

## NOTE A SENTENZA

---

Corte di giustizia dell'Unione europea. Sentenza 21 dicembre 2011, causa C-507/10, X.

Domanda di pronuncia pregiudiziale, Tribunale di Firenze. – Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. – Decisione-quadro 2001/220/GAI. – Posizione della vittima nel procedimento penale. – Tutela delle persone vulnerabili. – Audizione di minori in qualità di testimoni. – Incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova. – Rifiuto del pubblico ministero di chiedere al giudice per le indagini preliminari di procedere a un'audizione.

Gli art. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione-quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che non ostano a disposizioni nazionali, come quelle di cui agli art. 392, c. 1 *bis*, 398, c. 5 *bis*, e 394 c.p.p., 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.

(La sentenza è attualmente reperibile in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).)

### **La tutela delle vittime dei reati nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: un difficile equilibrio tra gli interessi della vittima vulnerabile ed i diritti dell'indagato**

1. – La Corte di giustizia è chiamata nuovamente a pronunciarsi su di un caso relativo all'interpretazione di un atto della cooperazione penale europea, la decisione-quadro 2001/220/GAI del Consiglio, sulla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001 (in *G.U.C.E.* L 82, 22-3-2001, 1 ss. Si segnala che la Commissione ha formulato una proposta di direttiva che abroga e sostituisce tale decisione-quadro, cfr. COM(2011)275, del 18-5-2011). La pronuncia della Corte del 21 dicembre 2011, causa C-507/10, X (non ancora pubblicata in *Raccolta*) è la più recente di una serie di sentenze interpretative della decisione-quadro 2001/220 sulla posizione delle vittime nel procedimento penale (*ex multis* Corte giust., sent. 16-6-2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc.*, I-5285; sent. 28-6-2007, causa C-467/05, *Dell'Orto*, in *Racc.*, I-5557; sent. 9-10-2008, causa C-404/07, *Katz*, in *Racc.*, I-7607; sent. 21-10-2010, causa C-205/09, *Eredics*, non pubblicata in *Raccolta*; sent. 15-9-2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Gueye*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

Si rammenta che l'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime dei reati si inserisce nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale (cfr. S. Manacorda, *Le programme pour une politique pénale de l'Union entre mythe et réalité*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, 935 ss.; C. Amalfitano, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 643 ss.) e che tale forma di cooperazione, com'è noto, nasce dalla necessità di contrastare quei fenomeni di criminalità che, in qualche modo, possono essere favoriti dall'abolizione delle frontiere nazionali e, d'altro canto, viene promossa anche a tutela dei singoli che all'interno del territorio dell'Unione circolano liberamente e devono essere tutelati anche in Stati membri diversi da quello di origine.

In ragione di tali esigenze con il Trattato di Lisbona la cooperazione giudiziaria penale confluisce nel Titolo V del TFUE, rubricato «Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia» in cui, com'è noto, vi è la compresenza di disposizioni relative alla cooperazione giudiziaria tra Stati membri del settore sia civile, inerente la politica dei visti, asilo e immigrazione, che penale. Ai sensi dell'art. 82 TFUE (in *G.U.U.E.* C 83, 30-3-2010, 47), il Parlamento ed il Consiglio adottano atti normativi deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria nel settore penale, quindi emanano gli atti tipici del "metodo comunitario", i regolamenti, le direttive, le decisioni ex art. 288 TFUE.

Va precisato che, proprio in forza della menzionata connessione stringente tra le esigenze di

cooperazione giudiziaria e le caratteristiche del mercato interno, ed in particolare quelle inerenti la libertà di circolazione degli individui, l'arsenale normativo predisposto dalle istituzioni europee a tutela delle vittime dei reati non si esaurisce nel campo penale ma, in base al principio di coerenza delle politiche dell'Unione, inteso in senso orizzontale, cioè tra i diversi settori di cui si occupa l'Unione, si compone altresì di disposizioni di tipo civilistico. Basti qui menzionare la direttiva 2004/80/CE del Consiglio, sull'indennizzo delle vittime di reato, del 29 aprile 2004 (in *G.U.U.E.* L 261, 6-8-2004, 15), che completa quanto al regime di indennizzo della vittima la citata decisione-quadro 2001/220 (v. S. Campailla, *L'impossibilità per le vittime di reato di costituirsi parte civile nel processo agli enti nell'ottica della disciplina europea sulla tutela della persona offesa*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, 49 ss.; per questioni attinenti alla dir. 2004/80 cfr. R. Mastroianni, *Un inadempimento odioso e persistente: la Direttiva comunitaria sulla tutela delle vittime dei reati*, in *Quad. cost.*, 2008, 406 ss.; M. Condinanzi, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, 2010, 3063 ss.); nonché la proposta di regolamento COM(2011)276 definitivo, del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile, del 18 maggio 2011, in via di adozione, (reperibile su [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)), che si presenta come complementare alla disciplina predisposta dalla recente direttiva 2011/99/UE del Parlamento e del Consiglio, sull'ordine di protezione europeo, del 13 dicembre 2011 (in *G.U.U.E.* L 338, 21-12-2011, 2).

