29/UE vincolano, infatti, gli Stati membri a garantire alla vittima la possibilità di rendere una deposizione¹⁵, rimettendo, tuttavia, al legislatore nazionale la disciplina della veste giuridica e dell'efficacia dimostrativa del contributo¹⁶.

La nuova codificazione, dal canto suo, ha interamente rimesso il vaglio della testimonianza della persona offesa al principio del c.d. libero convincimento del giudice¹⁷: con riguardo a questa specifica fonte di prova il legislatore non ha, infatti, introdotto né gerarchie epistemiche né criteri valutativi.

¹⁵ L'art. 10, § 1 Direttiva 2012/29 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 enuncia, infatti, il diritto (così definito nei *consideranda* 41 e 42) della vittima ad essere sentita nel corso del procedimento penale e di fornire elementi di prova, precisando, tuttavia, in seno al § 2, che compete agli ordinamenti nazionali stabilire le norme procedurali in base a cui ella potrà esercitare le suddette prerogative. Analoghe facoltà vengono riconosciute nell'art. 3 della precedente Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI.

¹⁶ Ampiamente, sul punto, PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, 389 ss. Nella pronuncia datata 9 ottobre 2008, causa C-404/07, *Katz*, la Corte di Giustizia ha affermato che gli artt. 2 e 3 Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI - che garantiscono, rispettivamente, «un ruolo effettivo ed appropriato delle vittime» nel sistema giudiziario penale di ciascuno stato membro, nonché la possibilità per costoro d'essere ascoltate nel corso del procedimento stesso e di fornire elementi di prova - «devono essere interpretati nel senso che non obbligano un giudice nazionale ad ammettere l'audizione della vittima di un reato come testimone nell'ambito di un procedimento di accusa privata sussidiaria», istituto vigente nel sistema processualpenalistico ungherese, ma che «ove priva di tale possibilità, la vittima deve però poter essere ammessa a rendere una deposizione che possa essere presa in considerazione come elemento di prova». Cfr., anche, VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, 108 ss.; PETRALIA, *La vittima di reato*, cit., 67 ss.

¹⁷ Il libero convincimento del giudice, com'è noto, si contrappone, storicamente, alla teoria c.d. delle prove legali, che consiste «nella minuziosa premeditazione dei caratteri e del valore di ogni prova (e di ogni indizio) e nella loro classificazione in un sistema altrettanto preciso di prevalenze e di gerarchie»: in questi termini, NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 105 ss. Il principio in oggetto, stando all'attuale assetto processualpenalistico, incontra un duplice ordine di limiti che parte della dottrina ha classificato quali indiretti e diretti: i primi sono quelli relativi all'introduzione delle prove nel giudizio ed all'utilizzabilità delle stesse; i secondi afferiscono, invece, all'osservanza delle regole di valutazione dettate dal legislatore: sul punto, DELLA MONICA, *La parabola del principio del libero convincimento*, in *La prova penale*, diretta da Gaito, III, *La valutazione della prova*, Torino, 2008, 288 ss.; FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 355; LA ROCCA, *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*, Roma, 2013, 24 ss. A ben vedere, tuttavia, siffatti parametri non determinano un'eccezione al principio del libero convincimento, ma si limitano a tracciare le coordinate entro le quali si esplicherà l'apprezzamento giurisdizionale degli elementi di prova acquisiti: come è stato, infatti, giustamente osservato, «il giudice - nel decidere non è libero rispetto alla legge, è libero nei limiti della legge»: «la sua non è una libertà da regole, ma secondo regole», ragion per cui «il suo è un convincimento libero e legale». A questo proposito occorre, infatti, distinguere tra prova legale, da un lato, e regole di valutazione probatoria, dall'altro: la prima costituisce un principio che «entra nel merito della prova: la valuta, cioè dice cosa la prova significa e qual è il suo valore rispetto al *factum probandum*»; la seconda «non entra affatto nel merito, lo lascia impregiudicato, dice solo come valutare la prova [...] non si sostituisce al giudice»: in questi termini, IACOVIELLO, *La*

Sotto il profilo dell'attitudine dimostrativa, il *dictum* del soggetto passivo del reato appare, dunque, pienamente sovrapponibile al narrato di un teste cui i fatti di causa non abbiano cagionato alcun nocumento. Le dichiarazioni della vittima, laddove abbiano come oggetto il fatto descritto nell'imputazione¹⁸, sono, quindi, allo stato bastevoli ai fini della declaratoria di colpevolezza¹⁹.

Tale assetto riflette, probabilmente, una svalutazione delle caratteristiche di questa *species* di prova che, al contrario, rivela particolari profili di criticità dovuti non soltanto alla posizione antagonista del teste rispetto all'imputato²⁰, bensì anche al rischio che l'intera vicenda venga filtrata attraverso la percezione di colui che l'ha vissuta come diretto protagonista o che, comunque, ne ha subito le conseguenze²¹.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha sottolineato la necessità d'effettuare con particolare rigore il vaglio della testimonianza della persona offesa: pur escludendo, infatti, l'applicazione - auspicata da parte della dottrina²² - delle regole dettate in materia di chiamate in correità ed in reità, è stato affermato che questa peculiare fonte di conoscenza può costituire anche l'unica prova a carico

Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione, Milano, 2013, 304 ss. Al fine di rendere controllabile il convincimento del giudice, il combinato disposto tra gli artt. 192, co. 1 e 546, co. 1, lett. e), impone a costui di rendere manifesto l'*iter* logico seguito al fine di arrivare alla decisione: l'obbligo motivazionale si configura, dunque, quale «premessa logica imprescindibile per il successivo controllo sulle linee di formazione di quel convincimento». Cfr. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2008, 318 ss.: cfr., anche, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, 197 ss.; UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. Pen.*, X, 1995, 333.

¹⁸ È nella relazione tra il risultato probatorio ed il *thema probandum* che risiede, infatti, la differenza tra prova ed indizio: laddove la testimonianza abbia, dunque, ad oggetto circostanze «non direttamente rappresentative del fatto da provare» (secondo la tradizionale definizione data da Cass., Sez. VI, 13 dicembre 1991, Grillo, in *Cass. pen.*, 1993, 2067, con un interessante commento di IACOVIELLO) il risultato da questa scaturente assumerà il crisma d'indizio, ossia di fatto (secondario) che consente d'inferire l'esistenza del fatto principale. Per un esempio calzante, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2002, 108 ss.; allo stesso modo, cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Padova, 2014, 226 ss. Per un inquadramento dogmatico, cfr. DE MICHELE, *Indizio*, in *Dig. pen.*, VI, 1992, 381.

¹⁹ Nel *mare magnum* delle pronunce che aderiscono al principio in oggetto, cfr. la recente Cass., Sez. III, 10 dicembre 2013, M., in *Mass. Uff.*, n. 4343, ove si legge che «le dichiarazioni della persona offesa, vittima del reato, possono essere assunte, anche da sole, come prova della responsabilità dell'imputato, non necessitando le stesse di riscontri esterni».

²⁰ Sul punto, cfr., anche, MICONI, *La testimonianza nel procedimento penale. Profili giuridici, psicologici e operativi*, Torino, 2009, 246 ss.

²¹ Diffusamente, sul punto, PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., 384 ss.; GARUTI, *Il valore delle dichiarazioni di soggetti variamente "interessati" al processo*, in *Giur. it.*, 2014, 1002. Cfr., anche, PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1975, 253, ove l'Autore rammenta che «non si può disconoscere che la prova testimoniale sia spesso influenzata dall'ignoranza, dall'errore, da interessi personali o dalle condizioni personali e psicologiche (si pensi alla falsa testimonianza dei fanciulli, determinata da mitomania o da pseudologia fantastica)».

²² Cfr., DELLA MONICA, *La parabola del principio del libero convincimento*, cit., 318.

dell'imputato, purché soddisfatti i requisiti di credibilità soggettiva ed oggettiva²³. Il primo attributo potrà essere evinto dalle «caratteristiche personali, morali e intellettive» del teste, nonché «dalla assenza di motivi di rancore o di astio verso l'imputato»; il secondo sarà, invece, ricavabile dalla genesi spontanea del racconto, dalla coerenza interna dello stesso e dalla «concordanza con altri elementi fattuali acquisiti al processo»²⁴.

L'impostazione è solo apparentemente garantista: la sussistenza di ulteriori dati costituisce, infatti, una mera eventualità, dalla quale si potrà prescindere una volta ritenuto attendibile il narrato nei termini anzidetti²⁵. Non di rado, infatti, la testimonianza della persona offesa e l'esame dell'imputato saranno gli unici elementi conoscitivi sulla cui scorta il giudice dovrà decidere il merito della regiudicanda²⁶. La soluzione è tutt'altro che confortante, giacché comunemente si ritiene che il mezzo di cui all'art. 208 c.p.p. – rimesso alla volontà della parte, non soggetta, peraltro, all'obbligo di verità – sia dotato di efficacia dimostrativa inferiore rispetto alla testimonianza²⁷. Siffatta tesi sottende necessariamente una

²³ Quando il teste è un minore, il lemma "credibilità" si colora di significati ulteriori: siffatto attributo deve, infatti, essere inteso «in senso omnicomprendente, dovendo tenersi conto a tal riguardo dell'attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare, della capacità a recepire le informazioni, ricordarle e raccorderle, delle condizioni emozionali che modulano i rapporti col mondo esterno, della qualità e natura delle dinamiche familiari e dei processi di rielaborazione delle vicende vissute, con particolare attenzione a certe naturali e tendenziose affabulazioni»: *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 5 maggio 2010, R., in *Cass. pen.*, 2011, 3520.

²⁴ Cfr., Cass., Sez. III., 23 settembre 2010, N., in *Mass. Uff.*, n. 37820. Sul punto, cfr., anche, ONORATO, *Giurisprudenza di legittimità in tema di violenza sessuale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3667 ss.; AGLIASTRO, *La violenza sulle donne*, cit., 390 ss. In linea con il principio suddetto appare la giurisprudenza di merito ove si legge come «il vaglio di attendibilità e genuinità della persona offesa, in quanto portatrice di un interesse configgente con quello dell'imputato, vada comunque effettuato con rigore, peraltro maggiore allorché il suo narrato contrasti con elementi probatori *aliunde* acquisiti»: in questi termini, Tribunale di Napoli, Ufficio G.I.P., 7 gennaio 2013, n. 2697, in *DeJure*.

²⁵ Critico sul punto, ANGELETTI, *La prova nella violenza sessuale*, Torino, 2009, 45. Afferma, infatti, l'Autore che, secondo il giudice di legittimità, quel che «rende attendibile la deposizione è la valutazione intellettuale e personale» del teste «che ben può prescindere da qualsiasi riferimento probatorio acquisito agli atti».

²⁶ Così, Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2011, F., in *Mass. Uff.*, n. 251660, ove si legge che, «nell'ambito dell'accertamento di reati sessuali, la deposizione della persona offesa, seppure non equiparabile a quella del testimone estraneo, può essere assunta anche da sola come fonte di prova della colpevolezza, ove venga sottoposta ad un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva di chi l'ha resa, dato che in tale contesto processuale il più delle volte l'accertamento dei fatti dipende necessariamente dalla valutazione del contrasto delle opposte versioni di imputato e parte offesa, soli protagonisti dei fatti, in assenza, non di rado, anche di riscontri oggettivi o di altri elementi atti ad attribuire maggiore credibilità, dall'esterno, all'una o all'altra tesi». Dello stesso avviso, Id., Sez. III, 5 giugno 2013, F., in *Mass. Uff.*, n. 40610.

²⁷ Emblematica, a questo proposito, la chiosa di ONORATO, *Giurisprudenza di legittimità in tema di violenza sessuale*, cit., 3667, ove si legge: «Se c'è una persona che il legislatore sospetta per principio ai fini della prova del reato, è quella dell'accusato e non quella della vittima. Ne discende logicamente che anche

svalutazione dello strumento euristico della *cross examination* che, al contrario, costituisce un grimaldello idoneo a sondare la credibilità del dichiarante²⁸: è, quindi, dalla dialettica tra le parti - e non da un'indimostrata gerarchia tra i mezzi di prova²⁹ - che deve emergere quale tra le versioni contrapposte sia la più attendibile³⁰.

Superato, quindi, il duplice *test*, la Cassazione afferma che la testimonianza «processualmente costituisce prova diretta del fatto e non mero indizio, senza

per la deposizione testimoniale della persona offesa vale il principio della presunzione di attendibilità (soprattutto in comparazione con le dichiarazioni difensive dell'imputato) che è stato costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità. Sul punto varie pronunce della suprema Corte hanno chiaramente statuito che "il giudice deve presumere che il teste, fino a prova contraria, riferisca correttamente quanto a sua effettiva conoscenza e deve perciò limitarsi a verificare se sussista o meno incompatibilità tra quello che il teste riporta come vero, per sua diretta conoscenza, e quello che emerge da altre fonti di prova di eguale valenza" - non quindi quello che emerge dall'interrogatorio dell'imputato». Il passaggio, nonostante l'imprecisione terminologica, è indice della serpeggiante sfiducia verso l'apporto dichiarativo dell'imputato, dovuta tanto alla mancanza di obblighi penalmente sanzionati di dire il vero, quanto ad una commistione di finalità - oggettivamente probatorie e soggettivamente difensive - che l'istituto dell'esame rivela: sul punto, VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 124 ss. Cfr., anche, Trib. Crema, 21 aprile 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 176 ss., con nota di RAMAJOLI, *Persona offesa dal reato: escussione come teste ed esame come parte privata*, in cui si afferma, a proposito dell'alternativa tra l'esame della parte civile e l'escussione della stessa in qualità di testimone: «un siffatto esame, pur annoverandosi tra i mezzi di prova, non può apprezzarsi alla stessa stregua della testimonianza. Il testimone infatti non può sottrarsi all'esame, ha l'obbligo di dire la verità [...]. La parte privata, viceversa, può rifiutarsi di venire esaminata (non diversamente dalla parte privata che ha nel processo la posizione di imputato, per il quale vale il principio "*nemo tenetur se detegere*") e, se vi consente, non ha l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità. Mentre di ciò che il testimone dichiara si deve presumere la verità, salvo che da altre acquisizioni probatorie risulti che egli ha dichiarato il falso o vi siano plausibili ragioni per dubitare della sua attendibilità, le dichiarazioni rese dalla parte privata valgono come strumento di ammissione di responsabilità, di confessione (analogamente a quanto può verificarsi nell'interrogatorio formale del processo civile) o di argomentazione probatoria». Per tali ragioni, «sul piano formale, dunque, la valenza probatoria delle dichiarazioni rese dalle parti offese ai sensi dell'art. 503 è identica a quella delle dichiarazioni rese dall'imputato a norma dello stesso articolo. La parola detta dalle prime vale quanto la parola di quest'ultimo».

²⁸ Con la caratteristica incisività, nota CORDERO, *Procedura penale*, cit., 731, che la persona imputata, ove abbia fatto richiesta d'essere esaminata - ma l'argomento regge anche qualora abbia consentito a ciò - «s'è avventurata nell'ordalia, non essendovi costretta, e subisce i relativi rischi». In argomento si veda anche DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Milano, 2009, 24 ss.

²⁹ L'obbligo, gravante sul teste, di dire il vero, ai sensi degli artt. 497 c.p.p. e 374 c.p., rileva senz'altro ai fini delle conseguenze penali del mendacio. Il rischio d'incorrere in una sanzione, tuttavia, per quanto idoneo a costituire un deterrente per il dichiarante, non sembra fornire al contributo probatorio una patente d'attendibilità la quale dovrà essere, al contrario, apprezzata in concreto dal giudice alla luce delle risultanze della *cross examination*: così, DOMINIONI, *La testimonianza della parte civile*, Milano, 1974, 105.

³⁰ Nota, infatti, giustamente, CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Ubertis, Voena, XVI, Milano, 2011, 168, che «l'imputato, sottoponendosi all'audizione dibattimentale, sceglie di divenire un utile strumento valutativo della testimonianza della vittima».

che abbisogni neppure di riscontri esterni, quando non sussistano situazioni che inducano a dubitare della sua attendibilità»³¹. Solamente ove il dichiarante non risulti pienamente credibile s'imporrà, dunque, il concorso di ulteriori elementi di prova, da valutare unitamente alla deposizione³²; non si potrà, del resto, ammettere nemmeno una valutazione frazionata della stessa, salvo che le parti del racconto ritenute non attendibili afferiscano a fatti diversi³³.

L'approccio giurisprudenziale al contributo della vittima appare, quindi, ispirato ad un criterio di moderata cautela. Questa fonte di prova, per quanto circondata da un alone di sospetto³⁴, sembra collocarsi in una posizione intermedia tra i *dicta* resi da una persona estranea ai fatti e le chiamate di cui all'art.

³¹ Così, Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2007, Iannuzziello, in *Guida dir.*, 2008, 1, 80. Alla luce delle nozioni illustrate poc'anzi la massima appare imprecisa, giacché sembra solo in apparenza riferirsi alla nozione d'indizio quale prova indiretta, contrapposta a quella di prova direttamente rappresentativa del fatto da provare, adombrando, in realtà, la concezione d'indizio quale *probatio semiplena*, ossia prova debole, dotata di un minor grado di persuasività: sul punto, cfr. CATALANO, *Prove, presunzioni e indizi*, in *La prova penale*, cit., I, *Il sistema della prova*, 228.

³² Cfr., a questo proposito, Trib. Matera, 4 gennaio 2010, in *Giur. merito*, 2010, 1097, ove si legge che «tanto più “autosufficiente” è la deposizione della persona offesa, quanto più il controllo sulla credibilità intrinseca dia esito positivo, da ciò conseguendo, al contrario, che la dichiarazione della persona offesa non richiede riscontri esterni solo laddove non sussistano situazioni che inducano a dubitare della sua attendibilità, perché in caso contrario - ad esempio di dichiarazioni contrastanti rese dalla stessa persona offesa su circostanze non marginali del fatto - solo pregnanti ed univoci ulteriori elementi di prova confermativi della prospettazione accusatoria consentono di ritenere provato il fatto oggetto di imputazione». Volgendo lo sguardo alla dogmatica tradizionale, emerge una diversità prospettica - tanto strutturale, quanto funzionale - tra i riscontri estrinseci, necessari a superare eventuali contrasti o lacune dimostrative emergenti dalle dichiarazioni testimoniali, e gli “ulteriori elementi di prova” volti a confermare l'attendibilità del chiamante in reità od in correità. Giova, infatti, sottolineare che, secondo l'impostazione elaborata dalle Sezioni unite nel 1992 (21 ottobre 1992, Marino, in *Cass. pen.*, 1993, 1939), «non si può procedere ad una valutazione unitaria della chiamata in correità e degli “altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità” se prima non si chiariscono gli eventuali dubbi che si addensino sulla chiamata in sé indipendentemente dagli elementi di verifica esterni ad essa» (così anche la più recente Id., Sez. II, 27 ottobre 2009, Campo, in *Guida dir.*, 2009, 50, 76). Un recente arresto del Supremo consesso sembrerebbe, tuttavia, propendere per un tendenziale superamento della rigida tripartizione della valutazione della chiamata (credibilità soggettiva del dichiarante, attendibilità intrinseca del dichiarato ed, infine, verifica dell'attendibilità stessa attraverso l'esame degli ulteriori elementi confermativi): affermano, infatti, le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 29 novembre 2012, A.G., in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1437, con nota di BARROCU, *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come “cavallo di Troia” per il recupero del sapere investigativo*) che «il percorso valutativo dei vari passaggi non deve muoversi lungo linee separate. In particolare, la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva del suo racconto, influenzandosi reciprocamente, al pari di quanto accade per ogni altra prova dichiarativa, devono essere valutate unitariamente [...]. In sostanza, devono essere superate eventuali riserve circa l'attendibilità del narrato, vagliandone la valenza probatoria anche alla luce di tutti gli altri elementi di informazione legittimamente acquisiti». La Cassazione sembra, quindi, ammettere l'utilizzo dei riscontri estrinseci anche al fine di colmare eventuali profili d'inattendibilità della chiamata.

