

Rivista N°: 1/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 19/02/2019

AUTORE: Carlo Morselli*

È TEMPO DI DARE LA PAROLA ALLA PERSONA OFFESA DAL REATO NELLA DISCUSSIONE FINALE EX ART. 523 C. P. P. (RICONOSCIUTA ALL'IMPUTATO MA NON ALLA SUA VITTIMA NON COSTITUITA PARTE CIVILE), PASSIBILE DI UNA CENSURA DI INCOSTITUZIONALITÀ NELLA FORMULAZIONE ATTUALE

Sommario: 1. La persona offesa (dal reato) ambigenere: garanzia generale (il suo sapere ai fini dell'accertamento giudiziale) o tutela individuale all'interno del processo penale (accusa privata a fini riparatori)? 2. La partecipazione dialettica alla raccolta probatoria e il valore attribuito alla deposizione della persona offesa. 3. La rilevanza del sapere della persona offesa non costituita parte civile. 4. La reticenza del codice di rito. 5. Il P.M. ritira l'accusa in dibattimento ed emerge l'incidenza dell'art. 3 Cost. 6. La persona offesa quale "postulante senza diritti" (Cordero): le si riconosce la vita, ma non la vitalità. Rito in absentia. 7. Il sistema che si completa (l'ambito sovranazionale): la sfera del "dovere" e quella del "potere", di Ethos e di Epos.

1. La persona offesa (dal reato) ambigenere: garanzia generale (il suo sapere ai fini dell'accertamento giudiziale) o tutela individuale all'interno del processo penale (accusa privata a fini riparatori)?

I caratteri denotativi della « persona offesa dal reato »¹, inerenti alle sue prerogative e alla sua funzione, coniugano un profilo anfibio, a partire dal campo di appartenenza: alla

* Avvocato, docente a contratto di Diritto e procedura penale dell'Unitelma Sapienza.

¹ Sul piano definitorio, v. A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Vicenza, 2016, 572: « La persona offesa...è il soggetto titolare del bene penalmente tutelato, leso o esposto a pericolo dalla condotta illecita ». La definizione è costruita sull'asse del diritto sostanziale, e non contiene la "cifra processuale", declinata successivamente ma non saldata nel quadrante definitorio.

Pure C. TAORMINA, *Procedura penale*, Torino, 2015, 99, sulla persona offesa: « Non c'è reato che non abbia soggetto passivo »; mentre sul carattere selettivo del diritto penale - sul paradigma del c.d. diritto penale minimo - v. A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. pen.*, 1/2018.

Sulla nozione di accusa e di materia penale, v. S. BUZZELLI, *Sub art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Uberti e F. Viganò, Torino, 2016, 132 s.

stessa è riferito, nella classe della titolarità, l'interesse protetto dalla norma incriminatrice di parte speciale dettata dal Codice penale e che ha subito un pregiudizio (è questa la ricostruzione tradizionale, che conta due addizioni²). Secondariamente, nel terreno del processo penale regolato dal Codice di procedura penale - ove l'indicata norma penale sostanziale trova applicazione e la relativa violazione viene dichiarata in sentenza³ - occupa quote di partecipazione e intervento, esercitando « diritti e facoltà »⁴ sia nell'*incipit* (v. artt. 332 c. p. p. in sede di denuncia e 336 s. c. p. p. in quella di querela) che nello sviluppo (artt. 335, 367, 394 e 398 nonché 401 c. p. p. in materia di incidente probatorio e ancor prima 360 in ordine agli accertamenti tecnici non ripetibili⁵, 406 in materia di proroga del termine previsto dall'artt. 405, 410 relativamente alla opposizione alla richiesta di archiviazione⁶, 413 in tema di avocazione, 419 e 429 in sede di udienza preliminare e 451 in quella di giudizio direttissimo, 572 nel terreno dell'impugnazione).