Come accennato, la pronuncia in epigrafe è solo l'ultima di una serie di sentenze interpretative della decisione-quadro 2001/220, in quanto è evidente che la mancata previsione del ricorso per infrazione in relazione alle decisioni-quadro (che si protrarrà fino alla fine del periodo transitorio, 1 dicembre 2014, cfr. art. 10, protocollo 36, allegato ai trattati) ha determinato un diffuso inadempimento e la necessità di ricorrere alla Corte al fine di chiarire la portata di tali obblighi che sono spesso inattuati negli ordinamenti nazionali, ma pur sempre contenuti in atti normativi in vigore, pertanto produttivi di taluni effetti giuridici.

In particolare, con riguardo all'Italia va osservato che, mentre in un primo momento il Governo ha comunicato alla Commissione europea di non ritenere necessaria una misura di attuazione *ad hoc* di detta decisione-quadro, poiché nell'ordinamento interno già esistevano norme preesistenti corrispondenti alla tutela della vittima (v. SEC(102) del 3-2-2004, COM/2004/0054 def., Relazione della Commissione sulla base dell'art. 18 della decisione-quadro del Consiglio del 15-3-2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale), successivamente il legislatore italiano ha inserito nella legge comunitaria 2009 (legge 4 giugno 2010, n. 96, art. 53) una delega al Governo per l'attuazione della decisione-quadro 2001/220. Il Governo non ha dato seguito alla delega per cui la decisione-quadro risulta ancora non recepita. Pertanto, restano aperte una serie di questioni relative alla compatibilità della normativa interna con la decisione-quadro in parola che la Corte è chiamata a risolvere.

2. – L'oggetto specifico della sentenza della Corte di giustizia, del 21 dicembre 2011, che qui si annota è un rinvio pregiudiziale da parte del Gip di Firenze, che con ordinanza del 25 ottobre 2010 rinviava alla Corte di giustizia per ottenere l'interpretazione degli art. 2, 3, 8, della decisione-quadro 2001/220.

Quanto ai fatti di causa, in estrema sintesi, si ricorda che la sig.ra Z denunciava il sig. X accusandolo di aver commesso nel 2007 atti sessuali (reato contemplato dall'art. 609 *quater* c.p.) nei confronti della loro figlia Y che all'epoca aveva 5 anni. Nel corso delle indagini preliminari la minore veniva sentita più volte da esperti. Al termine delle audizioni il pubblico ministero (di seguito PM) chiedeva al Gip l'archiviazione della causa. La difesa della minore Y a questo punto si opponeva ed il Gip fissava un'udienza in camera di consiglio, secondo il codice di rito, per consentire alle parti di esprimersi su tale richiesta e sollecitare ulteriori indagini o il rinvio a giudizio. La difesa della minore Y chiedeva al PM di sentire la bambina come testimone in incidente probatorio ai sensi dell'art. 394 c.p.p. L'incidente probatorio, com'è noto, consente, in determinati casi tassativamente elencati nell'art. 392 c.p.p., nella fase delle indagini preliminari di assumere la testimonianza senza dovere ripetere l'audizione nella successiva fase dibattimentale. Com'è noto la persona offesa, che nel nostro codice di rito si identifica con la vittima del reato (art. 90-95 c.p.p.), può avanzare richiesta al PM di promuovere presso il Gip l'incidente proba-

torio. La richiesta formale spetta dunque al PM e non alla vittima. Nonostante il PM presentasse una nuova richiesta di archiviazione il Gip, raccolto il “consenso” del PM sulla domanda della minore di procedere all’incidente probatorio, ne disponeva l’esecuzione.