³³ In questi termini, Cass., Sez. III, 11 maggio 2010, P., in *Cass. pen.*, 2011, 3953.

³⁴ Cfr., Cass., Sez. VI, 6 ottobre 1999, D'Agostino, in *Cass. pen.*, 2000, 3392, ove si legge che «non essendo

192, co. 3 e 4, c.p.p.³⁵, rispetto alle quali gode di una presunzione d'attendibilità di grado superiore³⁶.

Una recente apertura verso la necessità di procedere al riscontro della testimonianza con altri elementi si è, invece, affermata in relazione a chiunque avanzi pretese di carattere civilistico all'interno del processo³⁷.

tale persona - almeno in tesi - immune da sospetto, in quanto portatrice di interessi di posizione di antagonismo con quelli dell'imputato, è imprescindibile una attenta verifica di intrinseca attendibilità della testimonianza stessa». Analoghi rilievi vengono formulati anche dalla già citata Corte cost., ord. n. 115 del 1992. Sancisce la non equiparabilità rispetto alla deposizione del testimone estraneo, Cass., Sez. V, 10 ottobre 2007, Sposato, in *Guida dir.*, 2007, 47, 81. La diffidenza verso l'attendibilità di chi è coinvolto nella vicenda oggetto d'accertamento può emergere anche in relazione ai testi a discarico: cfr., Id., Sez. V, 21 febbraio 2014, F., in *Giur. it.*, 2014, 1001, con nota di GARUTI, *Il valore delle dichiarazioni di soggetti*, cit., ove il Supremo consesso rileva come i giudici di merito abbiano «applicato la regola d'esperienza per cui il dipendente di una piccola impresa è portato, specie in contesti territoriali ristretti, a rendere dichiarazioni compiacenti verso il datore di lavoro, a cui è legato da stringenti interessi».

³⁵ Sul punto, cfr. Cass., Sez. I, 15 marzo 1995, Cicala, in *Giust. pen.*, 1996, III, 108, secondo cui «le dichiarazioni della persona offesa dal reato sono - indipendentemente dalla eventuale concorrente qualifica di coindagato in procedimenti connessi o collegati del soggetto che le rende - assimilabili alla testimonianza, che il legislatore considera un mezzo di prova (artt. 194 e ss., c.p.p.), attribuendoli, ai fini dell'affermazione della responsabilità, una presunzione di attendibilità maggiore della semplice chiamata in correità o in reità». La tesi relativa alla prevalenza dello *status* di persona offesa dal reato su quello di chiamante in correità è stata, peraltro, oggetto di un recente *overruling*: con la sent. 17 dicembre 2009, De Simone, le Sezioni unite hanno stabilito che «non può assumere l'ufficio di testimone, senza il previo avviso di cui alla lett. c) del co. 3 dell'art. 64 c.p.p. e senza il rispetto delle norme che regolano l'assunzione delle dichiarazioni del teste assistito, il soggetto che cumuli in sé le qualità di persona offesa dal reato e di indagato in atto, o imputato nei cui confronti non sia stata emessa sentenza irrevocabile, in un procedimento connesso a sensi della lett. c) del co. 1 dell'art. 12 c.p.p., o relativo a un reato collegato a norma della lett. b) del co. 2 dell'art. 371 c.p.p.; laddove può assumere l'ufficio di testimone, senza il previo avviso di cui alla lett. c) del co. 3 dell'art. 64 c.p.p. ma con il rispetto delle norme che regolano l'assunzione delle dichiarazioni del teste assistito, la persona offesa che sia anche imputata in un procedimento connesso a sensi della lett. c) del co. 1 dell'art. 12 c.p.p., o relativo a un reato collegato a norma della lett. b) del co. 2 dell'art. 371 c.p.p., dopo che nei suoi confronti sia stata emessa sentenza irrevocabile, salvo che tale sentenza sia di proscioglimento per non aver commesso il fatto, nel qual caso non sussistono neppure i limiti di cui ai co. 3 e 6 dell'art. 197-bis c.p.p.». Sulla diversità dello statuto epistemologico della persona offesa e dei soggetti di cui agli artt. 192, co. 3 e 4, c.p.p. cfr. FRANCESCHINI, *La sola testimonianza del minore sessualmente abusato è sufficiente per pervenire ad una sentenza di condanna*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 838 ss.

³⁶ Vivace è il dibattito anche nel contesto anglosassone: cfr. SIR K. STARMER QC, *Human Rights, Victims and the Prosecution of Crime in the 21st Century*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 782, ove si legge che «the old tests of credibility have to go and they have to be replaced with a more sophisticated approach that starts with the assumption that the victim is telling the truth and seeks to build a case and make links between different allegations».

³⁷ Cass., Sez. V, 15 maggio 2013, Calabrese, *Guida dir.*, 2013, 34-35, 69; Id., Sez. I, 24 giugno 2010, Stefanini, in *Mass. Uff.*, n. 248016. I suesposti principi in materia di valutazione della testimonianza della persona offesa sono stati recentemente ribaditi, seppur *incidenter tantum*, anche da Id., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, in *Cass. pen.*, 2013, 541.

2. Tutela del dichiarante e attenuazioni del contraddittorio

Con la l. 15 febbraio 1996, n. 66 ha preso abbrivio la costruzione di un sottosistema processuale incentrato sulla tutela della vittima³⁸.

Chiave di volta della nuova architettura legislativa è sicuramente l'incidente probatorio: l'istituto ha, infatti, subito una progressiva metamorfosi quanto alle finalità che ne avevano ispirato l'inserimento nell'impianto codicistico³⁹. Questa parentesi istruttoria, in principio votata pressoché esclusivamente ad assumere in via anticipata la prova a rischio di dispersione – prevenendone la successiva irripetibilità ed il conseguente limite fisiologico d'utilizzo⁴⁰ –, ha progressivamente assunto l'obiettivo di tutelare il dichiarante dalla *vis* dibattimentale⁴¹. Le maglie applicative dell'art. 392 c.p.p. sono state, infatti, dilatate, talora prescindendo dal presupposto dell'urgenza: questo ampliamento, per quel che attiene al tema del presente lavoro, ha investito, in prima battuta, solamente l'assunzione della testimonianza dell'infrasedicenne in ordine a delitti sessuali, fino a comprendere, con successive aggiunte – dovute anche all'impulso della giurisprudenza lussemburghese⁴² –, un più ampio novero di fattispecie in merito alle

³⁸ Di quest'avviso, GALANTINI, *Commento all'art. 190-bis, c.p.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 875.

³⁹ Per un panorama dottrinario cfr. RENON, *Art. 392 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2005, 1318 ss.; con riferimento anche ai lavori parlamentari ed alle precedenti resistenze, ormai superate, del Giudice delle leggi cfr. SAU, *Art. 392 c.p.p.*, in *Comm. C.p.p. Giarda, Spangher*, Milano, 2010, 4839 ss.

⁴⁰ Sul punto, CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 37.

⁴¹ Ampiamente, in tema, CASSIBBA, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009. Commento al commento al D.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in Legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla Legge 15 luglio 2009*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008, 312 ss.; ARASI, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 622 ss; pone, invece, l'accento sull'esigenza di cristallizzare la dichiarazione del minore, onde evitare il rischio di dispersione, DI GIACOMO, *La tutela del minore in sede di audizione testimoniale e le prospettive di attuazione della Decisione quadro del Consiglio 2001/220/GAI*, in *Cass. pen.*, 2011, 754.

⁴² Si richiama, a questo proposito, la nota pronuncia della Corte Giust., Gr. Sez., 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, in *Guida dir.*, 2005, n. 26, 67. La Corte – dopo avere affermato che il giudice, nell'interpretare la normativa interna, deve avere riguardo anche alla lettera ed allo scopo delle decisioni quadro, nei limiti del rispetto del diritto nazionale – ha stabilito che, in forza degli artt. 2, 3 ed 8, n. 4 della già citata Decisione quadro 220/2001 GAI, l'autorità giudiziaria nazionale «deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti [fattispecie allora esclusa dal novero dell'art. 392, co. 1-bis, c.p.p., n.d.r.] a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima». Sul punto cfr. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione Europea, dopo la sentenza della corte di giustizia sul «caso Pupino» in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, 1165 ss. Interrogata nuovamente in ordine alla compatibilità del sistema congegnato dal legislatore rispetto alla predetta Decisione quadro, la Corte di Giustizia, nella pronuncia 21 dicembre 2011, C-507/10, X, ha affermato che «gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della

quali siano chiamati a riferire non soltanto il minore, ma anche la persona offesa maggiorenne⁴³.

In alcune delle ipotesi suddette, come giustamente notato⁴⁴, l'affrancamento dalla non rinviabilità dell'esperimento probatorio è solo apparente: 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 mnestico⁴⁵; analoghe esigenze potrebbero configurarsi, altresì, con riguardo alla vittima adulta che, a causa di un legame affettivo o psicologico col proprio aggressore, potrebbe essere indotta a rimeditare quanto vissuto e a ritrattare le proprie dichiarazioni⁴⁶.

vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che non ostano a disposizioni nazionali, come quelle di cui agli artt. 392, co. 1-*bis*, 398, co. 5-*bis*, e 394 del codice di procedura penale, che, da un lato, non prevedono l'obbligo per il pubblico ministero di rivolgersi al giudice affinché quest'ultimo consenta ad una vittima particolarmente vulnerabile di essere sentita e di deporre secondo le modalità dell'incidente probatorio nell'ambito della fase istruttoria del procedimento penale e, dall'altro, non autorizzano detta vittima a proporre ricorso dinanzi ad un giudice avverso la decisione del pubblico ministero recante rigetto della sua domanda di essere sentita e di deporre secondo tali modalità». Sul punto, LUPARIA, *Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴³ L'attuale assetto dell'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p., è la risultante dell'ultimo intervento manipolativo effettuato attraverso la legge 1 ottobre 2012, n. 172, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*. Sulle innovazioni apportate in ambito processualpenalistico, cfr. MONTELEONE, *Ratifica ed esecuzione della convenzione di Lanzarote. Parte III: le modifiche al codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 2013, 1484 ss. Le principali innovazioni che hanno interessato l'istituto sono stati, oltre alla l. 15 febbraio 1996, n. 66, anche le successive l. 3 agosto 1998, n. 269, 11 agosto 2003, n. 228 e 6 febbraio 2006 n. 38. Per uno sguardo all'evoluzione dell'istituto cfr. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1019 ss.

⁴⁴ Imprescindibile l'analisi di CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 351 ss.

⁴⁵ Si veda, a questo proposito, VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episodio del rapporto tra scienza e processo*, in *Cass. pen.*, 2008, 3350 ss.; ROMEO, *Abusi sessuali sui minori e dinamiche di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1154 ss.; COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, in *Il minore fonte di prova nel processo penale*, CESARI (a cura di), Milano, 2008, 124 ss.; FAMIGLIETTI, *La testimonianza del minore di anni sedici nell'incidente probatorio*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, 264. In generale, cfr., anche, VENTURINI, *L'esame del minore in incidente probatorio, tra dati normativi (nazionali e sovranazionali) e prassi giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1928 ss.

⁴⁶ Al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 190-*bis* c.p.p., l'acquisizione della prova dichiarativa in sede d'incidente probatorio non preclude, tuttavia, la riassunzione della medesima in dibattimento: dall'art. 511, co. 2, c.p.p. si ricava, infatti, che la lettura dei verbali contenenti dichiarazioni potrà avvenire solo dopo che la prova sia stata rinnovata, salvo che questa non sia più ripetibile. Sul punto, VALENTINI, *Cronaca di una morte annunciata. L'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *questa Rivista*, 1, 2013, 267; CORBETTA, *Art. 511 c.p.p.*, in *Comm. C.p.p.*, cit., 6509; cfr., anche, CONTI, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, in *Guida dir.*, 1996, 9, 27. Il giudice

Entro questi limiti sembrerebbe, quindi, accettabile il sacrificio tanto del principio d'immediatezza⁴⁷, quanto del contraddittorio per la prova: siffatto canone, seppur formalmente rispettato, viene comunque svilito nella sua essenza, a causa della diversa base conoscitiva che, nonostante l'obbligo di deposito integrale degli atti d'indagine sancito dall'art. 393, co. 2,-bis, c.p.p.⁴⁸, difficilmente sarà sovrapponibile a quella su cui le parti si sarebbero potute confrontare in dibattimento⁴⁹.

Accanto all'assunzione anticipata della prova, il legislatore ha introdotto la possibilità di accedere a forme d'audizione protetta⁵⁰: soggetti minori d'età o infermi di mente – nel corso dell'incidente probatorio e del dibattimento – possono essere, infatti, escussi con modalità particolari, anche al di fuori delle aule

si troverà, dunque, a valutare due contributi di pari rango, in quanto formati nel contraddittorio tra le parti: in caso di discrepanze tra gli stessi, dovranno essere illustrate, in motivazione, le ragioni per le quali si propende per l'attendibilità dell'uno a scapito dell'altro. In un passato recente la giurisprudenza ha peraltro affrontato il problema della ritrattazione, causata da una rinnovata intesa tra la persona offesa e l'imputato, attraverso una discutibile lettura ultronea dell'art. 500, co. 4, c.p.p.: cfr., Cass., Sez. III, 3 ottobre 2006, Guazzoni, in *Cass. pen.*, 2007, 2704 ss. con nota di GREVI, *Sulla (non) rilevanza della «riappacificazione» tra testimone e imputato ai fini dell'art. 500, co. 4, c.p.p.*, 2709.

⁴⁷ Un'autentica deroga al principio dell'immediatezza, come s'è visto, dovrebbe essere ravvisata unicamente nelle ipotesi di cui all'art. 190-bis, c.p.p.: la testimonianza di un infrasedicenne, in merito ad un delitto a sfondo sessuale, potrà essere rinnovata in dibattimento solamente qualora abbia come oggetto dei *nova* ovvero il giudice o taluna delle parti ritengano necessaria la nuova escussione sulla base di specifiche esigenze. Sul punto, cfr. 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.; sulle criticità sottese alla norma cfr. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: controriforma del diritto probatorio*, in *questa Rivista*, 2014, 3.

⁴⁸ Si veda, tuttavia, Cass., Sez. VI, 11 marzo 2008, Messina, in *Mass. Uff.*, n. 240321, ove la Corte, forte dei principi espressi nella pronuncia Pupino, ha propeso per la legittimità del ricorso all'incidente probatorio, finalizzato all'assunzione della testimonianza di un minore rimasto ferito a seguito d'un attentato ch'era costato la vita a due persone (fuori, dunque, dalle ipotesi di cui all'art. 392, co. 1-bis), ritenendo che «anche nei procedimenti diversi da quelli a sfondo sessuale, sussistono ragioni di tutela delle vittime analoghe a quelle che hanno ispirato la disciplina contenuta nell'art. 392, co. 1-bis, c.p.p. secondo il quale inevitabilmente la previsione sembra porsi quale regola in caso di minore testimone, non apparendo il dato "sessuale" sufficiente per una differenziazione con altre ipotesi criminose che abbiano ad oggetto beni giuridici diversi». L'applicazione analogica dell'istituto appare, tuttavia, unilaterale, non essendo stata accompagnata dall'estensione delle garanzie previste dall'art. 393, co. 2-bis, a tutela del contraddittorio, con conseguente nocimento per l'indagato: la Cassazione ha, infatti, respinto la dedotta eccezione di nullità poiché «la diversa tipologia del reato per cui si procede rispetto a quelli a sfondo sessuale per cui si rende necessario tale adempimento, ha indotto il Tribunale a disporre, e ciò ai fini di una tutela esclusiva del minore, una *discovery* limitata ai sensi e nel rispetto dell'art. 398 c.p.p., co. 3».

⁴⁹ Ineccepibili le osservazioni di GALANTINI, *Commento all'art. 392 c.p.p.*, in *Commentario*, cit., 898. Sulla questione, in generale, si veda anche DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 236 ss.

⁵⁰ Ampiamente sul punto, AGLIASTRO, *La violenza sulle donne*, cit., 413 ss.

giudiziarie⁵¹ (nella fase incidentale, apparentemente per i soli reati previsti ex art. 398, co. 5-*bis*, c.p.p.)⁵², direttamente dal giudice o da un esperto di psicologia infantile (art. 498, co. 4, c.p.p.)⁵³, al riparo, dunque, dalla virulenza della *cross examination*⁵⁴, mediante l'interposizione di un vetro che li separi dalle parti (qualora essi siano vittime dei reati di cui all'art. 498, co. 4-*ter*, c.p.p.)⁵⁵. Si tratta, ancora una volta, di attenuazioni del contraddittorio, variabilmente declinabili in ciascuna ipotesi, che rispondono ad una finalità suggestivamente definita "anfibia": la tutela dell'equilibrio psicofisico del teste, nel caso di specie, è, infatti, direttamente proporzionale all'attendibilità del contributo probatorio⁵⁶.

⁵¹ Com'è stato notato, il disposto dell'art. 398, co. 5-*bis*, c.p.p. rimette all'apprezzamento del giudice la scelta delle modalità di assunzione della prova (non soltanto testimoniale), avendo riguardo alle esigenze di tutela della persona: sul punto, FAMIGLIETTI, *Minori, infermi e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, 446. A questo proposito, la Suprema Corte ha ritenuto legittimo l'espedito dell'esame del minore attraverso domande formulate oralmente e risposte rese, invece, in forma scritta (Cass., Sez. III, 25 maggio 2004, Infantino, in *Cass. pen.*, 2005, 3031). Al fine di sopperire al sacrificio dell'immediatezza, la norma in commento prevede che le dichiarazioni testimoniali del minore vengano documentate integralmente attraverso la registrazione fonografica o audiovisiva: la *ratio* è, evidentemente, quella di ridurre lo scarto percettivo tra la prova ed il giudice, permettendo a quest'ultimo di cogliere e valutare anche i comportamenti non verbali. Sul punto cfr. GALANTINI, *Commento all'art. 398, c.p.p.*, in *Commentario*, cit., 921 ss.

⁵² Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma in commento, attesa la limitazione delle modalità protette ai soli delitti ivi enumerati, la Corte costituzionale, con una sentenza interpretativa di rigetto, ha, tuttavia, affermato che «l'art. 401, co. 5, del codice di procedura penale, relativo alle modalità di svolgimento dell'udienza per l'incidente probatorio, dispone che "le prove sono assunte con le forme stabilite per il dibattimento". Pertanto, se il nuovo co. 4-*bis* dell'art. 498 si applica, nel dibattimento, indipendentemente dal titolo di reato per il quale si procede, e se esso è applicabile, in forza dell'art. 401, co. 5, anche all'incidente probatorio, ne risulta che, in forza del doppio richiamo accennato, anche nel caso di incidente probatorio nell'ambito di un procedimento per reato diverso da quelli sessuali [...], le modalità particolari di assunzione della testimonianza del minore infrasedicenne, previste dall'art. 398, co. 5-*bis*, possono trovare applicazione»: così, Corte cost., n. 114 del 2001.

⁵³ Sull'esame del minore cfr. MAFFEO, *L'esame incrociato tra legge e prassi*, Padova, 2012, 148 ss.

⁵⁴ Ampiamente, sul punto, CESARI, *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni*, in *Il minorenni fonte di prova*, cit., 219 e ss.; cfr., anche, PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, cit., 127 ss.

⁵⁵ Cfr., anche, PROCACCIANTI, *L'esame incrociato*, in DE MARTINO, PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 2010, 266 ss.; GALANTINI, *Commento all'art. 498, c.p.p.*, in *Commentario*, cit., 950 ss.

⁵⁶ In questi termini, GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1024; si veda anche, DE CATALDO NEUBURGER, *Proteggere il minore e proteggere la testimonianza?*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, cit., 193.

Tali obiettivi impongono il rispetto, da parte di tutti i soggetti processuali, sin dalla fase delle indagini⁵⁷, di corrette modalità di approccio al dichiarante debole, ad oggi non ancora codificate⁵⁸.