La continuità delle forme di tutela è assicurata dalla parabola che la legge traccia per la vittima e soggetto passivo del reato inserendo, dopo l'esercizio dell'azione penale, la sua presenza nella fase della celebrazione del processo di primo grado, cosicché deve disporsi « la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante », stabilisce, in sede di previsione delle nullità di ordine generale, l'art. 178 lett. c) c. p. p.⁷ (altresì, per il decreto che dispone il giudizio, v. art. 429, co. 4, c. p. p.: « Il decreto è notificato... alla persona offesa »; v. art. 558, co. 1, p. 1, c. p. p. sulla « convalida dell'arresto e giudizio direttissimo », in ordine alla citazione, anche orale, della persona offesa).

² Sul reato « inteso come offesa di un bene giuridico, in armonia con la tradizione liberale che è alle radici del diritto penale moderno », v., per tutti, T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017, 100.

L'art. 90, co. 3, c. p. p. prevede che « qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa o da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente » e l'art. 91 c. p. p. riguarda « diritti e facoltà degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato » (in rubrica). Su tale tripartizione, v., in dottrina, A. PENNISI, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 790.

Nel rito civile, ad esempio, nell'ipotesi di interruzione del processo di una delle parti nel corso del giudizio, la relativa *legitimatio ad causam* si trasmette all'erede (Cass. civ., sez. III, ord., 19 luglio 2018, n. 19141, X, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 79).

³ Proprio il tipo di reato deve figurare nel testo della decisione di affermazione della penale responsabilità, in base all'art. 533, co. 1, c. p. p.: « Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli... ».

⁴ Art. 90 c. p. p.; v. l'aggiunta dell'art. 90-bis, d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 216, in *G.U.*, 5 gennaio 2016, n. 3. Sull'informazione di garanzia ricevuta dalla persona offesa, v. art. 369 c. p. p.

⁵ Per esempio, le foto scattate durante un'ispezione igienico sanitaria dai Nas, ed allegate al verbale di ispezione e di sequestro, devono considerarsi « atti irripetibili », con la conseguenza che possono essere valutate dal giudice come fonte di prova, senza che sia necessaria una conferma da parte dei verbalizzanti (così, Cass., sez. III, sent. 21 gennaio 2019, n. 2576, in *Quot. Dir - Il Sole 24 Ore*, 22 gennaio 2019).

⁶ Ad esempio, l'istigazione al suicidio costituisce reato commesso con violenza contro la persona. Per tale motivo, la richiesta di archiviazione (art. 408, comma 3 bis, c. p. p.), avanzata dal Pubblico Ministero, deve essere notificata alla persona offesa (Cass., sez. V, sent. 23 ottobre 2018, n. 48360, in *Guida dir.*, 2019, n. 1, 91).

⁷ PENNISI, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Agg. I, cit., 791, sul regime applicabile: « L'omessa o invalida notifica alla persona offesa dà luogo ad una nullità di ordine generale... assoggettata al regime intermedio (art. 180) », ma « meno gravi sono... le conseguenze che derivano dall'omessa o invalida notifica dell'avviso per l'udienza preliminare (art. 419 commi 1 e 4). In questo caso, si tratta di nullità relativa », richiamando l'art. 181, co. 2, c. p. p. In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. civ., sez. II, ord. 8 ottobre 2018, n. 24689.

Assumiamo il citato art. 178 c. p. p. quale “ mappa genetica “ per lo svolgimento della presente impostazione, perché il legislatore in quella norma ha annesso la persona offesa quale soggetto le cui posizioni sono presidiate dalla garanzia della nullità (di ordine generale, si precisa) in ipotesi di violazione e al pari del giudice, del pubblico ministero e dell'imputato. Segnaliamo come il richiamo sia specifico, in quanto la nullità è comminata e correlata avuto riguardo alla « citazione in giudizio della persona offesa ».