Il sig. X ricorreva in Cassazione ed otteneva, con sentenza della terza sezione, del 27 maggio 2010, n. 23930, l’annullamento senza rinvio dell’ordinanza del Gip. Venivano così annullati anche tutti gli atti diretti all’esecuzione dell’incidente probatorio che nel frattempo era stato esperito dal Gip. La Cassazione riteneva che, poiché il consenso del PM era stato sollecitato dal Gip dopo e al di fuori della camera di consiglio (quindi al di fuori del contraddittorio) non equivaleva alla richiesta del PM di incidente probatorio esplicitamente prevista dall’art. 393 c.p.p. Pertanto, l’incidente probatorio era stato disposto sostanzialmente d’ufficio dal Gip in violazione del codice di rito, dunque la relativa ordinanza era da considerarsi atto “abnorme”. Il PM chiedeva nuovamente l’archiviazione nel luglio 2010; il Gip fissava nuova udienza camerale ed in tale udienza la difesa della minore Y reiterava la propria richiesta di essere sentita in incidente probatorio. Il PM non recedeva dalla sua richiesta di archiviazione del caso. Al termine di questo braccio di ferro il Gip rinviava alla Corte di giustizia il seguente quesito pregiudiziale: «Gli art. 2, 3, 8 della decisione quadro 2001/220 ostano ad una legislazione nazionale (quali gli art. 392 comma 1 *bis*, c.p.p. «incidente probatorio»; 394 c.p.p. «richieste della persona offesa»; 398 c.p.p. «provvedimenti sulla richiesta di incidente probatorio») che, da un lato, non obbliga il PM a dar seguito alla domanda di una vittima di procedere all’incidente probatorio e, dall’altro, non consente alla vittima di ricorrere davanti ad un giudice in caso di rifiuto del PM di accogliere la domanda?».

3. – La Corte di giustizia interpreta gli art. 2, 3, 8 della decisione-quadro 2001/220 i quali impongono agli Stati di assicurare che le vittime dei reati ricevano un trattamento rispettoso della dignità personale nel corso del procedimento e che le vittime particolarmente vulnerabili ricevano un trattamento specifico adeguato alla loro condizione (art. 2); possano essere sentite e possano fornire elementi di prova e siano interrogate solo per quanto sia necessario al processo (art. 3); che sia garantito alle vittime particolarmente vulnerabili un trattamento atto a proteggerle dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica; ovvero che siano predisposte forme speciali di assunzione della testimonianza in linea con i principi fondamentali dell’ordinamento interno (art. 8).

Tali disposizioni non prescrivono in dettaglio quali siano i mezzi di attuazione cui gli Stati debbano far ricorso, anzi si presentano come alquanto generiche. Lasciano quindi ampia discrezionalità agli organi nazionali (p.to 33 sent.) e, benché gli Stati membri debbano adottare misure specifiche a tutela della posizione della vittima nel processo penale, da ciò non deriva il diritto per la vittima di beneficiare «in qualunque ipotesi del regime dell’incidente probatorio» la cui richiesta al giudice spetta al PM, anche su richiesta della persona offesa, ovvero spetta alla persona indagata (art. 392, c. 1 *bis*, c.p.p. «incidente probatorio»).

Non solo. La Corte di giustizia aggiunge che un sistema come quello italiano che prevede che il PM decida in merito alla richiesta della persona offesa di procedere ad incidente probatorio non eccede il margine di discrezionalità concesso allo Stato dalla decisione-quadro (p.to 36 sent.). Anzi, la circostanza appena menzionata corrisponde alla logica di un sistema accusatorio in cui il PM è l’organo giudiziario incaricato dell’azione penale (p.to 37 sent). Inoltre, il nono *considerando* della decisione-quadro 2001/220 chiarisce che detto atto non intende imporre agli ordinamenti degli Stati membri di garantire un trattamento alle vittime dei reati equivalente a quello delle parti del procedimento (in tal senso cfr. Corte giust., sent. 15-9-2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, *Gueye e Salmerón Sánchez*, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