Il sottosistema si presenta piuttosto rigido: il legislatore ha, infatti, previsto che tanto l'incidente probatorio, quanto le cautele di cui agli artt. 398, co. 5-bis e 498, co. 4-ter, c.p.p. possano essere esperiti solamente quando il procedimento involga specifiche categorie delittuose e personologiche. Questa scelta risulta,

⁵⁷ La già citata legge n. 172 del 2012 ha introdotto l'obbligo in capo alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero ed al difensore di avvalersi di un esperto di psicologia o psichiatria infantile qualora occorra sentire una persona minorenni nel corso d'un procedimento per i delitti enumerati dall'art. 351, co. 1-ter, c.p.p., il cui novero è stato successivamente ampliato per effetto della legge 15 ottobre 2013, n. 119. Si tratta di un intervento che, per quanto ispirato a propositi commendevoli, appare del tutto parziale, sia per il *numerus clausus* dei reati in relazione ai quali è prescritta l'assistenza dell'esperto (maltrattamenti, *stalking*, riduzione in schiavitù e delitti a sfondo sessuale) sia per la mancata codificazione di regole atte a presidiare le modalità con cui dev'essere condotta l'intervista, sia per l'assenza di sanzioni (salvo che per l'art. 391-bis, co. 6, c.p.p.). Si vedano a tale proposito le puntuali osservazioni di CESARI, *Il "minore informato sui fatti" nella legge n. 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 157 ss. Cfr., peraltro, Cass., Sez. IV, 12 marzo 2013, F.V., in *Cass. pen.*, 2014, 1174, con nota di CESARI, *Quando la P.G. sente un minore vittima di abuso, l'assenza dell'esperto non produce inutilizzabilità*, ove la Corte ha ritenuto che la violazione della prescrizione in oggetto non sia sanzionata a pena d'inutilizzabilità della dichiarazione resa.

⁵⁸ Il riferimento corre necessariamente alla Carta di Noto. Si tratta di un protocollo, frutto di una collaborazione interdisciplinare, volto a dettare *Linee guida per l'esame del minore in caso di abuso sessuale*. Sul punto, cfr. RECCHIONE, *L'esame del minore persona offesa in reati sessuali*, in *L'esame incrociato*, Milano, 2011, 104; FORZA, *La genuinità della prova testimoniale e le garanzie metodologiche della Carta di Noto*, in *Riv. pen.*, 2005, 1207 ss. cfr., anche, RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1609 ss.; AGNESE, *La vittima del reato*, in *La tutela della vittima e le garanzie dell'imputato*, cit., 50 ss. Le raccomandazioni espresse nel documento sono, tuttavia, prive di valore normativo e, conseguentemente, di efficacia vincolante per i soggetti del processo penale (*ex plurimis*, Cass., Sez. III, 16 gennaio 2009, S., in *Mass. Uff.*, n. 259133). Si veda anche, *Linee Guida Nazionali. L'ascolto del minore testimone*, a cura di Gulotta, Camerini, Milano, 2014, *passim*. Sul versante anglosassone cfr. D. WURTZEL, *The Youngest Witness in a Murder Trial: Making it Possible for Very Young Children to Give Evidence*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 893 ss. La conduzione dell'esame di un dichiarante debole con modalità errate - ad esempio, mediante la formulazione di domande suggestive - potrà semmai produrre conseguenze unicamente sotto il profilo del vizio motivazionale: la pronuncia sarà, quindi, censurabile ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. e), nell'ipotesi in cui il giudice non illustri compiutamente le ragioni per cui quanto dichiarato deve comunque ritenersi attendibile. Sul punto, Cass., Sez. III, 18 gennaio 2012, B., in *Guida dir.*, 2012, 18, 45, con nota di BRICCHETTI, *L'inosservanza di regole sulla sincerità del teste rende la prova «non genuina e poco attendibile»*; per un'ampia critica, cfr. VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 160 ss. Anteriormente cfr. Cass., Sez. III, 11 maggio 2011, M.I., in *Cass. pen.*, 2012, 585, con nota di PUSSINI, *Giudice e domande suggestive, un nodo irrisolto*; cfr., anche, ZAMPAGLIONE, *Il divieto di rivolgere domande suggestive al teste minorenni ed il suo ambito di operatività*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1234 ss. In tema di testimonianza del minore, cfr. DE CATALDO NEUBURGER, *La testimonianza del minore. Tra scienza del culto del cargo e fictio iuris*, Padova, 2005, *passim*; cfr., anche, CARPONI SCHITTAR, *Debolezze presunte e protezioni a priori*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, cit., 189 ss.

se non irragionevole, sicuramente poco duttile in relazione ai peculiari bisogni che ciascun individuo può presentare nel caso di specie⁵⁹. La soluzione appare criticabile anche sotto un'opposta prospettiva: l'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p. impone, infatti, l'assunzione anticipata della prova, ove ne sia fatta richiesta, tutte le volte in cui sussistano i requisiti ivi contemplati⁶⁰. Il tenore normativo esclude, dunque, qualsivoglia margine di apprezzamento, da parte dell'organo giurisdizionale, in ordine alla concreta sussistenza di esigenze di salvaguardia tanto del dichiarante quanto del dato conoscitivo⁶¹. L'amputazione della discrezionalità giudiziale dà, quindi, adito al rischio d'ingiustificati sacrifici del contraddittorio e dell'immediatezza⁶².

Ad un'opposta logica sembra, invece, ispirata la recente Direttiva 2012/29/UE. Di notevole interesse appare, infatti, lo sforzo del legislatore dell'Unione Europea di garantire una tutela che si basi sul c.d. *individual assessment*, ovvero su una valutazione individuale della vittima del reato (art. 22), tesa a discernerne le specifiche esigenze di protezione, alle luce delle sue caratteristiche personali, del tipo di reato e degli *accidentalità delicti*⁶³. Attraverso tale vaglio – che ha il sapore di un accertamento cautelare⁶⁴ – l'autorità giudiziaria stabilirà se, ed in quale misura, ciascuna vittima potrà trarre beneficio, nel corso del procedimento penale, dalle misure speciali previste agli artt. 23 e 24 della Direttiva⁶⁵,

⁵⁹ Si vedano le pungenti osservazioni di SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in questa Rivista, 2013, 65 ss.; cfr., anche, BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, cit., 103 ss.; per la dicotomia tra «la vittima "soggettivamente vulnerabile" e la vittima "oggettivamente vulnerabile"», cfr. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., 67 ss.

⁶⁰ Sul punto, cfr., anche, TURCONI, *Norme draconiane e improbabili fughe della giurisprudenza in tema di incidente probatorio per la testimonianza di persona infrasedicenne*, in *Foro ambr.*, 1999, 183; APRILE, *L'incidente probatorio*, in *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, a cura di Aprile, Silvestri, Milano, 2011, 668.

⁶¹ Cfr. GALANTINI, *Commento all'art. 392, c.p.p.*, cit., 899: ritiene, infatti, l'Autore che la richiesta d'incidente probatorio, nelle ipotesi contemplate dall'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p., non debba contenere l'indicazione [prescritta, a pena d'inammissibilità, dall'art. 393, co. 1, lett. c), c.p.p.] delle circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento. Sul punto si veda, anche, SAU, *Art. 392 c.p.p.*, cit., 4856.

⁶² Cfr. anche COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, cit., 158.

⁶³ Cfr., sul punto, GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., 73.

⁶⁴ Sul punto, cfr. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁵ L'art. 23 prevede che le audizioni della vittima si svolgano in locali a ciò adatti, con la partecipazione di operatori specializzati, e che tutte siano svolte dalla stessa persona, fatte salve le esigenze di amministrazione della giustizia. Per quel che attiene, invece, ai procedimenti per i delitti di violenza sessuale, di genere, o commessi comunque nell'ambito di stretti rapporti interpersonali, la norma in commento ammette che l'offeso possa chiedere di essere ascoltato da una persona del suo stesso sesso, qualora l'audizione non sia condotta dall'autorità giudiziaria, purché dall'esercizio di tale facoltà non derivi un pregiudizio per lo svolgimento del procedimento penale. La stessa disposizione introduce il ricorso a modalità

così da sfuggire ad effettivi rischi di vittimizzazione secondaria, nonché d'intimidazioni e ritorsioni. L'unica presunzione, delineata con riferimento alle esigenze di tutela dei minori (art. 22, § 4)⁶⁶, sembra implicare, in realtà, solamente una più rigorosa operazione di raccordo logico tra gli elementi che caratterizzano la fattispecie concreta ed i parametri enucleati dal legislatore⁶⁷; lo stesso dicasi in relazione alle singole categorie di vittime e di reati sui quali dev'essere posto l'accento ai fini della suddetta valutazione individuale⁶⁸. L'autorità giudiziaria, prescindendo da rigidi schematismi, sarà dunque chiamata ad un apprezzamento discrezionale, volto ad adattare le proprie scelte alle circostanze del caso concreto, avendo sempre riguardo al necessario rispetto dei diritti difensivi⁶⁹.

atte a prevenire il contatto visivo tra l'imputato e la vittima: quest'ultima potrà accedere anche al c.d. esame a distanza. Analogamente a quanto previsto dall'art. 472 c.p.p. - ma in assenza di vincoli afferenti al titolo di reato - dovranno essere evitate domande sulla vita privata che non abbiano relazione con i fatti; l'udienza potrà essere svolta a porte chiuse (sul versante italiano cfr., BARTOLO, *I profili processuali della legge n. 66 del 1996*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, a cura di Coppi, Torino, 2007, 305 ss.). L'art. 24 è, invece, dedicato alla tutela dei minori: la normativa europea pone l'accento sulla registrazione audiovisiva dei colloqui e sull'utilizzabilità delle registrazioni stesse ai fini della prova; la vittima minorenni potrà avere accesso ad un rappresentante speciale qualora si trovi in conflitto con chi esercita la potestà genitoriale, ovvero non sia accompagnato o sia separato dalla famiglia; nel caso di conflitto l'eventuale diritto alla consulenza ed alla rappresentanza legale potrà essere goduto dal minore in nome proprio. Sul punto, cfr., anche, BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2014, 135 ss.

⁶⁶ Testualmente, «ai fini della presente direttiva si presume che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Per determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli artt. 23 e 24, i minori vittime di reato sono oggetto di una valutazione individuale come previsto nel paragrafo 1 del presente articolo».

⁶⁷ Ritengono, invece, che la direttiva imponga il ricorso a strumenti di tutela, SAVY, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, 4, 97 e CASSIBBA, *Oltre Lanzarote*, cit., 6.

⁶⁸ Così, infatti, l'art. 22, § 3: «Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità».

⁶⁹ Ineccepibili, a questo proposito, tanto l'*incipit* dell'art. 23 della Direttiva, che richiama al rispetto dei diritti difensivi e della discrezionalità giudiziale, quanto il considerando 58 del medesimo strumento normativo. Cfr., anche, CASSIBBA, *Oltre Lanzarote*, cit., 5 ss.; PARLATO, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2013, 3308.

L'impostazione eurounitaria⁷⁰, com'è stato giustamente sottolineato, «getta le basi per una "rivoluzione copernicana"»⁷¹. La logica dell'*individual assessment* implica, infatti, il superamento di quei sottosistemi processuali che prefigurano le ipotesi di accesso alla tutela sulla scorta di parametri oggettivi e soggettivi, quali, da un lato, la categoria delittuosa e, dall'altro, la minore età, ovvero il *deficit* psichico⁷²: sottosistemi cui - è appena il caso di sottolinearlo - pare ancora affezionato il legislatore nazionale.

Il rinnovato approccio è, giustappunto, solo in parte filtrato nell'ordinamento processualpenalistico italiano. La recente normativa in materia di contrasto alla violenza di genere⁷³ ha, infatti, previsto che, laddove si proceda per quegli stessi delitti che legittimerebbero l'escussione "schermata" del minore o del maggiorenne infermo di mente, il giudice assicuri che l'esame della vittima adulta venga condotto avendo riguardo alla particolare vulnerabilità di costei, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede, nonché - ove ritenuto opportuno ed a richiesta di parte - con l'ausilio di modalità protette (art. 498, co. 4-*quater*, c.p.p.)⁷⁴. Il successivo d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, dal canto suo, ha invece esteso la possibilità di procedere, nel corso dell'incidente probatorio, all'assunzione della prova con le speciali cautele di cui all'art. 398, co. 5-*bis*, c.p.p. - apparentemente a prescindere dalle ipotesi delittuose ivi previste, qui non richiamate - quando fra le persone interessate all'assunzione della stessa vi siano maggiorenti in condizione di particolare vulnerabilità, stimata nei termini anzidetti (art. 398, co. 5-*ter*, c.p.p.)⁷⁵. Siffatte innovazioni, per quanto ispirate ad una *ratio*

⁷⁰ L'aggettivo è oggetto di progressiva diffusione in ambito dottrinale: cfr. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2013, 231.

⁷¹ Così, RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo co. 5-ter dell'art. 398 c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷² Ancora, GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., 59 ss; in argomento si veda, ampiamente, CANZIO, RARAFACI, RECCHIONE, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, 255 ss.

⁷³ Legge 15 ottobre 2013, n. 119, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere*, per un interessante commento, cfr. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1390 ss; MARANDOLA, *Nuove norme in materia di violenza di genere: aspetti processuali*, in *Studium Juris*, 2014, 527 ss.

⁷⁴ Sul punto, cfr. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in www.penalecontemporaneo.it; RUGGIERO, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, 2358.

⁷⁵ D.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, *Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. (IAG00035)*. Cir., infatti, l'art. 12, § 4 della Direttiva suddetta che introduce una forma primigenia di *individual assessment*, avendo riguardo alle vittime di tratta d'esseri umani.

commendevole, appaiono, tuttavia, disorganiche all'interno d'un sistema tuttora improntato alla logica del doppio binario⁷⁶, le cui incongruenze, poc'anzi denunciate, divengono, paradossalmente, ancor più consistenti⁷⁷. È forse troppo lusinghiero accostare l'odierno legislatore a «quei che va di notte, che porta il lume dietro e sé non giova, ma dopo sé fa le persone dotte»⁷⁸: v'è piuttosto d'augurarsi che i suoi successori, accortisi delle numerose disarmonie, provvedano ad una riscrittura dell'intero apparato normativo, avvalendosi degli strumenti sovranazionali.

3. Fallimenti del contraddittorio: una lettura costituzionalmente orientata

La salvaguardia del dichiarante debole, come s'è detto, deve comunque avvenire nel rispetto del contraddittorio tra le parti⁷⁹, concetto che esprime tanto una connotazione difensiva, quanto un metodo di conoscenza, quindi una garanzia epistemica⁸⁰.

Occorre interrogarsi in ordine alle conseguenze che possono scaturire laddove il meccanismo "poietico"⁸¹ non possa essere attuato nemmeno nelle forme attenuate cui si è poc'anzi fatto cenno: il problema si staglia con particolare criticità nelle ipotesi in cui l'esame della persona offesa non possa essere assunto in ragione della gravità delle condizioni psicofisiche in cui costei versa.

La questione s'incardina, innanzitutto, attorno all'ermeneutica dell'art. 512 c.p.p.: detta norma costituisce, infatti, sotto il profilo logico, il referente processuale dell'accertata impossibilità di natura oggettiva, ossia di una delle eccezioni alla regola della formazione della prova in contraddittorio enunciate dall'art. 111, co. 5, Cost.⁸².

⁷⁶ Sul punto, BELLANTONI, *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un micro-sistema in evoluzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 985 ss.; CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 985 ss.

⁷⁷ Per i rilievi critici cfr., ancora, RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento*, cit.

⁷⁸ DANTE, *Purgatorio*, Canto XXII, 67-69.

⁷⁹ Sul punto, UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giurisprudenza sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4058 ss. La stessa Direttiva 29/2012, all'art. 23, fatti salvi i diritti della difesa, prescrive che «una misura speciale prevista a seguito di una valutazione individuale può non essere adottata qualora esigenze operative o pratiche non lo rendano possibile o se vi è urgente bisogno di sentire la vittima e in caso contrario questa o un'altra persona potrebbero subire un danno o potrebbe essere pregiudicato lo svolgimento del procedimento».

⁸⁰ A questo proposito *ex plurimis*, cfr. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 197 ss.

⁸¹ L'espressione si deve a GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 2001, 4.

⁸² Così, PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., 409 ss. In verità, com'è noto, l'attuale conformazione

Al fine di vagliare l'imprevedibilità dei fattori che hanno reso l'atto irripetibile⁸³, l'art. 512 c.p.p. dovrà essere coordinato, a sua volta, con la disciplina di cui agli artt. 392 e ss. c.p.p.⁸⁴: laddove queste cause fossero state note alla parte che richiede la lettura, già nella fase d'indagine o d'udienza preliminare, non si potrà avere accesso al meccanismo "recuperatorio", giacché la prova avrebbe dovuto essere assunta in via anticipata, garantendo la dialettica tra le parti stesse⁸⁵.

dell'art. 111 Cost. risente di una manipolazione, successiva rispetto all'entrata in vigore del codice, operata dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. L'art. 111, co. 5, Cost. e la norma di rito - il cui dato testuale è rimasto nel tempo inalterato, non risentendo della riforma operata dalla legge n. 63 del 2001 - presentano differenti sfumature quanto ai rispettivi requisiti dell'oggettività e dell'imprevedibilità. S'impone, dunque, un intervento esegetico teso a rendere compatibile la norma codicistica rispetto a quella ad essa gerarchicamente sovraordinata. I rapporti tra il "nuovo" art. 111 Cost. e l'art. 512 c.p.p. sono stati chiariti dal Giudice delle leggi e dalla giurisprudenza di legittimità. La Corte costituzionale, in prima battuta, ha stabilito che la sopravvenuta impossibilità d'assumere la prova in dibattimento, ai sensi dell'art. 111, co. 5, Cost., dev'essere oggettiva e quindi - anche in forza dell'art. 111, co. 4, ultimo periodo, Cost. - non determinata da una libera scelta del dichiarante (sent. 440 del 2000). Il Giudice di legittimità, dal canto suo, secondo l'orientamento che appare preferibile, ha richiamato ad un'interpretazione dell'art. 512 in combinato disposto rispetto all'art. 111, co. 4, secondo periodo, e 5, Cost.: l'impossibilità della ripetizione dell'esperienza istruttorio dovrà, quindi, essere stata determinata da fatti, oltre che imprevedibili per la parte che formula la richiesta ex art. 512, anche di «natura oggettiva, vale a dire [...] non imputabili» né «alla stessa parte richiedente» né alla «libera scelta della fonte testimoniale di sottrarsi all'esame dibattimentale». È, infatti, l'art. 111, co. 4, secondo periodo, Cost. «a chiarire e limitare il significato della natura "oggettiva" di questa impossibilità». La lettura acquisitiva non sarà, quindi, ammissibile qualora «tale scelta sia coattivamente determinata da violenza fisica, psichica o economica esercitata sulla fonte testimoniale da parte o per conto del soggetto controinteressato alla deposizione testimoniale». Graverà sulla parte che formula la richiesta ex art. 512 c.p.p. «l'onere di provare sia il carattere imprevedibile sia quello oggettivo dell'impossibilità» suddetta (così, Cass., Sez. III, 8 luglio 2004, Kola, in *Cass. pen.*, 2005, 3818, con nota di PAULESU, *Irreperibilità del testimone e sopravvenuta irripetibilità delle sue precedenti dichiarazioni*; in *Cass. pen.*, 2006, 141, con nota di RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*). Come ha avuto modo di precisare successivamente la Suprema Corte, «in tal modo interpretato, il requisito della "oggettività" dell'impossibilità assorbe quello della imprevedibilità» (Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878, con nota di TONINI, *Il testimone irreperibile: la Cassazione si adegua a Strasburgo ed estende l'ammissibilità dell'incidente probatorio*); sul punto, cfr., anche, VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 54 ss.; GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, cit., 244 ss.