Tale citazione, in via ricostruttiva, possiamo intenderla in due modi (o in senso forte o in senso debole) e il divario fra le due impostazioni è rilevante quando non sono complementari: o quella citazione viene riguardata quale proiezione e immanenza nel terreno dibattimentale della persona offesa per l'utilità intrinseca del suo sapere e quindi dei suoi apporti ai fini dell'accertamento processuale (per altri, “accertamento della verità “), il quale deve raggiungere il massimo grado dato che l'art. 530, co.,1, c. p. p. richiede che la responsabilità dell'imputato risulti oltre ogni ragionevole dubbio⁸, oppure è solo strumentale per dar la possibilità alla persona offesa di coltivare il suo specifico interesse riparatorio⁹ e “ trasformarsi “, cioè di abbandonare il suo *status* per acquistare quello della parte civile che affianca, di fatto, il P.M. nell'accusa in giudizio (c. d. accusa privata). Nel primo caso, si tratta, per il sistema, di una garanzia generale coincidente con la funzione processuale che svolge la persona offesa in rapporto alla finalità cognitiva propria del rito penale, nel secondo, per l'interessato, di una tutela individuale (apprestata dal sistema) e in tale ipotesi non si assisterebbe ad una “ perdita “ connessa con l'indicato “ abbandono “ poiché la persona offesa seguirebbe ad esercitare i suoi poteri attraverso quelli riconosciuti alla parte civile¹⁰.

La presente impostazione echeggia i termini di un dibattito, acceso in dottrina e a cui ha dato la sua voce la giurisprudenza, dei due modi di interpretare il contraddittorio (la portata del), come metodo di conoscenza (profilo oggettivo) o come garanzia dell'imputato (profilo soggettivo), avuto riguardo all'art. 111 Cost.¹¹.

⁸ In merito all'« accertamento demandato al giudice...secondo il criterio dell'esclusione di ogni ragionevole dubbio (art. 533 c. p. p. comma 1) », v., da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 10 ottobre 2018, n. 45733, Tutino, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 84 s.

In materia di penale responsabilità dell'imputato, v. Cass., sent. Sez. Un., n. 14800/2018 (ud. 21 dicembre 2017), Pres. Canzio; Rel. G. De Amicis.

Sul più generale problema del rapporto tra giudice e legislatore, al fine della « ricostruzione dell'attuale assetto del nostro ordinamento costituzionale », cfr., in dottrina, S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1/2018, 1 s. In tema, v., pure, N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo « La libertà e la legge » di Bruno Leoni*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 253, avuto riguardo al « diritto di origine giudiziaria »; nonché, per il coinvolgimento del piano costituzionale, sulla « giurisprudenza come fonte del diritto e la frizione con il principio della riserva di legge », v. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 57 s.

⁹ Così, ad esempio, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, 166: « Il reato...obbliga l'autore alle restituzioni e al risarcimento del danno, come previsto dall'art.185 c. p...La costituzione di parte civile » è « volta a ottenere...la conseguente riparazione nelle forme del risarcimento o della restituzione ».

¹⁰ In dottrina, v. TAORMINA, *Procedura penale*, loc.cit., secondo cui la « persona offesa...è esposta alla perdita della sua soggettività laddove si costituisca parte civile o meglio se ne verifica l'assorbimento giacché tutti gli interessi della persona offesa sono rappresentati dalla parte civile ».

¹¹ Cfr., in dottrina, C. CONTI, *Le due “ anime “ del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 198. *Contra*, G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2010. Pure E. AMODIO, *Dal rito inquisitorio al “ giusto processo “*, in *Il Giusto Processo*, 4, 2002, 103-104, il quale, ritenendo il distinguo fuorviante, scrive che « non ci sono...garanzie diverse da quelle soggettive » (la distin-

In ogni caso, si riconosce che « quella della persona offesa è una condizione procedurale davvero particolare »¹².

D'altronde, quel che emerge, nel passaggio dal codice Rocco al codice Vassalli, è la condivisione delle ragioni dell'accusa che può incarnare la persona offesa con quelle portate avanti dal pubblico ministero, il quale cessa di essere il "garante" di quella e quindi il monopolista dell'accusa, come nell'*ancien regime*. Ora, per lo spazio ritrovato, è data alla persona offesa una certa autonomia, ciò che si traduce, nel rito accusatorio, nella fine dell'"assolutismo" del ruolo del pubblico ministero, che mantiene solo l'appannaggio esclusivo dell'azione penale senza escludere o confinare l'inserimento della persona offesa nel terreno dell'accusa e dunque nella repressione penale (tanto da far dire alla dottrina che si è attestata una « accusa sussidiaria »¹³).