La Corte afferma, poi, che le disposizioni nazionali relative all’incidente probatorio discendono dai principi fondamentali dell’ordinamento interno che devono essere rispettati ai sensi dell’art. 8, n. 4, decisione-quadro 2001/220. Nel valutare la richiesta di incidente probatorio avanzata dalla vittima si deve tener conto della necessità di interpretare la decisione-quadro in maniera tale da rispettare i diritti fondamentali e pertanto, le autorità nazionali devono assicurare il rispetto di tali diritti ed evitare che lo svolgimento della procedura d’incidente probatorio sia tale da rendere “iniquo” il procedimento penale (p.to 38 sent.). In più, sottolinea la Corte, anche nella fase del dibattimento, come evidenziato dal Governo italiano, vi sono forme di assunzione protette della prova testimoniale che garantiscono la tutela

della vittima quali quelle che prevedono l'audizione a porte chiuse o l'assunzione della prova secondo le modalità previste dall'art. 398, c. 5 *bis*, c.p.p. (art. 472, c. 3 *bis* e 4, c.p.p.), egualmente garantiste dei diritti delle vittime vulnerabili.

Con riguardo alla seconda parte del quesito pregiudiziale, ossia se la decisione-quadro 2001/220 osta ad una norma interna che nega alla vittima di ricorrere ad un giudice contro il rifiuto del PM di chiedere l'incidente probatorio, la Corte afferma che la circostanza è in linea con il sistema che affida al PM la formulazione dell'accusa. Inoltre, la Corte ricorda come alla vittima sia riconosciuto il diritto di esprimere il proprio punto di vista nel procedimento penale, ma né la decisione-quadro 2001/220, né l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (rubricato «diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale») dell'Unione garantiscono ad essa il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo.

Pertanto, la Corte conclude nel senso che gli art. 2, 3, 8 della decisione-quadro non ostano alle disposizioni nazionali che, da un lato, non obbligano il PM a dar seguito alla domanda di una vittima di procedere all'incidente probatorio e, dall'altro, non consentono alla vittima di ricorrere davanti ad un giudice in caso di rifiuto del PM di accogliere la domanda.

4. – Nella pronuncia in epigrafe la Corte nell'interpretare la norma dell'Unione dichiara la disposizione italiana dell'incidente probatorio compatibile con la decisione-quadro 2001/220. Com'è noto la Corte si era già pronunciata sull'argomento, ma in relazione ad una fattispecie diversa nella sentenza *Pupino*, Corte giust., sent. 16-6-2005, causa C-105/03, cit. (tra gli altri cfr. V. Manes, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; M. Marchegiani, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, 563 ss.; E. Spaventa, *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, in *Eur. Con. L. Rev.*, 2007, 5 ss.).

In quest'ultima sentenza la Corte mettendo in luce una lacuna dell'ordinamento interno negli art. 392 e 398 c.p.p., esplicitamente autorizzava il giudice nazionale ad operare una manipolazione in senso additivo dell'elenco di ipotesi tassativamente previste dall'art. 392, c. 1 *bis* c.p.p., per consentire un ampliamento dei casi di incidente probatorio relativo ai minori vittime di reati e garantire loro una più ampia tutela in quanto vittime particolarmente vulnerabili ai sensi delle disposizioni della decisione-quadro (mi sia consentito rinviare a D. Savy, *Diritto giurisprudenziale: le interpretazioni "additive" della Corte di Giustizia nel diritto penale dell'Unione europea*, in T. Vassalli di Dachenhausen (cur.), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 817 ss.). La Corte, nella medesima sentenza si preoccupava altresì di ricordare al giudice nazionale che in forza dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla decisione-quadro 2001/220, l'applicazione delle norme del codice di rito non dovesse essere tale da aggravare la posizione dell'indagata e violare il diritto ad un equo processo ex art. 6 CEDU. Al contempo affermava che le disposizioni relative all'incidente probatorio non vertendo sulla portata della responsabilità penale dell'indagato, ma sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova (p.to 46 sent. *Pupino*) dovessero considerarsi neutre. In ragione di ciò la Corte, nel caso *Pupino* appena menzionato, si sbilanciava a favore del diritto della vittima vulnerabile. Il legislatore interno è poi intervenuto modificando il codice di rito con l'art. 9 della legge n. 38 del 23 aprile 2009.