⁸³ Cfr., sul punto, SCORDAMAGLIA, *Dell'impossibilità sopravvenuta di ripetizione dell'atto dichiarativo. Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela del diritto al confronto e l'esigenza di non dispersione dei mezzi di prova*, in *Cass. pen.*, 2012, 4158: nota giustamente l'Autore «come il concetto di atto irripetibile costituisca un asse portante della struttura del codice di rito: attraverso di esso infatti si consegue lo scopo di recuperare - in contrasto con i principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova - attività istruttorie pregresse, compiute nella fase delle indagini».

⁸⁴ Sul punto, cfr. PANZAVOLTA, *Le letture di atti irripetibili al bivio tra «impossibilità oggettiva» e «libera scelta»*, in *Cass. pen.*, 2003, 3977.

⁸⁵ Ampiamente, sul punto, CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un percorso attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 242 ss.

L'organo giudicante, a tal fine, dovrà formulare la c.d. prognosi postuma: volgendo la mente all'ultimo momento in cui si sarebbe potuto perfezionare il contraddittorio, dovrà valutare il rischio di dispersione del dato conoscitivo⁸⁶. Questa cornice normativa ha consentito, all'indomani della riforma costituzionale, la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da un minore vittima di abusi sessuali, le cui condizioni psicofisiche, inizialmente ritenute normali dal consulente del pubblico ministero, s'erano fortemente aggravate nella fase successiva, specialmente a causa del tentativo della madre di persuadere l'offeso a ritrattare le accuse rivolte contro l'altro genitore: secondo la Cassazione, infatti, il requisito dell'impossibilità di cui all'art. 512 c.p.p. non dev'essere circoscritto alle ipotesi in cui l'esperimento istruttorio non sia ripetibile sotto il profilo materiale, ma dev'essere esteso ai casi «in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni del soggetto che lo rendono non più escutibile»⁸⁷. La massima, tuttavia, *minus dicit quam vult*: è ormai assodato, infatti, che il meccanismo in oggetto sia esperibile non soltanto qualora l'atto in sé non possa più essere assunto, ma anche quando, in forza dei suddetti fattori, non ne sia più riproducibile il contenuto⁸⁸: la giurisprudenza ammette, del resto, il ricorso alla lettura acquisitiva laddove il dichiarante non sia in grado di offrire un valido contributo ai fini dell'accertamento dei fatti, a causa di patologie che ne ottendono la mente, corrompendo il ricordo⁸⁹. La soluzione avanzata della Suprema Corte

⁸⁶ Sul punto, cfr., anche, BARGIS, *Attività investigativa del difensore per il giudizio di appello*, in *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2013, 208. Il riferimento al termine entro cui può essere esperito l'incidente probatorio, quale metro di raffronto del giudizio d'imprevedibilità, appare senz'altro preferibile a quello del compimento dell'atto d'indagine: la prima opzione tende infatti ad una maggior responsabilizzazione dell'autorità giudiziaria in un'ottica di salvaguardia del principio del contraddittorio (in tal senso, in materia d'irreperibilità del teste, la già citata Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878, secondo la quale «occorre, dunque, accertare che nella fase delle indagini preliminari non sussistevano le condizioni che, facendo presagire un'impossibilità della ripetizione dell'atto in sede dibattimentale, avrebbero dovuto indurre la parte a richiedere l'espletamento dell'incidente probatorio»). Alla luce dell'intervento additivo operato da Corte cost., n. 74 del 1994, sembrerebbe, tuttavia, più corretto estendere il suddetto vaglio anche alla fase dell'udienza preliminare.

⁸⁷ Cass., Sez. III, 25 settembre 2000, Galliera, in *Cass. pen.*, 2002, 616 con nota di ARDITA, *La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*.

⁸⁸ Sul punto, cfr. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, cit., 249. Criticamente, infatti, l'Autore nota che la soluzione proposta sottende una sovrapposizione dell'irripetibilità dell'atto rispetto all'irripetibilità del contenuto dello stesso.

⁸⁹ Già, infatti, Corte cost., ord. n. 20 del 1995, aveva affermato che tra i fatti o le circostanze imprevedibili che autorizzano la lettura acquisitiva può annoverarsi anche un'infermità del teste che abbia determinato

nel caso di specie esula, tuttavia, dalle problematiche in oggetto, adombrando, in realtà, un bilanciamento tra il principio del contraddittorio (in senso tanto oggettivo quanto soggettivo) e l'esigenza di salvaguardare la vittima dal c.d. trauma da processo⁹⁰: lo *stress* derivante dal delitto subito, nonché le intimidazioni ricevute, avevano infatti reso impossibile l'escussione del teste per i «danni irreversibili che avrebbero potuto derivarne»⁹¹. Ad analogo intento pare ispirata una pronuncia successiva che ha legittimato l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali rese da una minore che, a causa del ricordo dei plurimi abusi subiti dal padre, era precipitata in una crisi che l'aveva più volte indotta a tentare

«l'assoluta amnesia sui fatti di causa». L'amnesia radicale che sia stata determinata da un'infermità sopravvenuta può, quindi, essere sussunta nella categoria dell'impossibilità di natura oggettiva: così, CORBETTA, *Art. 512 c.p.p.*, cit., 6533. La *ratio decidendi* è stata confermata dalla successiva Corte cost., ord. n. 375 del 2001, ove il Giudice delle leggi ha posto l'accento sulla «differenza tra oggettiva impossibilità di ripetizione dell'assunzione dell'atto dichiarativo (quale potrebbe derivare da morte, irreperibilità, infermità che determina una totale amnesia del testimone), rientrante nella sfera di applicazione dell'art. 512 c.c.p., e mera incapacità dedotta dal teste di richiamare alla memoria il contenuto dell'atto assunto durante le indagini preliminari, situazione appunto ravvisabile nel comportamento processuale di un testimone che afferma di non essere in grado di rispondere perchè non ricorda fatti o circostanze riferiti in precedenza». Allo stesso modo, cfr. Cass., Sez. II, 26 novembre 2010, Scanicchio, in *Cass. pen.*, 2011, 3471, con nota di SAU, *Perdita traumatica della memoria e utilizzabilità in giudizio delle precedenti dichiarazioni del testimone*: la Suprema Corte, nel caso di specie, ha ritenuto integrato il presupposto della sopravvenuta impossibilità dall'amnesia del teste, determinata da un evento d'origine traumatica. Cfr., anche, MINAFRA, *Amnesia della persona offesa e sistemi di recupero delle dichiarazioni precedentemente rese*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1494 ss.

⁹⁰ Tale è l'interpretazione fornita anche da DI CHIARA, *Osservazioni a C. III 25.11.2000*, in *Foro it.*, 2001, II, 20; cfr., anche, DI PAOLO, *L'acquisizione nel processo penale delle dichiarazioni a contenuto testimoniale del minore*, in *Giust. pen. min.*, 2003, 1672; CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 235.

⁹¹ Analogamente la Cassazione ammette che, ai sensi dell'art. 195, co. 3, c.p.p., si possa prescindere dall'escussione della persona offesa minore d'età, le cui dichiarazioni siano state riferite *de relato*, qualora l'equilibrio psichico di costei sia «così labile da tradursi in una vera e conclamata infermità»: Cass., Sez. III, 12 febbraio 2004, Cerciello Parisi, in *Cass. pen.*, 2005, 1601. Ancor più esplicita è Id., Sez. III, 16 aprile 2013, M., in *Dir. pen. proc.*, 2014, 978, con nota di MOTTA, *La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*, ove la Corte ha affermato che la rinuncia all'ascolto del minore vittima di abuso sessuale, in favore di una testimonianza indiretta, è ammissibile «solo se, in base a motivato parere reso da professionista competente, sia possibile affermare che il bambino ha una personalità così fragile da poter essere qualificata in termini di infermità ai sensi dell'art. 195, co. 3, c.p.p., ovvero che dalla testimonianza possono insorgere danni, anche transeunti, alla sua salute»: il Collegio, tuttavia, richiamando ad un'esegesi rigorosa della norma in esame, ha precisato che il mancato ascolto del teste diretto non può essere giustificato dal timore di una mera sofferenza psichica. Esorta ad un'interpretazione restrittiva del concetto d'infermità, Id., Sez. III, 7 giugno 2002, Dalfino, in *Cass. pen.*, 2004, 610, con interessante commento di APRATI, *Diritto alla controprova e testimonianza indiretta*. Ammette l'utilizzo della testimonianza *de relato* qualora il teste diretto non risponda, Id., Sez. III, 29 settembre 2006, B., in *Cass. pen.*, 2007, 4752, con nota di ANGELO, *Il silenzio del minore e la testimonianza de relato*; cfr., anche, APRATI, *La prova testimonianza del minore vittima di reati sessuali*, in *Giur. it.*, 2010, 1422 ss.

il suicidio⁹². Nei casi suesposti la mediazione tra gli interessi in gioco è stata però tardiva e, conseguentemente, unidirezionale⁹³. Occorre, dunque, augurarsi che, nell'attesa di un'auspicata ristrutturazione del sistema, ispirata ai moniti sovranazionali, l'autorità giudiziaria, consapevole della polifunzionalità dell'incidente probatorio, incrementi il ricorso all'istituto: in tal guisa verrebbero preservati tanto l'integrità psicofisica del teste, scongiurando peraltro il rischio di dispersione del dato, quanto il contraddittorio⁹⁴.

Del tutto avulsa dai binari della legalità processuale appare, invece, la tesi secondo cui «le dichiarazioni rese dal minore al perito e registrate sono utilizzabili anche senza la sua audizione diretta, qualora quest'ultima sia idonea a turbare il suo equilibrio psicofisico»⁹⁵. La massima, supportata da un apparato giustificativo piuttosto oscuro, sembra porsi sul crinale tra gli artt. 195, co. 3, e 512 c.p.p.: la soluzione fornita dal Supremo consesso, oltre ad essere categoricamente protesa verso la tutela di un unico soggetto, senza tentare mediazione alcuna, collide peraltro con la regola di cui all'art. 228, co. 3, c.p.p.⁹⁶.

Alla luce della suesposta ricostruzione non sembrano, infine, porsi significative problematiche in relazione al teste che non sia in grado di deporre a causa di un blocco psicologico: tale condizione, pur non precludendo la materiale escussione del dichiarante, pregiudica senz'altro l'esito dell'esame e legittima

⁹² Cass., Sez. III, 5 novembre 2009, P., in *Mass. Uff.*, n. 246017.

⁹³ Nel primo dei casi suesposti la rinuncia *in toto* al contraddittorio avrebbe, forse, potuto trovare migliore giustificazione con riferimento alla provata condotta illecita: le pressioni di un genitore che hanno aggravato le condizioni della vittima, spinta a ritrattare, potrebbero essere sussunte nell'alveo della *vis* di cui all'art. 500, co. 4, c.p.p. In generale, cfr., TOSCHI, *Art. 500 c.p.p.*, in *Commentario breve*, cit., 1757 ss.

⁹⁴ Si veda l'ipotizzata relazione tra la non rinviabilità presunta di cui all'art. 392, co. 1-bis, c.p.p. e la conseguente «prevedibilità presunta (almeno fino a prova contraria) della sopravvenuta impossibilità di rinnovazione dibattimentale della testimonianza liberamente acquisibile in incidente»: sul punto, CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, 208, nota 142.

⁹⁵ In questi termini, appunto, Cass., Sez. III, 14 giugno 2007, Battisti, in *Mass. Uff.*, n. 237500.

⁹⁶ Giustamente rileva, infatti, la più recente Cass., Sez. III, 19 gennaio 2011, P.M., in *Guida dir.*, 2011, 38, 94, che «il perito e il consulente tecnico hanno facoltà di chiedere notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone, ma, ai sensi dell'art. 228, co. 3, c.p.p., gli elementi così acquisiti possono essere utilizzati solo ai fini dell'accertamento tecnico: ossia possono essere utilizzati dai medesimi solo per rispondere ai quesiti, ma non anche dal giudice per l'accertamento della verità processuale. Ne deriva che le dichiarazioni rese da minori vittime di reati sessuali al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero sono utilizzabili solo ai fini delle conclusioni dell'incarico di consulenza (volta a verificare la credibilità dei testi in vista dell'esame protetto), ma non possono essere utilizzate dal giudice quali dichiarazioni testimoniali ai fini della ricostruzione del fatto, giusta il divieto posto dal richiamato art. 228, co. 3, c.p.p. (da queste premesse, la Corte, rigettando il ricorso del pubblico ministero, ha ritenuto corretto che il tribunale del riesame avesse considerato affette da inutilizzabilità patologica, per contrasto con l'art. 228, co. 3, c.p.p. le dichiarazioni rese dai minori che si ipotizzava vittime di reati sessuali al consulente tecnico del pubblico ministero, impropriamente utilizzate per la ricostruzione del fatto e del compendio indiziaro)».

la lettura del precedente, conformemente a quanto disposto dall'art. 512 c.p.p.⁹⁷.

Un ulteriore profilo di criticità si pone nell'ipotesi in cui il teste sia irreperibile. Il problema ruota attorno all'esegesi degli artt. 512 e 512-bis c.p.p.⁹⁸.

Le due disposizioni differiscono quanto ai requisiti applicativi⁹⁹.

Già s'è detto circa i presupposti sottesi alla prima norma: l'interpretazione preferibile sembra, ancora una volta, quella che impone una lettura congiunta dei canoni di cui all'art. 111, co. 4, secondo periodo, e 5 della Carta.

Secondo tale ermeneutica, l'irreperibilità – elemento in sé neutro¹⁰⁰ – può legittimare la lettura delle dichiarazioni predibattimentali solamente qualora la fattispecie riveli dei tratti suscettibili di concretizzare la nozione di “accertata impossibilità di natura oggettiva”¹⁰¹.

A questo proposito, occorre che il mancato reperimento del teste non abbia fatto seguito ad una mera «verifica burocratica e routinaria»¹⁰², né sia addebitabile alla scarsa solerzia della parte che ha richiesto la lettura – la quale avrebbe

⁹⁷ Sul punto, Cass., Sez. III, 10 ottobre 2007, Pallotta, in *Cass. pen.*, 2009, 1626; critica sul punto, CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 235, giacché le suddette cause non precludono definitivamente l'assunzione dell'esame.

⁹⁸ Sul punto, cfr. PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit. 410 ss.

⁹⁹ A seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 479 del 1999, l'art. 512-bis prevede che il giudice, a richiesta di parte, tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti, possa disporre che sia data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese da persona residente all'estero, anche a seguito di rogatoria internazionale, qualora il potenziale teste, pur essendo stato citato, non sia comparso e nella sola ipotesi in cui l'esame dibattimentale di costui risulti assolutamente impossibile. Per un'analisi critica della norma cfr., CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 262 ss.; CORBETTA, *Art. 512bis c.p.p.*, cit., 6544 ss.

¹⁰⁰ Ciò vuol dire che «le sue cause potrebbero essere le più diverse e affatto indipendenti dal processo nel cui ambito assume rilievo»: cfr., anche per i precedenti giurisprudenziali, la già citata Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878.

¹⁰¹ Si veda, a questo proposito, 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, 22: nota giustamente l'Autore che «il termine “oggettiva”, utilizzato nella norma in esame, sembra alludere a quelle cause *indipendenti* dalla volontà di taluno, che ci sembrano assimilabili a situazioni di forza maggiore».

¹⁰² Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 21; Id., Sez. VI, 15 giugno 2011, Methnani, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 92, con nota di TRAPELLA, *Teste d'accusa non reperibile, letture e diritto al confronto*; stando alla nota decisione Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, «il contrasto tra l'interpretazione che fa dipendere l'irreperibilità del teste dalla mera impossibilità di una regolare notifica ai sensi dell'art. 167 c.p.p. (Cass., Sez. V, 20 febbraio 2001, Angemi, in *Mass. Uff.*, n. 218269; Id., Sez. V, 12 febbraio 1997, Gregorian, in *Mass. Uff.*, n. 207563; Id., Sez. II, 15 maggio 1996, Vassiliev, in *Mass. Uff.* n. 205279) e quella che, invece, non ritiene sufficiente il difetto di notificazione o le risultanze anagrafiche (giurisprudenza sopra citata) e, quindi, non esclude l'applicabilità della procedura prevista per la dichiarazione di irreperibilità dell'imputato dagli artt. 159 e 160 c.p.p., si risolve con una interpretazione costituzionalmente adeguatrice, che impone siano espletate tutte quelle rigorose verifiche

e tutte quelle accurate ricerche che consentano, in relazione al singolo caso, di affermare con certezza l'irreperibilità del teste e, quindi, l'"impossibilità" del suo esame in contraddittorio».

potuto attivarsi al fine di cristallizzare la prova nelle fasi precedenti¹⁰³ -, ovvero ad una libera scelta del dichiarante di sottrarsi al contraddittorio con l'accusato¹⁰⁴, circostanza che non si verifica nel caso in cui la sua volontà sia stata coartata¹⁰⁵.

¹⁰³ La Cassazione propende, tuttavia, per un vaglio dell'imprevedibilità fortemente ancorato alle circostanze del caso concreto, escludendo che il mero *status* di cittadino extracomunitario sprovvisto di permesso di soggiorno, ovvero condizioni di vita quali il meretricio, legittimino la presunzione di un futuro allontanamento del potenziale teste: *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 23 marzo 2006, Pittella, in *Mass. Uff.*, n. 234215; Id., Sez. I, 12 novembre 2008, Tavanxhiu, in *Mass. Uff.*, n. 242052.

¹⁰⁴ Ancora la già citata, Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 878. La soluzione, tuttavia, è controversa per quel che attiene alla relazione tra gli artt. 512 e 526, co. 1-*bis*, c.p.p. Oggetto di ampio dibattito è la funzione dell'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. e della sua fonte di rango costituzionale, rinvenibile nell'art. 111, co. 4, secondo periodo, Cost. Sono, infatti, dubbi tanto l'autonomia della clausola in oggetto rispetto alla regola del contraddittorio nella formazione della prova, sancita dalla prima parte della norma costituzionale, quanto i rapporti tra la clausola stessa e le ipotesi previste dall'art. 111, co. 5, Cost. quali eccezioni alla c.d. regola aurea. La tesi preferibile, oltre ad apparire la più rispettosa del canone dialettico, s'inserisce pienamente nella ricostruzione sistematica inaugurata dalla Corte costituzionale all'indomani della riforma del Titolo V e proseguita dalla Cassazione: secondo quest'impostazione, la norma invocata dovrebbe fungere da «ausilio interpretativo per estrapolare il significato completo delle eccezioni al principio del contraddittorio nella formazione della prova, giungendo, quindi, ad affermare come "oggettiva" nel senso voluto dal legislatore costituzionale al co. 5 dell'art. 111, solo quell'impossibilità di formazione della prova in contraddittorio, che non sia riconducibile, appunto, a determinazioni soggettive, liberamente determinate» (con queste parole, VALENTINI, *Impossibilità dell'esame dibattimentale del teste: divieto di acquisizione o semplice divieto di valutazione* contra reum delle precedenti dichiarazioni? in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1126). Cfr., anche, MARZADURI, *L. Cost. 23/11/1999 n. 2 ("Giusto Processo")*, in *Legisl. pen.*, 2000, 796, ove si parla di una «collocazione intermedia della clausola, tra principio ed eccezioni al principio». Cfr., anche, CESARI, *"Giusto processo", contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 56 ss. Tale impostazione esclude, quindi, l'acquisizione ai sensi dell'art. 512 c.p.p. della dichiarazione divenuta irripetibile in forza di una libera scelta del testimone: così, anche, MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, 184 ss. Cfr. anche SURACI, *L'atto irripetibile*, Padova, 2012, 248 ss. Diversa è, invece, l'opinione di FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.*, cit., 13 ss. Secondo l'Autore, l'art. 111, co. 4, secondo periodo (che sancisce una regola di valutazione) costituisce una norma speciale rispetto sia alla regola di esclusione implicitamente contenuta nella prima parte della norma in commento, sia alle eccezioni previste al quinto comma. Ciò implica che laddove il potenziale teste a carico abbia artatamente provocato l'irripetibilità, così da sottrarsi al contraddittorio difensivo (*actio libera in causa*), la soluzione, anche sotto il profilo dell'*onus probandi*, sarà fornita dalla norma in commento: le dichiarazioni rese *ex ante* potranno essere acquisite, su richiesta del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 512 c.p.p. (che non prevede il requisito dell'oggettività), salva la possibilità per la difesa di provare la sussistenza dei requisiti applicativi dell'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p.. Diversa è, invece, la sorte delle dichiarazioni raccolte in sede d'investigazione difensiva: non potendo applicarsi la norma da ultimo citata (attesi i limiti emergenti dal dato testuale), si dovrà imporre «un'interpretazione "correttiva" dell'art. 512 c.p.p.», tale per cui l'acquisizione delle dichiarazioni resterà «subordinata al carattere "oggettivo" dell'irripetibilità, la cui prova grava sulla difesa». Cfr., anche, CONTI, *La lettura di atti per impossibilità sopravvenuta*, in *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 468 che sembra, invece, qualificare la disposizione in commento quale regola di esclusione probatoria dalla portata relativa, ragion per cui «la sopravvenuta impossibilità di ripetizione consente la lettura degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero (art. 512 c.p.p.); tuttavia essi risultano utilizzabili contro l'imputato soltanto se l'impossibilità non dipende dalla una scelta volontaria

Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 512-*bis* è stata, invece, fornita dalle Sezioni unite con la "storica" sentenza n. 27918 del 2011¹⁰⁶. L'ermeneutica proposta dal Supremo consesso mira, infatti, a ricondurre nell'alveo dell'art. 111, co. 5, Cost. i requisiti cui è subordinata la lettura dei *dicta* resi da soggetti residenti all'estero: la Cassazione impone, infatti, il valido perfezionamento della notifica della citazione, ovvero che l'irreperibilità del potenziale teste sia stata accertata in forza di tutti gli adempimenti necessari alla luce delle circostanze del caso concreto; ai fini del recupero occorre, altresì, che l'impossibilità d'assumere l'esame in dibattimento «sia assoluta ed oggettiva», non configurabile, dunque, né dalla semplice impraticabilità dell'accompagnamento

del dichiarante di sottrarsi all'esame». Analogamente, ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, Padova, 2012, 823. In giurisprudenza si collocano su questo filone Cass., Sez. I, 6 maggio 2010, Mzoughia, in *Mass. Uff.*, n. 247618; Id., Sez. I, 18 novembre 2009, Marinkovic, in *Mass. Uff.*, n. 245556.

¹⁰⁵ La nota Cass., Sez. III, 8 luglio 2004, Kola, cit. ha, infatti, legittimato la lettura *ex art.* 512 c.p.p., escludendo che una vittima di delitti legati alla prostituzione e due persone informate sui fatti si fossero sottratte per libera scelta al controesame, essendosi rese irreperibili a causa del timore suscitato dalle minacce dagli imputati.

¹⁰⁶ Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, De Francesco, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 1, 39 con nota di VALENTINI, *Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova*, 58 ss. La pronuncia ha preso abbrivio da una questione sorta a seguito di una presunta violenza sessuale, posta in essere ai danni di una studentessa residente all'estero che, dopo aver presentato la denuncia alla polizia italiana, aveva fatto ritorno in Danimarca senza poi comparire in dibattimento.

coattivo, né «dalla libera volontà del dichiarante» o da mere «difficoltà logistiche od economiche»¹⁰⁷; a tale scopo è, infine, necessario che sia stato tentato l'esperimento, senza successo, della c.d. rogatoria concelebrata¹⁰⁸.

Il divieto sancito dall'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. – proiezione dell'art. 111, co. 4, secondo periodo, Cost. – viene peraltro in discussione tutte le volte in cui l'assenza del teste sia stata volontaria, ossia ascrivibile all'autodeterminazione di costui, senza che a tal fine occorra la prova dello specifico intento di sottrarsi al contraddittorio con l'imputato¹⁰⁹.

4. Deroghe al contraddittorio nell'elaborazione della Corte di Strasburgo: la c.d. prova decisiva o determinante

L'art. 6, § 3, lett. d), C.e.d.u., ponendo apparentemente l'accento sul versante soggettivo del contraddittorio¹¹⁰, codifica una particolare espressione del c.d.

¹⁰⁷ L'ermeneutica della disposizione in oggetto viene, quindi, ancorata all'art. 111, co. 5, Cost.: l'assoluta impossibilità di assumere l'esame, prescritta dall'art. 512-*bis*, è, dunque, posta in raffronto con la pregressa elaborazione giurisprudenziale relativa alle eccezioni al principio del contraddittorio. Cfr., sul punto, BELLUTA, *Le Sezioni unite impongono rigore per la lettura in dibattimento di dichiarazioni rese da persone residenti all'estero*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Dubbioso quanto alla legittimità costituzionale della norma, stante la mancata previsione dell'imprevedibilità, GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., 259. Le Sezioni unite mantengono, infatti, ferma la deroga al requisito in oggetto, «stante la finalità della norma che riguarda soggetti che possono trovarsi anche per brevissimo tempo e di passaggio in Italia», stabilendo, tuttavia, al contempo, una rigida delimitazione dei confini applicativi della fattispecie, destinata a cedere il passo all'art. 512 c.p.p. «se invece, il soggetto al momento della deposizione era anche di fatto residente in Italia». La rinuncia a questo presupposto applicativo, sulla scorta del rapporto di specialità tra le due norme, non appare convincente: come è stato, infatti, giustamente notato, l'imprevedibilità appare imposta dall'ortodossia costituzionale, giacché l'affrancamento da questo elemento «libera» la parte che ha interesse alle dichiarazioni del teste residente all'estero dall'obbligo di attivare lo strumento che consente in via anticipata di salvaguardare il contraddittorio» (in questi termini, DINACCI, *Verso quale nomofilachia? L'irripetibilità dell'atto tra Costituzione e fonti europee*, in *questa Rivista*, 2012, 377 ss.).

¹⁰⁸ Già anteriormente alla sentenza in esame, la dottrina aveva auspicato un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame, che considerasse «l'impossibilità di esame dibattimentale equivalente all'impossibilità di realizzare il contraddittorio»: in questi termini, CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 274.

¹⁰⁹ La pronuncia risente della dualità tra l'accertata impossibilità di natura oggettiva e la clausola di cui all'art. 111, co. 4, secondo periodo, Cost., trasposta nell'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p., tanto da seguire «un percorso argomentativo basato, in più punti, sull'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p.» (così, PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., 413). Il problema attinente alla relazione tra le norme costituzionali (e le corrispondenti disposizioni codicistiche) viene lasciato, tuttavia, irrisolto. Secondo le Sezioni unite, infatti, ferma la problematica relativa all'*an* dell'acquisizione delle dichiarazioni (alla luce dei suddetti parametri), occorrerà avere riguardo, altresì, alla «regola di inutilizzabilità probatoria desumibile dall'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. – inutilizzabilità soggettivamente orientata (riguardando la posizione del solo imputato) e oggettivamente delimitata (attenendo alla sola prova della «colpevolezza»)».

¹¹⁰ Come si cercherà di argomentare nel presente paragrafo, il canone dialettico, nonostante il tenore della norma, appare comunque funzionale a garantire la formazione del dato conoscitivo oltre alla genuinità

fair trial, tale per cui la persona accusata di un reato deve avere la possibilità di confrontarsi con coloro i quali rendono dichiarazioni a suo carico¹¹¹.

La norma da cui il diritto al controesame promana sembrerebbe qualificabile come principio piuttosto che come regola¹¹²: la sua attuazione, infatti, lungi dall'essere subordinata ad un *aut-aut*¹¹³, appare, invece, declinabile in virtù del bilanciamento con gli opposti valori¹¹⁴ con cui esso può, di volta in volta, concretamente confliggere¹¹⁵.

dello stesso: così, APRILE, *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Padova, 2007, 190.

¹¹¹ Ampiamente, sul punto, CHENAL, GAMBINI, TAMIETTI, *Art. 6*, in *Comm. CEDU*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, 238 ss. Poiché il diritto al controesame costituisce un particolare aspetto dell'equità processuale, le conseguenze della sua violazione vengono spesso esaminate sotto la prospettiva del combinato disposto tra i §§ 1 e 3, lett. d), dell'art 6 Convenzione: *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 22 novembre 2012, Tseber c. Repubblica Ceca.

¹¹² Così, VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 26.

¹¹³ Secondo FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 85 ss., i principi sono norme dotate di un «elevato grado di genericità (a fattispecie aperta)» la cui concreta attuazione è suscettibile di variare, in forza di un bilanciamento, laddove questi si presentino in «potenziale conflitto»; le regole, viceversa, vengono sancite da disposizioni «ad elevata specificità (a fattispecie chiusa)». Sotto il profilo applicativo, le regole, a differenza dei principi, sono rimesse ad una rigida alternativa tra l'osservanza *in toto* e l'eccezione (purché prevista da norme di pari rango).

¹¹⁴ Come, infatti, notano BIN, PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, 132, i valori, ossia «gli obiettivi che muovono il legislatore», «nel diritto entrano come principi, cioè come norme dal contenuto molto generale e non circostanziato».

¹¹⁵ Il riferimento corre, implicitamente, alla dogmatica tracciata da R. Dworkin e riproposta da BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9 ss. Parzialmente diversa è l'ermeneutica del «corrispondente» art. 111, co. 3, Cost. Sul punto FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 85 ss. Per una critica sotto il profilo giusfilosofico, cfr., invece, VILLA, *Il Giusto processo fra regole e principi*, in *Audiat et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di Manzini, Puppò, Milano, 2008, 241 ss.; LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, in *Cass. pen.*, 2008, 1239 ss.

L'acquisizione della prova nel corso della pubblica udienza dibattimentale, in presenza dell'imputato, in contraddittorio con quest'ultimo ed innanzi al giudice chiamato a decidere sul merito della regiudicanda¹¹⁶ costituirebbe, senz'altro, l'*optimum* del canone suddetto¹¹⁷. Siffatto livello di attuazione, però, non è sempre realizzabile: occorre, pertanto, esaminare quali circostanze possano influenzare l'espandersi del principio in esame¹¹⁸.

Una premessa è innanzitutto d'obbligo. I Giudici di Strasburgo non si spingono a sindacare l'assetto che il legislatore ha conferito al procedimento probatorio: a quest'ultimo compete, infatti, la disciplina dell'ammissibilità della prova, la cui valutazione spetta, invece, al giudice nazionale. Compito della Corte non è, dunque, «stabilire se le dichiarazioni di un teste siano state legittimamente ammesse come prova, quanto piuttosto verificare se il procedimento, complessivamente considerato, tenuto conto anche della modalità con cui le prove sono state assunte, sia stato equo»¹¹⁹.

Giova rammentare, a questo proposito, che il dettato della Convenzione di Roma costituisce un'autentica «cerniera culturale tra il modello di *common law* e la giustizia continentale»¹²⁰. Il precetto in esame non sottende, infatti, necessariamente un sistema processuale di tipo accusatorio, con modalità di assunzione della prova rigidamente *adversary*¹²¹. La nozione di contraddittorio invalsa

¹¹⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia, in *Cass. pen.*, 2006, 697 ss., con nota di TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*. Premesso che il principio d'immediatezza costituisce una componente importante dell'equità processuale, giacché permette al giudice di avere contezza del comportamento e della credibilità del teste, e che i mutamenti della composizione dell'organo giudicante implicano normalmente una nuova assunzione della prova, i Giudici strasburghesi non hanno ravvisato alcuna violazione del diritto al controesame nel caso di specie laddove, a seguito della sostituzione di uno dei giudici *a latere* della Corte di Assise, i verbali delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia erano stati acquisiti ai sensi dell'art. 190-*bis* c.p.p. Il ricorrente, chiosa la Corte, aveva comunque avuto la possibilità d'interrogare i dichiaranti in dibattimento; sette giudici tra gli otto componenti del collegio giudicante avevano avuto un contatto diretto con le prove; il membro supplente aveva, invece, potuto leggere i processi verbali delle udienze pregresse: ciò aveva compensato l'assenza di costui nel corso della precedente istruzione.

¹¹⁷ *Ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, 20 novembre 1989, Kostovski c. Paesi Bassi, § 41; in dottrina, cfr. LA ROCCA, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, in *La prova penale*, cit., I, 177 ss.

¹¹⁸ Il riferimento corre, ancora una volta, implicitamente a BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 30 ss.

¹¹⁹ *Ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 26 febbraio 2013, Papadakis c. «l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia», § 86.

¹²⁰ L'espressione si deve ad AMODIO, *L'impatto della normativa europea sul processo penale italiano*, in *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, 2003, 79; ampiamente, sul punto, J. D. JACKSON, *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Process: Towards Convergence, Divergence or Realignment*, in *Modern Law Review*, 2005, 737 ss.; BALSAMO, RECCHIONE, *La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il nuovo corso della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, 3620 ss.

¹²¹ Cfr., sul punto, CHIAVARIO, *Art. 6, Diritto ad un processo equo*, in *Commentario alla Convenzione*

nell'ordinamento C.e.d.u., com'è stato giustamente notato, «prescinde dal “principio della separazione funzionale delle fasi”»¹²². Il canone dialettico è, infatti, rispettato tutte le volte in cui l'imputato abbia avuto un'opportunità adeguata e sufficiente «*to challenge and question a witness against him*»¹²³. Tale occasione può avvenire sia nel momento in cui il teste rende i propri *dicta* - la fase d'indagine ed il dibattimento appaiono, infatti, del tutto fungibili a tale fine¹²⁴ - sia successivamente¹²⁵.

Lungi dal consentire un arretramento della tutela al contraddittorio c.d. debole - ossia “sull'elemento di prova”¹²⁶ - la Corte europea impone, dunque, un confronto, anche non contestuale, con il dichiarante¹²⁷.

Ai fini del vaglio della complessiva equità del procedimento rileva, inoltre, che l'accusato abbia potuto controesaminare il dichiarante innanzi al giudice di merito¹²⁸. Il principio in oggetto non sembra, tuttavia, andare esente da flessioni: la

europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 239 ss.

¹²² Con queste parole, BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 112.

¹²³ *Ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia (§ 39), in *Cass. pen.*, 2001, con nota di MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni assenti in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2836 e ss. Il concetto di testimone dev'essere inteso, in questa sede, in un'accezione atecnica: tale è infatti colui che rende dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate ai fini di una statuizione giurisdizionale. Sul punto, cfr. anche DE SALVIA, REMUS, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti e procedura*, Milano, 2011, 154.

¹²⁴ In questi termini, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 27 settembre 2007, Reiner ed altri c. Romania (§ 69). In dottrina, cfr. SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 377. Di quest'avviso, con riferimento alla particolare ipotesi della testimonianza anonima, MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima. Le coordinate e le novità introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 136/2010*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁵ Cfr. BALSAMO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio del contraddittorio: tra tradizione ed invenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3019. Nota giustamente l'Autore, con riferimento all'*affaire* Camilleri c. Malta (Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 16 marzo 2000, Pres. Rozakis, in *Cass. pen.*, 2002, 1815, con nota di MAFFEI, *Un caso in tema di dichiarazioni testimoniali d'accusa «ritrattate» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*) che il controesame del teste a carico in dibattimento legittima l'utilizzo anche delle dichiarazioni da costui rese nel corso delle indagini preliminari, con possibilità di prevalenza di queste ultime qualora il giudice le ritenga più attendibili di quelle assunte in contraddittorio. Con riferimento alle discrepanze tra le deposizioni effettuate nelle diverse fasi del procedimento cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 25 aprile 2013, Erkapic c. Croazia.

¹²⁶ Per la dicotomia tra contraddittorio sulla prova e contraddittorio per la prova cfr. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, XI ss.

¹²⁷ Sul punto, cfr. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, 77 ss. Non a caso l'Autore parla di una «via intermedia» tra le due *species* di contraddittorio.

¹²⁸ Cfr., CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, 2008, Supplemento n. 12, 127. Afferma l'Autore, in relazione al già citato *arrêt* Reiner ed altri c. Romania, che il *dominus* delle indagini, a differenza del giudice, non è

giurisprudenza ha, infatti, ammesso che l'utilizzo di deposizioni raccolte innanzi alla polizia giudiziaria od all'autorità investigativa - finalizzato, nell'ipotesi *sub iudice*, alla tutela di una vittima minore - non viola necessariamente l'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), della Convenzione, purché venga rispettato il diritto al confronto¹²⁹.

Gli stessi Giudici di Strasburgo, nell'importante pronuncia Doorson c. Paesi Bassi¹³⁰, auspicano, del resto, che il legislatore organizzi il procedimento penale tutelando le ragioni dei testimoni e delle vittime chiamate a riferire in ordine ai fatti di causa¹³¹. I diritti di costoro alla vita, alla libertà ed alla sicurezza - per quanto non esplicitamente menzionati dall'art. 6 Convenzione - sono, infatti, sanciti in via generale dall'art. 8, oltre che da ulteriori disposizioni della C.e.d.u.: la medesima nozione di equità processuale implica, di conseguenza, che, in specifiche ipotesi, siffatti interessi siano oggetto di bilanciamento rispetto ai diritti difensivi¹³².

organo imparziale: «una componente importante dell'equità processuale è [infatti] la possibilità, per l'accusato, di confrontarsi con i testi decisivi innanzi al giudice che deve, in ultima analisi, prendere una decisione in ordine ai fatti» (così, la pronuncia in commento, al § 74). Il principio è stato riaffermato con grande nettezza anche in seno alla recente Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 marzo 2014, Matysina c. Russia § 153, ove si legge che «anche quando la difesa è stata in grado di controesame un testimone o un esperto nella fase delle indagini di polizia, ciò non può sostituire il controesame di quel testimone od esperto nel corso del processo davanti al giudice. Costituisce un importante componente di un procedimento penale equo il fatto che l'accusato si confronti con il testimone “alla presenza del giudice che decide in ultima analisi il caso”, cosicché quel giudice ascolti la testimonianza diretta, osservi il suo comportamento e si formi un'opinione circa la sua credibilità».

¹²⁹ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 2 luglio 2002, S. N. c. Svezia § 44.

¹³⁰ Corte eur. dir. uomo, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi, § 70. Alcuni dei principi enunciati in tale precedente, relativo alle questioni sottese alla testimonianza anonima, sono stati richiamati in successive pronunce, afferenti alla problematica dei dichiaranti vulnerabili: *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 20 gennaio 2005, Accardi ed altri c. Italia, nonché la già citata Id., S. N. c. Svezia, § 47.

¹³¹ Sul punto, cfr. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., 88; LONATI, *Il diritto dell'accusato a “interrogare e a fare interrogare” le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, Torino, 2008, 188 ss.; cfr., anche, KEANE, *Towards a Principled Approach to the Cross-examination of Vulnerable Witnesses*, in *The Criminal Law Review*, 2012, 417 ss.

¹³² Cfr., sul punto, BALSAMO, LO PIPARO, *Principio del contraddittorio, Utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali e nozione di testimone tra giurisprudenza europea e criticità del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., 335: gli Autori, a questo proposito, introducono la nozione di «approccio “pluridimensionale”» al principio del contraddittorio, «che traccia precise linee-guida per il contemperamento tra i diversi interessi sottesi alla prova penale: da un lato, il diritto dell'accusato al confronto con i testi a carico; dall'altro, l'obiettivo di una ricostruzione per quanto possibile completa dei fatti di causa, in vista di una effettiva repressione della criminalità, la necessità della protezione di vittime e testimoni da minacce ed intimidazioni e, infine, l'esigenza di evitare che soggetti dalla personalità fragile siano esposti, durante la deposizione a traumi e stress eccessivi».