Nella sentenza che si annota la Corte, viceversa, rispetto ad una fattispecie diversa, inerente il medesimo istituto processuale dell'incidente probatorio, ma in relazione alle modalità di richiesta dello stesso da parte del PM, ex art. 394 c.p.p., mostra necessariamente un maggior *favor* per il diritto dell'indagato. Infatti, rispetto alla questione del bilanciamento tra diritti dell'indagato e della vittima vulnerabile la Corte afferma che né la decisione-quadro 2001/220, né l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione garantiscono alla vittima il diritto di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo. In tal senso, nel caso di specie, alla Corte di giustizia è stato di ausilio un accertamento effettuato dalla Corte di cassazione (Corte cass. penale, sent. 23930/10, cit.). Infatti, la Cassazione ha stigmatizzato con forza la condotta del Gip che ha posto in essere un atto endoprocessuale definito "abnorme": invero violando le regole processuali ex art. 394 c.p.p., il Gip ha ottenuto un "consenso" del PM sulla richiesta di incidente probatorio avanzata dalla vittima, ma al di fuori del regolare contraddittorio in camera di consiglio, pregiudicando così il diritto alla difesa dell'indagato.

E se, da un lato, l'ordinamento dell'Unione tende ad assicurare la tutela della vittima e, viepiù della vittima vulnerabile evitando quello che può definirsi "vittimizzazione secondaria" del soggetto che ha subito il reato e subisce, altresì, un trattamento non rispettoso dei suoi diritti in sede processuale; dall'altro, anche all'indagato/accusato devono essere riconosciuti i propri diritti fondamentali. Pertanto, l'indagato/accusato non può essere pregiudicato in maniera tale da contrapporsi alla vittima vulnerabile quale accusato vulnerabile: circostanza questa paventata soprattutto da quella dottrina che ritiene che le tecniche di estrazione delle prove non siano neutre rispetto agli esiti delle stesse, contrariamente a quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pupino* (cfr. P. De Crescenzo, *Vittima vulnerabile ed accusato*, in A. Agnese, P. De Crescenzo, G. Fuga (cur.), *La tutela della vittima e le garanzie dell'imputato*, Roma, Aracne, 2011, 19 ss., spec. 21 s.).

Tuttavia, va considerato che nella fattispecie della sentenza X la questione non verte sulla neutralità o meno della tecnica di estrazione della prova, quanto piuttosto sulla palese violazione da parte del Gip delle disposizioni del codice di rito riguardanti la prova.

Inoltre, appare utile ribadire che le norme del codice di rito relative all'incidente probatorio discendono dai diritti fondamentali dell'ordinamento interno, i quali ai sensi dell'art. 8, n. 4, decisione-quadro 2001/220 devono essere rispettati, come riconosce la Corte di giustizia (p.to 38 sent.) e sono dettate in ossequio al principio dell'equo processo (riconosciuto dall'art. 6 CEDU), dunque, coerentemente il giudice nazionale nell'interpretarle deve operare un costante temperamento di interessi per assicurare la salvaguardia sia dei diritti della vittima che dell'indagato. Da quanto risulta, nel caso di specie, la condotta tenuta dal Gip nella fase antecedente al rinvio pregiudiziale non può dirsi certo rispettosa dei diritti dell'imputato. E, infatti, sia la Cassazione che la Corte di giustizia hanno statuito in senso convergente, l'una riconoscendo la violazione delle norme procedurali da parte del Gip, l'altra riconoscendo la conformità delle stesse norme interne rispetto alla decisione-quadro.

Infine, è interessante domandarsi come avrebbe dovuto agire il giudice nazionale qualora la Corte di giustizia avesse deciso in senso opposto, per la non conformità delle norme interne alla decisione-quadro, rilevando, secondo l'uso alternativo del rinvio pregiudiziale, un'eventuale incompatibilità degli articoli del codice di procedura penale. In tal caso, trattandosi di una norma di diritto dell'Unione priva di effetti diretti e non recepita nell'ordinamento interno, l'unica via offerta al Gip sarebbe stata quella di sollevare la questione di costituzionalità della disposizione del codice di rito, art. 394 c.p.p., per violazione degli art. 11 e 117 della Costituzione, in quanto la decisione-quadro è norma interposta (cfr. analogamente con riguardo alle direttive UE, la sentenza della Corte costituzionale del 26-1-2010, n. 28, reperibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e in dottrina, sulle norme interposte v. G. Tesaro, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 195 ss.) e dunque parametro di legittimità costituzionale per le norme nazionali.