Si possono, dunque, ravvisare dei profili di criticità, avendo riguardo alle modulazioni della dinamica contraddittoriale con cui, di volta in volta, viene perseguito il suindicato obiettivo¹³³: si tratta di devianze rispetto allo schema *adversary* che, come è stato giustamente notato, possono giungere financo a serbare l'anonimato del dichiarante¹³⁴.

La Corte e.d.u. è solita vagliare se, nel caso concreto, il bilanciamento sia avvenuto salvaguardando comunque il nucleo primario del diritto al confronto¹³⁵:

¹³³ Cfr. DENNIS, *The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights*, in *The Criminal Law Review*, 2010, 270 ss. Secondo l'Autore, *the right to confrontation* dovrebbe essere considerato un insieme di prerogative, tra loro distinte, benché interconnesse: tali sono i diritti ad una pubblica udienza, ad un confronto *vis-à-vis* con il teste, alla *cross examination* ed alla conoscenza dell'identità del dichiarante a carico. «None is absolute—all are subject to significant limits and qualifications. Moreover, rights of confrontation are shrinking. The modifications I have mentioned—hearsay exceptions, special measures for vulnerable witnesses, anonymity orders, restriction on sexual history and bad character evidence of witnesses—all have the effect of cutting back confrontation rights, and all the pressure is for their expansion».

¹³⁴ In questi termini, GALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., 88 ss.; PETRALIA, *La vittima di reato*, cit., 80 ss.; PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., 455 e ss. Le linee guida in materia di ricorso alla testimonianza anonima sono dettate dalla Raccomandazione No. R (97) 13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (sez. III). Premesso che il ricorso a tale espediente dev'essere eccezionale, la Raccomandazione suddetta, evidentemente influenzata dalla giurisprudenza di Strasburgo, prescrive che il vaglio della sussistenza delle condizioni legittimanti l'anonimato debba essere condotto dall'autorità giudiziaria, sentite le parti. Siffatti requisiti sono: il pericolo per la vita o per la libertà del dichiarante, il rischio di compromettere future operazioni - nel caso di agenti impiegati in operazioni *undercover* -, la rilevanza della prova e la credibilità del soggetto (§ 11). Una procedura *ad hoc* dovrà garantire alla difesa la possibilità di contestare la necessità dell'anonimato, la credibilità del teste e l'origine delle conoscenze di costui (§ 10). Laddove venga ammessa la testimonianza anonima, la condanna dell'imputato non potrà comunque basarsi unicamente o in maniera determinante su tale prova (§ 13). Sul punto, cfr. SCOMPARN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 113 ss. In giurisprudenza, oltre ai già citati precedenti Kostovsky c. Paesi Bassi e Doorson c. Paesi Bassi, si segnalano, altresì, a conferma dell'approccio casistico sposato dai Giudici europei, Corte eur. dir. uomo, 23 aprile 1997, Van Mechelen ed altri c. Paesi Bassi, nonché, Id., Sez. II, 28 febbraio 2006, Krasniki c. Repubblica Ceca, in *Cass. Pen.*, 2006, con nota di BALSAMO, *Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del «diritto vivente» nel processo di integrazione giuridica europea*, 3007 ss. In dottrina, diffusamente, BALSAMO, RECCHIONE, *La protezione della persona offesa tra Corte Europea, Corte di Giustizia delle Comunità Europee e carenze del nostro ordinamento*, in *Giurisprudenza europea e sistema penale italiano*, cit., 317 ss.; LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., 210 ss.; SELVAGGI, *Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti della difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 1996, 2419 ss. Nell'ordinamento italiano la testimonianza anonima è comunque limitata ai soli soggetti che hanno partecipato ad operazioni sotto copertura: sul punto, cfr. MIRAGLIA, *Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima*, cit.

¹³⁵ Ampiamente, sul punto, HOYANO, *What is Balanced on the scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 11 ss. Eventuali presidi a tutela della vittima-testimone, adottati nel corso del procedimento, devono essere, infatti, conciliati con un esercizio adeguato ed effettivo dei diritti dell'imputato: a tale scopo, afferma la Corte, l'autorità giudiziaria dovrebbe porre in essere misure atte a bilanciare eventuali difficoltà incontrate nel corso dell'attività difensiva. Cfr., *ex plurimis*, la già citata pronuncia S. N. c. Svezia (§ 47), ove i Giudici di Strasburgo hanno riscontrato un complessivo rispetto del principio del contraddittorio nel corso di un procedimento per un delitto a

siffatto approccio, aderente alla singola fattispecie ed alle particolarità ch'essa denota, viene comunemente definito *logica floue*¹³⁶. Il contemperamento tra le ragioni della difesa e quelle della vittima non deve, quindi, comportare una sperequazione a favore di quest'ultima¹³⁷.

Nemmeno eventuali espedienti finalizzati a sopperire agli scarti percettivi tra il giudice e la prova, quali la videoregistrazione – misura caldeggiata, in presenza di testi vulnerabili, da plurimi strumenti sovranazionali¹³⁸ –, possono giustificare il sacrificio di un confronto, per quanto attenuato, con la persona offesa¹³⁹. Immediatezza e contraddittorio non sono, infatti, valori intercambiabili: la prima afferisce al rapporto tra «l'assunzione della prova e la decisione»; il secondo implica, invece, «la partecipazione delle parti nella formazione della prova» stessa¹⁴⁰. L'annichilimento del metodo dialettico nella genesi del dato conoscitivo, seppur in un contesto privo di filtri o cesure tra la fase istruttoria ed il

sfondo sessuale posto in essere ai danni di un minore. Nel corso delle indagini la vittima era stata, infatti, intervistata due volte da parte di un agente specializzato di polizia. Il difensore dell'indagato non aveva partecipato all'escussione: in occasione della seconda intervista egli aveva avuto, tuttavia, la possibilità di discutere con il medesimo agente le tematiche sulle quali interrogare la presunta vittima. Al termine del colloquio, ascoltata l'audio-registrazione ed esaminata la trascrizione, la difesa aveva ritenuto che fossero stati esplorati tutti gli argomenti oggetto della propria richiesta. Il minore non era stato ascoltato nel corso del processo; in quella sede era stata invece proiettata la videoregistrazione della prima intervista e letta la trascrizione della seconda; le uniche prove dichiarative assunte vertevano su fatti secondari. L'istruzione era stata rinnovata in appello, ov'era stata ascoltata anche la registrazione del secondo colloquio. A detta della Corte, innanzi all'autorità giudiziaria, il ricorrente aveva potuto contestare le dichiarazioni del teste e la credibilità di costui, tant'è che il giudice d'appello aveva ridotto la pena inflittagli, ritenendo non provate parte delle accuse.

¹³⁶ VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, 853 ss.

¹³⁷ Sul rispetto del principio di proporzionalità, cfr. DANIELE, *Testimony Through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *The Criminal Law Review*, 2014, 191 ss. In argomento si veda anche, MATTEINI CHIARI, *Il minore nel processo*, Milano, 2014, 689.

¹³⁸ Oltre alla già citata Direttiva 2012/29/UE (art. 24 § 1, lett. a), giova rammentare, da un lato, la nota Raccomandazione No. R (97) 13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (sez. IV § 27) e, dall'altro, le Direttive 2011/93/UE (art. 20, § 4) e 2011/36/UE (art. 15, § 4) relative, rispettivamente, alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, nonché alla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

¹³⁹ Così, GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., 89 ss.; BALSAMO, RECCHIONE, *La protezione della persona offesa*, cit., 326 ss.; DE CRESCENZO, *Vittima vulnerabile ed accusato*, cit., 31 ss. BUZZELLI, *Il panorama delle garanzie a protezione della "fonte fragile": il contesto europeo*, cit., 16 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 19 dicembre 2013, Rosin c. Estonia § 62; Id., Sez. I, 18 ottobre 2013, Vronchenko c. Estonia, § 65; Id., Sez. IV, 28 settembre 2010, A. S. c. Finlandia, § 68; Id., Sez. IV, 27 gennaio 2009, A. L. c. Finlandia, § 41; Id., Sez. IV, 10 marzo 2007, A. H. c. Finlandia, § 44, in *Cass. pen.*, 2007, 3938, con nota di BALSAMO.

¹⁴⁰ Così, TONINI, *Oralità, immediatezza e contraddittorio*, in *Il diritto delle prove penali*, cit., 129; sul punto, cfr., anche, CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, in *Dig. Pen.* VI, 1992, 149 ss.

giudice di merito, degrada inevitabilmente il dibattito a «mera esercitazione retorica su elementi già acquisiti»¹⁴¹.

Per quel che attiene, in particolare, al minorenni chiamato a riferire in ordine ad un delitto a sfondo sessuale, la Corte ammonisce gli Stati membri a che, al fine di conciliare la tutela del teste con il diritto di difesa, la persona accusata venga resa edotta dell'audizione della vittima e possa assistervi od osservarne la videoregistrazione: quel che rileva, tuttavia, è che all'imputato sia comunque garantita la possibilità di rivolgere domande al dichiarante, anche se in via mediata o in una fase successiva¹⁴². Quanto al sottosistema congegnato dal legislatore italiano, poc'anzi descritto, i Giudici di Strasburgo, nel noto *affaire Accardi c. Italia*, hanno avuto modo di pronunciarsi in ordine all'equità di un procedimento per abusi sessuali ai danni di due minori¹⁴³. La testimonianza di costoro era stata assunta in incidente probatorio attraverso la tecnica del c.d. esame schermato, condotto da un esperto psicologo: gli imputati e le loro difese avevano potuto seguire la deposizione, celati dal vetro a specchio, con la possibilità di rivolgere domande ai dichiaranti, seppur indirettamente; il colloquio era stato videoregistrato ed esaminato dal Tribunale, sentite le parti. Siffatti accor-

¹⁴¹ In questi termini, CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., 33.

¹⁴² Così, la già citata Corte eur. dir. uomo, A. S. c. Finlandia, § 56. Si veda anche l'*affaire* Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 10 novembre 2005, Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi, ove la Corte ha ritenuto iniquo il procedimento conclusosi con la condanna del ricorrente, cui non era stata garantita alcun'occasione di confronto con le persone offese: costoro erano, infatti, gli unici testimoni che avevano contezza dei fatti descritti nell'imputazione. I Giudici di Strasburgo notano, *in primis*, che le dichiarazioni rese dalle vittime alla polizia costituivano una prova decisiva a carico dell'imputato: i testi escussi in dibattimento avevano, invero, riportato quanto appreso dalle vittime, avendo essi stessi, al più, visto l'imputato a ridosso dei fatti, senza scorgere però i comportamenti oggetto d'addebito; gli agenti di p.g., dal canto loro, avevano riferito in ordine alle modalità con cui le vittime erano state interrogate ed all'identificazione compiuta da queste ultime. La Corte europea rileva, quindi, che il ricorrente non aveva avuto la possibilità di assistere – nemmeno a distanza – all'audizione dei minori, né di rivolgere a costoro alcuna domanda. L'intervista, a tacer d'altro, non era stata neppure registrata: per tale motivo, chiosa la Corte, il ricorrente ed il giudice di merito non avevano, quindi, potuto né osservare il comportamento dei testi nel corso della deposizione, né, del resto, trarre un conseguente giudizio in ordine alla loro attendibilità. Un'attenta analisi delle dichiarazioni lette ed una critica *ex post* delle stesse difficilmente possono costituire un efficace rimpiazzo dell'osservazione diretta di un soggetto nel corso della deposizione (§ 71). Sul punto cfr. BELTRANI, *Violenza sui minori e giusto processo. L'imputato deve interrogare le vittime. Strasburgo condanna l'Olanda. Ma rischia di "sconfinare"*, in *Dir. e giust.*, 2006, V, 84 ss. Cfr., ancora, GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., 90.

¹⁴³ Si tratta della già citata Corte eur. dir. uomo, Accardi ed altri c. Italia. Sul punto, cfr., RECCHIONE, *L'esame del minore persona offesa in reati sessuali*, cit., 102 ss.; per una riflessione sull'esame a distanza dei testi vulnerabili, cfr. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, 36 ss.

gimenti, a detta della Corte europea, hanno garantito ai ricorrenti una possibilità adeguata e sufficiente di contestare sia quanto narrato sia la credibilità dei testi.

Eventuali profili d'iniquità procedimentale possono, pertanto, annidarsi laddove l'imputato non abbia avuto alcun'occasione di rivolgere domande al dichiarante. Siffatta evenienza può essere determinata da una pluralità di fattori¹⁴⁴: è invalsa la categoria dei c.d. testimoni assenti - in cui potrebbero rientrare anche i soggetti vulnerabili¹⁴⁵ - per indicare coloro i quali, dopo aver reso dichiarazioni nella fase d'indagine, non siano stati escussi innanzi al giudice a causa di morte, irreperibilità, ovvero rifiuto di comparire determinato da timore o da qualche altra ragione¹⁴⁶.

Occorre, però, intendersi.

L'utilizzo dei *dicta* raccolti in via unilaterale nel corso delle indagini non è aprioristicamente escluso dalla giurisprudenza strasburghese: spesso la Corte europea ravvisa, tuttavia, una violazione dei principi dell'equo processo nei casi

¹⁴⁴ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 20 aprile 2006, Carta c. Italia, in *Cass. pen.*, 2006, con nota di BALSAMO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio del contraddittorio*, cit. relativa all'ipotesi di un coimputato, avvalso della facoltà di non rispondere, le cui dichiarazioni predibattimentali erano state acquisite al fascicolo del dibattimento, in virtù delle c.d. contestazioni al silente, possibili prima della riforma apportata dalla legge n. 63 del 2001 (sul punto, cfr. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 818 ss.): la Corte eur. dir. uomo ha comunque ritenuto la procedura complessivamente equa, atteso il carattere non determinante dei *dicta*. Cfr., anche, Corte eur. dir. uomo, 24 novembre 1986, Unterperfinger c. Austria, ove i giudici europei, pur non giudicando astrattamente incompatibile la facoltà dei prossimi congiunti dall'astenersi dal deporre (si trattava, nel caso di specie, di madre e figlia vittime di violenza domestica), hanno ravvisato una violazione dell'equità processuale, giacché la condanna dell'imputato si basava «principalmente» sulle dichiarazioni rese unilateralmente da costoro nella fase d'indagine.

¹⁴⁵ Propende, infatti, per la non autonomia del novero dei testimoni vulnerabili, LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., 253 ss.

¹⁴⁶ La definizione è data da Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 19 febbraio 2013, Gani c. Spagna (§ 40), in *Cass. pen.*, 2013, con nota di BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, 2833 ss. Tale pronuncia, tra le possibili cause di deroga al contraddittorio, richiama anche le testimonianze anonime e l'esercizio dello *ius tacendi*. Emblematico esempio di condanna fondata sulle dichiarazioni di testi assenti è il noto precedente A. M. c. Italia (Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 14 dicembre 1999): il ricorrente, accusato di avere abusato di un ragazzo statunitense, il quale soggiornava in Italia, era stato riconosciuto colpevole del delitto in oggetto sulla scorta della denuncia presentata dall'offeso all'autorità estera, nonché sulle dichiarazioni rese, in assenza del difensore, da familiari e medici, assunte a seguito di rogatoria internazionale. Non essendo comparso alcuno dei dichiaranti in dibattimento, era stata data lettura delle suddette statuizioni ai sensi dell'art. 512-bis, che allora ammetteva l'acquisizione del precedente qualora il teste non fosse stato citato o, nonostante la citazione, non fosse comparso: l'applicabilità della norma è stata resa più stringente proprio in concomitanza rispetto alla condanna in sede sovranazionale (così, VALENTINI, *Le Sezioni unite e i testimoni residenti all'estero*, cit., 61). Si veda anche la successiva, Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 4 novembre 2008, Demski c. Polonia, in *Cass. pen.*, 2008, 1303, con nota di SELVAGGI, *Osservazioni a CEDU, Sez. IV, 4 Novembre 2008, n. 22695*.

in cui una condanna venga pronunciata unicamente, ovvero in misura determinante, sulla scorta di tali elementi¹⁴⁷.

La nozione di decisività – diffusa anche in attigui settori della giurisprudenza europea¹⁴⁸ – si riferisce, pertanto, a prove acquisite in violazione del principio

¹⁴⁷ Autorevoli voci hanno posto l'accento sulla diversità prospettica tra l'approccio del legislatore italiano e quello della Corte eur. dir. uomo: le norme afferenti alla lettura degli atti divenuti irripetibili, da un lato, subordinano l'acquisizione degli stessi all'accertamento di determinati presupposti; i giudici europei, dall'altro, non essendo evincibile dal sistema alcuna regola di esclusione, si sono, invece, concentrati sul vaglio delle dichiarazioni in tal modo assunte. Sul punto, cfr. BALSAMO, LO PIPARO, *Principio del contraddittorio*, cit., 348 ss.; LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit., 365 ss; FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 41 ss.

¹⁴⁸ La nozione viene, infatti, in rilievo anche in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel corso del giudizio d'impugnazione. In tale ambito è invalso il principio generale secondo cui una giurisdizione di seconda istanza cui sia devoluta una questione non meramente *in iure*, ma che attenga al vaglio della colpevolezza di un imputato, non può decidere senza un diretto apprezzamento delle prove (*ex multis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 30, in *questa Rivista*, 2012, con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva del giudizio d'appello. L'europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, 349 ss.). La Corte europea è, infatti, solita propendere per l'iniurità del procedimento penale soprattutto qualora il giudice dell'impugnazione, chiamato a pronunciarsi in ordine ad una questione fattuale, determinante ai fini della colpevolezza dell'imputato, riformi la sentenza assolutoria senza rinnovare – e dunque rivalutando nella mera veste cartolare – i contributi dichiarativi su cui questa concretamente si reggeva (diffusamente, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 8 ottobre 2013, Roman Zurdo e altri c. Spagna). Decisive, a questo proposito, appaiono, quindi, le prove su cui s'è concretamente basato l'accertamento della *quaestio facti*, sottesa al *devolutum*, dalla cui ricostruzione dipende il giudizio relativo all'*an* della responsabilità dell'imputato e, conseguentemente, l'esito del gravame (in questi termini ed in modo assai approfondito, TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it). Emblematico, sul punto, l'affaire Manolachi c. Romania (Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013): il ricorrente, assolto in primo grado dall'accusa di rapina, veniva condannato in sede d'appello; il giudice dell'impugnazione sovvertiva l'esito dell'impugnata sentenza sulla scorta d'una mera rivalutazione delle prove raccolte innanzi alla giurisdizione di prima istanza. L'interrogativo che la giurisdizione d'appello ha dovuto affrontare – notano i Giudici di Strasburgo – concerneva la presenza dell'imputato sulla *scena criminis*: «tale elemento fattuale era decisivo per la determinazione della colpevolezza» di costui (§ 47). Cfr., anche, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, nonché Id., 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, afferente al diniego di rinnovazione delle prove dichiarative sottese ad una sentenza di condanna pronunciata da un giudice di prime cure. La già citata pronuncia Dan c. Moldavia (§ 33) adombra, peraltro, possibili deroghe al diritto alla rinnovazione istruttoria laddove non sia possibile escutere il dichiarante, per esempio a causa di morte o d'esercizio della facoltà di non rispondere: si tratta d'evenienze che, come è stato notato, non sembrano comunque legittimare condanne fondate su dichiarazioni rese da soggetti mai controesaminati (così, TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 733, con specifico riferimento al precedente Corte eur. dir. uomo, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, ove la condanna dei ricorrenti – seppur basata anche sulle dichiarazioni predibattimentali di un correo suicidatosi prima del processo – non ha determinato l'iniurità della procedura, a causa delle ulteriori evidenze acquisite). In dottrina cfr., anche, GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in www.treccani.it, nonché RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in www.penalecontemporaneo.it, ove l'Autore nota «una (apparente) distonia» all'interno del *case law* europeo, giacché la Corte « – legittima l'utilizzo della prova dichiarativa cartolare formata fuori dal contraddittorio per fondare sentenze di condanna ogni volta

del contraddittorio¹⁴⁹: la prospettiva appare speculare rispetto a quella dell'art. 606, co. 1, lett. d), c.p.p., strumento tramite cui si censura, invece, la mancata assunzione di elementi dimostrativi (ipotesi che ha comunque interessato i Giudici europei)¹⁵⁰. Il concetto è difficilmente enucleabile; talune indicazioni a riguardo sono fornite "in negativo" dalla Corte: qualora la testimonianza non verificata in contraddittorio sia supportata da altre prove - idonee ad avvalorare il risultato della stessa - il vaglio della decisività dipenderà dall'attitudine dimostrativa di queste ultime che sarà, quindi, inversamente proporzionale al carattere determinante della prova spuria¹⁵¹. L'applicazione della c.d. *sole or decisive rule* denota, dunque, un approccio fortemente casistico, tipico del *modus operandi* strasburghese¹⁵². L'aderenza al caso concreto emerge, in particolare, con

che emergano adeguate "garanzie procedurali", - legittima il sacrificio dell'oralità quando è in gioco il bilanciamento degli interessi della vittima con quelli dell'accusato (la testimonianza formata in incidente probatorio si presenta anch'essa nello stato "cartolare" al giudice di merito, di regola diverso dal giudice di fronte al quale si è formata); - censura, tuttavia, la rivalutazione in appello della prova dichiarativa (decisiva) rimarcando, con particolare rigore in questo caso, la incompatibilità del sacrificio dell'oralità con le garanzie previste dalla Convenzione».

¹⁴⁹ Diffusamente, sul punto, VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 24 ss.

¹⁵⁰ Qualora il ricorrente lamenti un diniego istruttorio, la Corte e.d.u. valuta l'equità del procedimento nel suo complesso, accertando se il mancato accoglimento della richiesta difensiva non abbia determinato un indebito vantaggio a favore di controparte e, per converso, privato l'imputato della possibilità di confutare efficacemente gli addebiti a suo carico. Siffatta evenienza potrebbe ricorrere qualora la richiesta di prova, da un lato, non risulti "vessatoria", appaia sufficientemente motivata con riferimento all'oggetto della re-giudicanda, nonché suscettibile di rafforzare la posizione difensiva o di condurre all'assoluzione del ricorrente e, dall'altro, l'autorità giudiziaria non abbia compiutamente illustrato le ragioni della reiezione (§ 42). In questi termini, cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 10 ottobre 2013, Topic c. Croazia, a seguito della quale i giudici europei hanno condannato la Croazia per violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), sotto il particolare profilo del diritto alla parità delle armi, per aver negato al ricorrente la possibilità di ottenere l'assunzione di testimonianze volte a dimostrare che egli aveva gettato nella spazzatura una lattina di birra e non l'involto contenente lo stupefacente. In argomento si veda RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, 18 ss. Il diniego istruttorio può anche essere censurato sotto la prospettiva del diritto ad interrogare i testi dell'accusa: qualora il controesame di un dichiarante sia stato sollecitato dalla difesa nell'ottica di fare emergere circostanze a discarico, la Corte può ravvisare una violazione nel caso in cui l'assenza di costui sia imputabile ai giudici nazionali (per esempio a causa della mancanza di ricerche effettive). In questa particolare ipotesi la violazione suddetta potrebbe configurarsi anche quando le dichiarazioni irripetibili non siano state decisive: la Corte sembra, infatti, porre l'accento sul mancato rispetto del diritto alla prova - spettante all'imputato - più che sull'attitudine dimostrativa dell'elemento a carico. Così, Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 12 aprile 2007, Pello c. Estonia (cfr., infatti, anche Id., Gr. Cam., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 120).

¹⁵¹ Così, la già citata Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 131, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di ZACCHE', *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*. Sul punto, cfr. DENNIS, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, *Commentary*, in *The Criminal Law Review*, 2012, 377.

¹⁵² Secondo FERRUA, *Le dichiarazioni dei testimoni "assenti": criteri di valutazione e giurisprudenza di Straburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 397, mentre la nozione di prova esclusiva non sembra sollevare particolari

riguardo alla ponderazione del contributo formato al di fuori del circuito contraddittorio¹⁵³. Questo vaglio viene condotto, in prima battuta, sottraendo la dichiarazione unilaterale dal compendio probatorio sottoposto al *visus* del giudice e, successivamente, testando, seppure con accenti variabili¹⁵⁴, l'idoneità degli elementi residui a fondare un giudizio di colpevolezza¹⁵⁵: a tal fine, la Corte europea spesso procede ad un autonomo esame delle risultanze contenute nel fascicolo processuale, senza adagiarsi sull'apprezzamento compiuto dai giudici nazionali¹⁵⁶. In altre ipotesi i giudici di Strasburgo sembrano, invece, limitarsi al raffronto tra la risultante del contributo raccolto in assenza dell'imputato ed il

dubbi esegetici, il concetto di prova determinante si riferisce, invece, ad una «categoria *fuzzy*, quantitativamente connotata dal peso della singola prova nell'economia della decisione». Sulla fallibilità di qualunque tentativo di dogmatizzazione, cfr. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, cit., 44 ss.

¹⁵³ L'espressione si deve a UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., 80.

¹⁵⁴ La valorizzazione del compendio residuo oscilla, tuttavia, con notevoli sfumature. Sul punto, cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, in *Cass. pen.*, 2006, con nota di TAMIETTI, *Il diritto di esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l'ordinamento italiano e l'art. 6§3 D) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2987 ss. L'imputato era stato dichiarato colpevole dei delitti di violenza sessuale e di rapina, commessi ai danni di due prostitute, in due distinte occasioni. Le dichiarazioni rilasciate dalle vittime nella fase d'indagine - dopo la quale esse s'erano rese irreperibili - erano state lette ai sensi dell'art. 512 c.p.p. La Corte ha ravvisato una violazione dell'equo processo limitatamente alla condanna per la seconda delle aggressioni contestate: in quell'ipotesi la declaratoria di colpevolezza si reggeva, infatti, unicamente sul contributo unilaterale dell'offesa; quanto al primo accadimento criminoso, i Giudici rilevano che il narrato della vittima era suffragato anche dalla testimonianza dell'agente di polizia che l'aveva soccorsa, dalla somiglianza tra l'automobile utilizzata dall'aggressore e quella che l'imputato guidava il giorno dell'arresto, nonché dal ritrovamento di un coltello all'interno della stessa. Nel caso di specie, tuttavia, come adombra anche l'Autore, la Corte di Strasburgo pare accontentarsi della sussistenza di dati confermativi rispetto alle dichiarazioni non verificate: tali elementi sembrerebbero assurgere, semmai, al rango di riscontri piuttosto che di prove dotate di autonoma idoneità dimostrativa in ordine alla sussistenza del fatto ed alla riferibilità del medesimo all'imputato. Cfr. anche il commento di BALSAMO, LO PIPARO, *Dichiarazioni rese dalla vittima nel corso delle indagini preliminari e lettura degli atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione*, in *Cass. pen.*, 2006, 689 ss.: notano, infatti, gli Autori «la presenza di un mosaico probatorio, nel quale le dichiarazioni predibattimentali della persona offesa rappresentavano un dato conoscitivo univocamente convergente con una pluralità di elementi di convincimento acquisiti». Cfr., anche, BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *questa Rivista*, 2013, 202 ss.

¹⁵⁵ Così, SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, cit., 378; TAMIETTI, *Il diritto di interrogare i testimoni tra Convenzione europea e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 510; dubbiosa, sul punto, GABRIELLI, *Condanna fondata soltanto sulle dichiarazioni irripetibili di un teste che la difesa non ha mai potuto interrogare: dalla Corte di Strasburgo una censura annunciata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 275 ss. Per una comparazione tra il test effettuato dalla Corte e.d.u. e la c.d. prova di resistenza compiuta dalla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. c), cfr. BIRAL, *L'overall examination*, cit., 202 ss., nota 22.

¹⁵⁶ Così, VALENTINI, *La prova decisiva*, cit. 29 ss., con particolare riferimento a Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia. La notazione è condivisa da MAFFEI, *Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni assenti*, cit., 2849, in relazione al già citato *affaire* Unterperntinger c. Austria.

thema probandum, formulando un giudizio assimilabile, in parte, a quello di rilevanza¹⁵⁷.

I più recenti orientamenti della Corte europea hanno evidenziato come la c.d. prova decisiva o determinante non sia un baluardo insormontabile¹⁵⁸: accolta con opposte reazioni – per alcuni un «parziale *overruling*», per altri una diretta conseguenza della logica *floue*¹⁵⁹ – la nota pronuncia *Al-Khawaja e Thery c. Regno Unito* ha messo in luce i requisiti in presenza dei quali è possibile derogare al canone in oggetto. Secondo i Giudici strasburghesi l'eccezione al contraddittorio dev'essere, *in primis*, giustificata da un qualificato motivo (§120)¹⁶⁰;

¹⁵⁷ Il riferimento corre ad una delle questioni sottese alla complessa vicenda affrontata in seno al già citato *arrêt* Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia*. L'imputata era stata tratta a giudizio per il reato di esercizio abusivo della professione medica, a causa dell'insegnamento di alcune pratiche – quali yoga, esercizi di respirazione e meditazione – che, secondo la prospettazione accusatoria, avrebbero cagionato gravi scompensi psichici ai danni di un'allieva. Al fine di tutelare le fragili condizioni della vittima, nel corso del processo venivano lette le dichiarazioni da costei rese durante le indagini. L'imputata, che si era opposta all'acquisizione dei *dicta*, veniva condannata. Sotto questo profilo la Corte europea non ha ravvisato violazione alcuna. Secondo i giudici di Strasburgo la prova in esame è priva del crisma della decisività: atteso, infatti, che né la partecipazione alle pratiche associative né l'insorgere della malattia mentale erano state contestate, la testimonianza della persona offesa – *quisque de populo* – non appariva in grado di suffragare la prospettazione difensiva, che mirava a confutare la sussistenza di un nesso tra il quadro clinico della vittima e le attività cui ella aveva preso parte, oltre al carattere medico di queste ultime (§ 164). Il giudizio di rilevanza propriamente inteso è in parte differente: esso si assesta, infatti, sul piano della potenzialità, implicando una relazione tra il risultato probatorio auspicato dalla parte ed il *thema probandum*. Nel caso di specie i giudici europei hanno, invece, formulato un giudizio interferente tra il concreto risultato della dichiarazione e quello che sarebbe potuto emergere dalla formazione della stessa in dibattimento, valutando l'incidenza dei medesimi sull'imputazione «e, all'interno della medesima, [sulla] linea strategica di confutazione adottata dalla difesa»: così, VALENTINI, *La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 145. Il canone della rilevanza viene, talvolta, adoperato dalla Corte europea come ausilio del giudizio di decisività: cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 23 settembre 2014, *Cevat Soysal c. Turchia*, ove si legge, a proposito del mancato controesame dei testi a carico: «se l'accusa ritiene che una determinata persona è un'importante fonte d'informazioni e si basa sulla sua testimonianza nel corso del processo e se la deposizione di quel dichiarante è utilizzata dal giudice per fondare una pronuncia di colpevolezza, si deve presumere che la comparizione e l'esame di questo teste siano necessari, a meno che la sua testimonianza sia manifestamente irrilevante o ridondante». Il parallelismo tra decisività e rilevanza emerge anche in materia di giudicato: cfr. Id., Sez. III, 21 ottobre 2014, *Lungu ed altri c. Romania*, §§ 40 ss.

¹⁵⁸ Cfr. *Evidence*, edited by P. McKeown, Londra, 2014, 204 ss.

¹⁵⁹ Cfr., infatti, da un lato, ZACCHE, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, cit., nonché CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3126, dall'altro, FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 553 ss.

¹⁶⁰ Atteso, infatti, che l'assenza del teste non dev'essere addebitabile allo scarso impegno profuso dall'autorità nazionale nel rintracciarlo (cfr., sul punto, *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 3 dicembre 2013, *Vararu c. Romania*), la Corte europea pone l'accento su due possibili cause: la morte del dichiarante (§ 121) – che non solleva particolari questioni in ordine all'ammissibilità dei *dicta* – ed il timore di rendere l'esame. Quest'ultima ipotesi sottende un distinguo (§ 122). Laddove la paura sia stata causata

la lettura del precedente unilaterale si configura, peraltro, come l'ultima tra le opzioni contemplabili dall'autorità giudiziaria (§125)¹⁶¹. Qualora, infine, una condanna si basi unicamente, ovvero in modo decisivo, sulle dichiarazioni di un teste assente, non verificate in contraddittorio, si potrà non ritenere iniquo il procedimento, purché si proceda ad un'attenta analisi dello stesso: i rischi insiti nell'ammissione di contributi unilaterali dovranno, infatti, essere compensati da «*sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards*». Il nodo gordiano da sciogliere ruoterà, dunque, attorno all'interrogativo se, nel caso di specie, vi siano siffatti presidi, ivi comprese misure atte a garantire «*a fair and proper assessment*» dell'attendibilità dei *dicta* (§147). Com'è agevole notare dalla massima, il principio dialettico, pur delineato con particolare riguardo al suo portato soggettivo, appare comunque asservito alla tutela del risultato probatorio: anche nel sistema della Convenzione è quindi rinvenibile un legame, seppur indiretto, con la dimensione oggettiva del contraddittorio¹⁶².

Più che essere pervenuta ad un superamento della *sole or decisive rule*, la Corte europea sembra avere ridefinito le basi del suo operare, utilizzando ca-

dall'imputato o da un suo emissario è consentito acquisire il contributo (anche se decisivo) rinunciando alla testimonianza nel corso del dibattimento o al controesame, giacché una soluzione diversa – incompatibile con i diritti dei testimoni e delle vittime – permetterebbe all'accusato di trarre beneficio dai patemi d'animo da lui stesso cagionati (§ 123). In quest'ipotesi il bilanciamento propende, quindi, per la tutela del teste: in seno al precedente *Jerinò c. Italia* (Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 7 giugno 2005) i Giudici di Strasburgo, pur ravvisando la necessità di proteggere il dichiarante, non avevano, tuttavia, rinunciato a verificare la sussistenza di elementi idonei a riscontrare le dichiarazioni di un soggetto che, a causa delle pressioni subite dal fratello di un coimputato, s'era avvalso della facoltà di non rispondere, temendo per l'incolumità propria e della di lui famiglia (sul punto, cfr. LONATI, *Il diritto dell'accusato*, cit. 362 ss.). Nel caso in cui, invece, la ritrosia del dichiarante non possa essere collegata direttamente ad atteggiamenti minacciosi provenienti dall'imputato o da soggetti interposti, ferma l'impossibilità d'attribuire rilevanza a paure meramente soggettive, spetterà ai giudici nazionali accertare la sussistenza di fondamenti oggettivamente idonei a giustificare i suddetti timori (§ 124).

¹⁶¹ L'autorità giudiziaria – chiosa la Corte –, prima di rinunciare all'ascolto del teste, deve, infatti, sempre propendere per la ricerca di soluzioni alternative, funzionali alla salvaguardia del contraddittorio, pur tutelando il dichiarante. Si veda a questo proposito la recente Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 15 ottobre 2013, *Şandru c. Romania*, ov'è stata ravvisata una violazione del diritto al controesame, oltre che dell'equità processuale, a seguito della condanna del ricorrente per violenza sessuale di gruppo posta in essere ai danni di una minore ch'egli non aveva mai avuto occasione d'interrogare. I *dicta* di costei costituivano senz'altro una prova determinante a carico dell'imputato. L'autorità giudiziaria aveva rinunciato ad assumere l'esame della persona offesa in assenza di una comprovata situazione di fragilità psichica e senza tentare nemmeno l'attivazione dei meccanismi previsti dall'ordinamento rumeno a tutela del dichiarante debole (§ 64).

¹⁶² Ampiamente, sul punto, CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1450 ss.

tegorie volutamente indeterminate quali le “rigide garanzie procedurali”: attraverso quest’espedito, il Collegio strasburghese potrà paradossalmente garantire una maggiore coerenza alle proprie scelte, evitando d’incorrere in apparenti contraddizioni che altro non sono se non conseguenze delle peculiarità caratterizzanti la singola fattispecie¹⁶³.

La Grande Camera ha, infatti, propeso per l’equità del procedimento relativo al caso *Al-Khawaja*. La vicenda afferiva alla condanna di un medico accusato di aver compiuto abusi sessuali su due pazienti in stato d’ipnosi: la prima vittima, dopo avere reso dichiarazioni in fase d’indagine, s’era suicidata. In dibattimento era stata data lettura dei suoi *dicta* ed erano stati ascoltati due amici che, *de relato*, avevano riferito quanto confidato da costei. Erano emerse, tuttavia, notevoli similitudini tra l’episodio relativo al teste assente – ricostruito sulla base degli elementi suddetti – e quello che aveva interessato la seconda vittima, non collusa con la prima, la quale era stata sottoposta, invece, a *cross examination* (§ 156). Si poteva, infine, ritenere che la giuria – grazie alle istruzioni impartite dal giudice, che aveva posto l’accento sulla carenza del controesame e dell’immediatezza – fosse stata in grado di attribuire a tale prova una limitata efficacia dimostrativa (§ 157). Siffatte cautele, unitamente alle prove offerte dall’accusa a sostegno del narrato della persona offesa¹⁶⁴, avevano consentito all’organo giudicante di addivenire ad una valutazione «equa e corretta» del contributo irripetibile: queste garanzie erano apparse, dunque, sufficienti a controbilanciare i rischi insiti nell’acquisizione del dato spurio (§ 158)¹⁶⁵.

¹⁶³ Sul punto, cfr. anche, CONTI, *La lettura di atti per impossibilità sopravvenuta*, cit., 475 ss.

¹⁶⁴ Il compendio probatorio sottoposto al *visus* del giudice constava anche di altri elementi: nel corso del processo era stata, infatti, acquisita una lettera del medico curante la prima vittima, indirizzata alla dirigenza dell’ospedale, in cui venivano riportate le accuse nei confronti dell’imputato. Quanto al secondo episodio criminoso, erano stati ascoltati anche l’agente di polizia che aveva condotto le indagini, oltre ad altre due pazienti che avevano affermato di aver ricevuto “proposte indecenti” da parte dell’imputato nel corso delle sedute (§ 14). Il giudice, in particolare, aveva esortato la giuria a valutare la possibilità di un accordo tra le quattro donne e, in caso di responso negativo, a chiedersi se fosse possibile che costoro avessero, indipendentemente le une dalle altre, inventato analoghe calunnie o soffrissero di simili allucinazioni o di falsi ricordi (§ 18).

¹⁶⁵ Ad una soluzione opposta è pervenuta, invece, la Corte in ordine al caso Tahery: nel corso di un diverbio, un soggetto era stato accoltellato alle spalle, senza scorgere però chi fosse l’aggressore; un unico testimone oculare, tra quelli presenti, aveva riferito di aver scorto l’imputato scagliare il fendente: tali statuizioni erano state lette in dibattimento, poiché il dichiarante, a causa di minacce successivamente ricevute, aveva rifiutato di rendere testimonianza. La Corte di Strasburgo ha ravvisato la violazione dell’art. 6, §§ 1 e 3, lett. d) della Convenzione: nonostante l’imputato fosse stato posto nelle condizioni di contestare i *dicta*, fornendo la propria versione dei fatti o chiamando a deporre altri testimoni presenti sul luogo del delitto ed il giudice avesse ammonito la giuria affinché valutasse con prudenza le dichiarazioni lette (§ 161), non erano ravvisabili, nel caso di specie, sufficienti fattori atti a bilanciare i *deficit* difensivi. Il ricorrente non aveva, infatti, avuto modo di verificare in contraddittorio la veridicità e l’attendibilità

Sembrano, dunque, funzionali a testare l'attendibilità delle dichiarazioni predibattimentali tanto i fatti secondari e le testimonianze indirette, quanto gli istituti che costellano il procedimento probatorio: questi elementi concorrono, in ultima analisi, a fondare l'equità complessiva della procedura¹⁶⁶.

Lungi, tuttavia, dal cristallizzare una regola valutativa universalmente fruibile, la Corte europea, anche all'indomani della suddetta pronuncia, ha confermato il suo approccio gradualistico, con una diversità d'esiti determinata dalle concrete specificità della vicenda. Nel caso *Gani c. Spagna*¹⁶⁷, ad esempio, i giudici europei hanno propeso per il rispetto dei canoni di cui all'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), C.e.d.u. nel corso di un procedimento concernente diversi capi d'imputazione, tra cui il sequestro di persona e la violenza sessuale ai danni dell'ex compagna del ricorrente: costei – prelevata dall'imputato mentre si trovava in compagnia di un terzo, quindi sequestrata ed abusata sessualmente – non era riuscita a rendere una completa deposizione in dibattimento, a causa del sopraggiungere di un c.d. trauma da processo, medicalmente accertato. Le dichiarazioni fornite dalla vittima nel corso delle indagini, successivamente acquisite, costituivano prova decisiva della sola porzione di fatti svoltisi mentre ella si trovava alla mercé del proprio aggressore. Attesa la legittimità dei motivi che avevano indotto i giudici nazionali a rinunciare all'escussione della persona offesa, la Corte nota che quest'ultima era già stata ascoltata da un giudice nella fase investigativa e che l'imputato aveva ritenuto di non partecipare all'intervista¹⁶⁸. Il ricorrente aveva comunque potuto prendere posizione in ordine alle dichiarazioni lette in dibattimento; il risultato del contributo così acquisito era stato, quindi, posto in comparazione rispetto alla ricostruzione fattuale fornita dall'accusato ed alla parziale deposizione della vittima. Particolare riguardo era stato attribuito anche agli elementi di riscontro: i certificati medici attestavano la presenza di traumi fisici e psicologici compatibili con l'accaduto; la donna, una volta lasciata libera, indossava vestiti appartenenti al reo. Alla luce di tali rilievi

delle dichiarazioni rese dal teste assente, che costituivano prova decisiva (§ 162).

¹⁶⁶ Parla, non a caso, di «un approccio globale e multicriteriale, che mescola (e confonde) fattori non omogenei», BIRAL, *L'overall examination*, cit., 208; cfr., anche, HOYANO, *What is Balanced on the scales of Justice?*, cit., 22.

¹⁶⁷ Per la massima ed un commento alla già citata pronuncia, con riferimento anche a Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 22 novembre 2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*, cfr. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2837 ss.

¹⁶⁸ La giurisprudenza europea generalmente ammette che si possa rinunciare alle garanzie sancite dalla Convenzione, purché il ricorrente abbia abdicato alle stesse in termini non equivoci – anche se per *facta concludentia* – e ciò non abbia contrastato con un interesse pubblico rilevante (cfr., sul punto, Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 5 dicembre 2002, *Craxi c. Italia*, § 91, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1437 ss.).

i giudici europei hanno, dunque, ritenuto che le dichiarazioni accusatorie fossero state ponderate con le dovute cautele.

Ad un'opposta soluzione è, invece, giunta la Corte e.d.u., all'esito della più recente pronuncia *Lučić c. Croazia*¹⁶⁹: accusato di violenza sessuale da una persona successivamente non comparsa in giudizio, l'imputato - il quale aveva sempre negato gli addebiti, asserendo, al contrario, che la donna fosse stata consenziente - era stato condannato soprattutto sulla scorta delle sommarie informazioni rese dalla presunta vittima nella fase d'indagine. Il ricorrente non aveva, tuttavia, preso parte all'intervista, non essendo stato informato a riguardo. Gli ulteriori elementi di riscontro erano privi di valenza risolutiva: alcuni testimoni avevano, infatti, potuto riportare quanto riferito dalla persona offesa in ordine ai fatti, descrivendo lo stato d'animo da lei manifestato a ridosso degli stessi; le indagini psichiatriche e ginecologiche sulla donna avevano escluso la presenza di traumi compatibili con l'accaduto; accertamenti clinici sull'imputato avevano rilevato la presenza di lesioni aspecifiche, solo eventualmente ricollegabili alla vicenda. Ritenuto che l'irreperibilità del teste non fosse addebitabile all'autorità nazionale - che, al contrario, aveva effettuato uno sforzo ragionevole per assicurarne la presenza nel dibattimento - i giudici europei hanno, tuttavia, concluso che, in assenza di gravi e precisi riscontri, le corti di merito non avrebbero potuto analizzare compiutamente le dichiarazioni della vittima senza sottoporla a *cross examination*.

Dubbia è l'opportunità di cristallizzare le singole decisioni in una sorta di linee guida: come è stato, infatti, condivisibilmente affermato, «le interpretazioni della Corte rappresentano autorevolissimi precedenti, sulla cui base si può facilmente pronosticare la sorte di analoghi casi», tuttavia «la lettura della Convenzione svolta dai giudici europei è inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un giuoco di reciproco condizionamento tra caso e legge; ed è estremamente rischioso proiettarla fuori dal contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa»¹⁷⁰. Quel che parrebbe semmai astraiabile dalla lettura delle pronunce è - oltre alla *ratio decidendi* che sorregge il dispositivo - il *modus operandi* del giudice strasburghese¹⁷¹. Su questa tematica almeno

¹⁶⁹ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2014, *Lučić c. Croazia*.

¹⁷⁰ Tale è l'opinione di FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 121.

¹⁷¹ Ineccepibile, sul punto, ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro. it.*, 2012, V, 31, ove si legge: «lo scopo delle sentenze della corte europea va dunque ben aldilà della semplice soluzione delle controversie portate al suo esame. Ma è difficile trarre dalla giurisprudenza casistica della corte europea indicazioni vincolanti per gli Stati di natura "generale e astratta" come sono o vorrebbero essere le leggi. Certo dalle sentenze, specialmente

una notazione è d'obbligo. La Corte europea sembra avere enfatizzato la tendenza ad un'autonoma valutazione degli elementi caratterizzanti la fattispecie¹⁷². Tale analisi avviene in forza di un procedimento a formazione progressiva: i Giudici muovono, infatti, dal vaglio delle ragioni che hanno determinato l'assenza del teste; alla nota prova di resistenza, che segue la fase precedente¹⁷³, s'affianca ora un momento ulteriore in cui vengono esaminati il residuo compendio probatorio ed i meccanismi procedurali. Sulla scorta di questi dati la Corte - astenendosi dal formulare una propria statuizione sul merito - attesta se le autorità nazionali fossero state nelle condizioni di sondare efficacemente il contributo irripetibile¹⁷⁴.

5. Gli approdi della Cassazione

Giunti alla conclusione del presente *excursus*, giova soffermarsi brevemente sulle modalità con cui la Suprema Corte ha recepito gli insegnamenti dei giudici di Strasburgo.

se considerate nel loro insieme, si traggono *rationes decidendi* che assumono il valore di indicazioni vincolanti (anche per la stessa corte, per il contenuto che esse hanno di preannuncio di conformi decisioni future), ma ciò che deve ricavarsi dalla giurisprudenza della Corte europea è soprattutto il metodo che essa adotta. Si tratta delle considerazioni del caso concreto dell'individuo ricorrente in tutte le sue particolarità, in modo da assicurargli una protezione "concreta ed effettiva".

¹⁷² Esplicitamente in tal senso, oltre al già citato precedente Tseber c. Repubblica Ceca (§ 54), anche Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 9 luglio 2013, Sică c. Romania, (§ 65). Entrambe le decisioni esprimono il principio secondo cui, al fine di valutare quale sia stato il peso effettivo giocato dalle prove sul giudizio di colpevolezza, «*il ne s'agit pas de tenir compte de l'ensemble des preuves examinées par les tribunaux, il faut rechercher quelles sont celles sur lesquelles repose effectivement la condamnation et donc quels sont les différents éléments constitutifs de l'infraction pour laquelle l'accusé a été condamné et de la responsabilité pénale de celui-ci*». Si veda, a questo proposito, anche Id., Sez. III, 7 gennaio 2014, Prăjină c. Romania.

¹⁷³ L'analisi della Corte potrebbe, tuttavia, concludersi nella prima fase, laddove questa abbia un esito negativo. Particolarmente significativo è, infatti, l'approccio seguito nella recente Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 16 ottobre 2014, Suldin c. Russia: richiamato il principio per cui la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. d), può sussistere anche indipendentemente dalla decisività delle dichiarazioni unilaterali, qualora non siano ravvisabili valide ragioni per rinunciare all'escussione dibattimentale del teste (§ 54), la Corte europea ritiene vulnerate le norme in esame a seguito della mancata audizione di un soggetto che, in fase d'indagine, aveva reso delle statuizioni, tra loro non collimanti, in merito al coinvolgimento del ricorrente in parte della vicenda. Il vaglio dei giudici, nel caso di specie, si arresta ad un mero *test* di rilevanza del contributo unilaterale (§ 57): non ravvisando motivi idonei a giustificare l'assenza del dichiarante al processo, la Corte non ritiene nemmeno di sondare la concreta incidenza della prova spuria sulla decisione (§ 58). Cfr., sul punto, AIMI, CASIRAGHI, *Monitoraggio Corte Edu Ottobre 2014*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁷⁴ Sul punto, cfr., anche, Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 17 settembre 2013, Brzuszcyński c. Polonia.

L'approccio europeo al principio dialettico rivela una prospettiva trasversale rispetto a quella seguita dal legislatore costituente: il nostro ordinamento subordina l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali alla sussistenza delle eccezioni alla c.d. regola aurea, enumerate dall'art. 111, co. 5, della Carta; il *case law* strasburghese focalizza, viceversa, l'attenzione sull'effettiva possibilità di controesaminare i testimoni nel corso dell'intero procedimento penale, oltre che sulla concreta incidenza dei contributi unilaterali sulla pronuncia di condanna. All'indomani della nota decisione *Al Khawaja e Thaery* c. Regno Unito anche la Corte e.d.u., come s'è visto, ha cominciato a porre l'accento sulle cause idonee a derogare al contraddittorio¹⁷⁵: eventuali frizioni tra i due sistemi potrebbero, tuttavia, astrattamente permanere soprattutto sotto il profilo valutativo, giacché l'ordinamento italiano non prevede regole atte a mitigare l'efficacia probatoria delle dichiarazioni irripetibili¹⁷⁶.

Un'operazione di raccordo tra i due universi è stata compiuta dalla Suprema Corte. Il Giudice di legittimità è, infatti, approdato ad un'esegesi convenzionalmente orientata dell'impianto codicistico, sulla scorta del principio d'interpretazione conforme alle norme C.e.d.u. - ed alla lettura fornitane dalla Corte di Strasburgo¹⁷⁷ - sancito dalla Consulta nelle sentenze gemelle del 2007¹⁷⁸ e sostanzialmente riaffermato nelle decisioni epigone¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Sul punto, CASIRAGHI, *Testimoni assenti*, cit., 3124.

¹⁷⁶ Sul punto, UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 373 ss. Secondo FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 202 ss., l'attenuazione dell'idoneità dimostrativa delle dichiarazioni irripetibili deriva dalla regola - implicitamente sancita dalla Convenzione europea, così come dalla Costituzione - dell'oltre ogni ragionevole dubbio: per tale ragione non v'è alcuna necessità d'interventi volti a manipolare l'art. 192 c.p.p. ovvero le norme che ammettono la lettura di dichiarazioni unilaterali. Cfr., anche, MAZZA, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio prescostituito*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2011, 1539: a detta dell'Autore la regola «secondo cui la condanna non può fondarsi esclusivamente o principalmente su dichiarazioni di un soggetto che la difesa non ha mai potuto esaminare, è già direttamente desumibile dall'art. 111, co. 3, Cost. che recepisce quasi letteralmente il disposto dell'art. 6, co. 3, lett. d), C.e.d.u.».

¹⁷⁷ Sull'efficacia vincolante delle pronunce della Corte europea si veda l'interessante dibattito tra i Professori Paolo Ferrua e Giulio Ubertis: oltre ai contributi precedentemente citati cfr., altresì, FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assettamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *questa Rivista*, 2008, 3, 9 ss.; UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 19 ss.; ID., *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 863 ss.

¹⁷⁸ Corte cost., n. 348 del 2007; Id., n. 349 del 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 2279 ss., con nota di PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*.

¹⁷⁹ Sul punto, cfr. PARODI, *Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto. La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Rass. for.*, 2012, 523 ss.; VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di*

Una specifica funzione di *trait d'union* tra il processo penale italiano ed il sistema delle garanzie europee sembra essere giocata dall'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. Il ruolo della norma in commento viene ricostruito nella pronuncia delle Sezioni unite n. 27918 del 2011, che affronta il tema dell'acquisizione e della valutazione delle dichiarazioni irripetibili: come è stato detto, il percorso ermeneutico sviluppato trova molteplici puntelli nella regola espressa dalla seconda parte dell'art. 111, co. 4, Cost., successivamente inclusa nel dettato codicistico¹⁸⁰. La norma in esame viene, tuttavia, utilizzata senza sciogliere i dubbi sollevati in sede dottrinale e giurisprudenziale attorno alla sua valenza¹⁸¹: la Cassazione definisce, in effetti, in prima battuta, la nozione dell'"oggettiva impossibilità", escludendo che la scelta di sottrarsi al dibattimento, frutto dell'autodeterminazione del dichiarante, possa legittimare una deroga al contraddittorio. La soluzione appare in linea con gli orientamenti del Giudice delle leggi: nella sentenza n. 440 del 2000 la Consulta aveva, infatti, delimitato i confini delle eccezioni alla c.d. regola aurea, con specifico riferimento al precetto enunciato dall'art. 111, co. 4, secondo periodo, Cost. Il comportamento del teste sembrerebbe, quindi, idoneo ad impedire la lettura del contributo unilaterale. Le Sezioni unite, tuttavia, erano state in quella sede chiamate anche a stabilire se, ai fini dell'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p., occorra la specifica volontà del dichiarante di sottrarsi al contraddittorio o se, al contrario, sia sufficiente quella di rimanere assente, in forza di una qualsiasi libera scelta. Nel propendere per la soluzione più ampia, allo scopo di dilatare la portata applicativa della norma, il Collegio pare ritenere che la disposizione esprima una regola di esclusione probatoria: se così fosse, detto canone sarebbe destinato ad operare successivamente alla lettura acquisitiva che rimarrebbe, dunque, impregiudicata dalle ragioni dell'irripetibilità¹⁸².

Strasburgo tra "guerra" e "dialogo". Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁸⁰ Quasi testualmente, PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., 413.

¹⁸¹ Si veda, sul punto, l'articolata analisi critica di Busetto, *Il dibattimento penale. Quattro fotogrammi tra rito ordinario e sistema del giudice di pace*, Trento, 2012, 31 ss.; cfr., anche, Ferrua, *Dalla procedura al processo*, in *Giust. pen.*, 2014, III, 4.

¹⁸² In argomento si veda anche, Daniele, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1008 ss. Cfr. la successiva Cass., Sez. I, 19 aprile 2013, L., in *Guida dir.*, 2013, 40, 92: in relazione agli artt. 111, co. 4, seconda parte, Cost. e 526, co. 1-*bis*, c.p.p., la Corte chiosa correttamente che «entrambe le norme suddette circoscrivono l'ambito di operatività dell'art. 512 c.p.p., co. 1, nel senso che non può darsi lettura di una dichiarazione assunta in fasi antecedenti il dibattimento ed in assenza di contraddittorio, quando l'irripetibilità sopravvenuta dipenda da una libera e volontaria scelta del dichiarante. In tal caso, la "soggettività" della mancata ripetizione dell'atto integra una violazione del diritto al confronto fin dal momento della formazione della prova.

La soluzione corretta sembrerebbe conciliare le due impostazioni: come è stato giustamente osservato, il comportamento del teste incide *in primis* sull'oggettività della mancata ripetizione, escludendo la lettura del precedente quando l'impossibilità di attuare il contraddittorio sia addebitabile a costui; la norma in esame, tuttavia, può fungere altresì da garanzia finale valevole per tutte le ipotesi in cui il diritto al confronto, pur formalmente rispettato, non abbia ricevuto puntuale attuazione¹⁸³.

Quel che rileva maggiormente in questa sede è, tuttavia, la ricerca, da parte della Suprema Corte, di un'integrazione tra la struttura italiana del giusto processo e la c.d. *sole or decisive rule*, elaborata in sede europea¹⁸⁴. Tale regola «che pone un criterio di valutazione della prova dichiarativa legittimamente acquisita» è logicamente successiva a quella di cui all'art. 111, co. 5, Cost. la quale afferisce, invece, «alla formazione ed acquisizione della prova» stessa. Un rapporto di complementarità sembrerebbe, infine, ravvisarsi tra l'elaborazione della Corte e.d.u. e l'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p.: quest'ultimo, infatti, «pone una determinata tutela per l'imputato, ma non esclude che una tutela più estesa possa essere ricavata da norme diverse»¹⁸⁵. Siffatta prospettiva permea l'intero assetto codicistico: in forza di un'interpretazione sistematica del principio del

Affinché il dettato costituzionale trovi realizzazione sotto il profilo dell'«oggettività» è necessario, dunque, che alla base dell'impossibilità di ripetere la dichiarazione in dibattimento non vi sia una scelta soggettiva del dichiarante». Conserva, invece, le medesime ambiguità in cui sono incorse le Sezioni unite, Id., Sez. III, 10 dicembre 2013, F., in *Mass. Uff.*, n. 4342.

¹⁸³ Così, CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico*, cit., 240 ss. Secondo l'Autore, l'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p. potrebbe, infatti, assumere rilevanza non soltanto nelle ipotesi di cause oggettive d'irripetibilità (es. morte) anteriormente alle quali vi fossero stati dinieghi di confronto da parte del teste, ma anche nel caso di reticenze di quest'ultimo in sede di controesame. Ampiamente, sul punto, anche VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 164 ss.

¹⁸⁴ Si vedano, in argomento, le riflessioni critiche di DEL COCO, *L'utilizzabilità contra reum delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio da persona residente all'estero*, in *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, a cura di Del Coco, Pistoia, Bari, 2014, 81 ss.

¹⁸⁵ Così la nota pronuncia delle Sezioni unite n. 27918 del 2011, da cui sono tratte anche le precedenti citazioni. Si vedano anche le note di BALSAMO, «Processo equo» e utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei testimoni assenti: le divergenti tendenze interpretative della Corte di Cassazione italiana e della Corte Suprema del Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2011, 4494 ss. e di SILVESTRI, *Le Sezioni Unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persone residenti all'estero*, in *Cass. pen.*, 2012, 872 ss.

contraddittorio nella formazione della prova e del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹⁸⁶, la Cassazione estende ai contributi irripetibili le regole valutative invalse in materia di chiamata in correità e di testimonianza della persona offesa o danneggiata dal reato¹⁸⁷.

L'approccio maggiormente fluido, manifestato dalla Corte di Strasburgo all'indomani del precedente *Al-Khawaja e Thaeryc*. Regno Unito, sembra aver reso ormai inattuali i dubbi afferenti al rispetto della c.d. *sole or decisive rule*, causati dalla minore attitudine dimostrativa - e dalla diversa funzione - del "riscontro" rispetto alla "prova"¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Un'ulteriore via percorribile consente d'interpretare l'art. 526, co. 1-*bis*, e comunque l'art. 512 c.p.p., traendo una regola che impedisca di fondare una condanna unicamente su dichiarazioni irripetibili, quantunque assunte in conformità al dettato costituzionale: *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 15 giugno 2010, R., in *Mass. Uff.*, n. 248052.

¹⁸⁷ Più corretto sarebbe stato il riferimento all'elaborazione giurisprudenziale in materia di testimonianza della sola parte civile, atteso che, come s'è visto poc'anzi, la Suprema Corte continua ad escludere la necessaria sussistenza di elementi a conferma del narrato della vittima: da ultimo, Cass., Sez. III, 16 maggio 2014, G., in *Mass. Uff.*, n. 30563.

¹⁸⁸ Ancora, UBERTIS, *La Corte di Strasburgo*, cit., 375 e FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi "assenti"*, cit., 396.