Tuttavia, soprattutto prima dei riconoscimenti sovranazionali, « il ruolo della vittima nel processo penale ha ricevuto una marginale considerazione...la vittima...è stata sempre vista come una figura secondaria, svolgente un ruolo ausiliare e di supporto alla pubblica accusa »¹⁴ (v. decreto legislativo 15 dicembre 2015, n. 212, recante l'« attuazione della direttiva 2012/29/UE e del Consiglio 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato »).

Per esempio, « la tutela della persona fisica esposta al pericolo di delitti ambientali (ex artt. 452-ter, 452-quater, 452-quinquies c. p.) si inserisce nel più ampio quadro processuale, che, in ragione delle ultime riforme (compresa la c. d. "riforma Orlando", licenziata in tempi relativamente recenti dalle Camere), vede notevolmente potenziato il ruolo della persona offesa nelle dinamiche dell'accertamento del fatto, sin dalle primissime battute

zione è recepita da Corte cost., sent. 25 ottobre 2000, n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 345). Sulla « regola d'oro del contraddittorio », v. P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 1 s. In tema, v. O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, 274.

Ancora, per il richiamo del dualismo, in giurisprudenza v. Cass., sez. VI, ord. 23 maggio 2013, n. 22113, Berlusconi, in *Arch. n. proc.pen.*, 2014, 419 s., precisando che « il diritto soggettivo al contraddittorio non si identifica o giustappone al metodo del contraddittorio ».

¹² TAORMINA, *Procedura penale, loc.ult.cit.*

¹³ E. AMODIO, *Persona offesa dal reato*, in E. Amodio-O.Dominioni, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 543, secondo cui « sembra appropriato definire la funzione del privato che è autorizzato a far valere l'interesse alla repressione penale in termini di *accusa sussidiaria* ». Al riguardo, v. S. OLIVERO, *I titolari di interessi extrapenali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario ed E. Marzaduri, Torino, 1995, 205, che si sofferma sul « quadro, per così dire ideologico, in cui viene a collocarsi la posizione della persona offesa...del tutto diverso da quello che aveva ispirato il codice del 1930. In particolare, essendosi spogliato il p. m. dello stato privilegiato di accusatore-giudice, per ricondurlo a quello di parte pubblica, assoggettato anche nella fase anteriore al dibattimento al filtro dei controlli del g. i. p. (art. 328 c. p. p.), si registra una minore resistenza a concepire possibili interferenze dei privati nell'esercizio dell'azione penale ». Per il vecchio codice, v. M. G. AIMONETTO, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 319.

¹⁴ M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E. Marzaduri-O. Mazza-F.R. Dinacci, *I Principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 299, aggiungendo che è la stessa « il soggetto a cui l'ordinamento demanda la funzione di perseguire il reato e, dunque, di incarnare anche gli interessi punitivi della vittima ».

dell'acquisizione della notizia di reato, in termini di avvisi ed informazioni e sull'esercizio delle sue facoltà e forme di tutela " dal e nel processo " (ex artt. 90-bis c. p. p. e s.) »¹⁵.

2. La partecipazione dialettica alla raccolta probatoria e il valore attribuito alla deposizione della persona offesa

Valutando la prima opzione interpretativa enucleata (la persona offesa nella prospettiva extraindividuale), evochiamo l'organo del " processo giurisdizionale " ¹⁶, di quell'iter giudiziario caratterizzato dalla presenza permanente del giudice, e non episodica come nella fase delle indagini preliminari (riscontrandola nei tre " grandi incidenti ": probatorio, riservato alle intercettazioni telefoniche e all'applicazione di una misura cautelare, personale o reale).

Le conoscenze del giudice del giudizio sono, prevalentemente e nettamente, di secondo grado, " accolte " ¹⁷ e " raccolte " ¹⁸ non ex se bensì su impulso delle parti (art. 493 c. p. p.) a cui appartengono, tipicamente, le leve probatorie. Il risultato del loro impiego viene veicolato in udienza all'organo che la presiede (art. 470 c. p. p.), in virtù di uno dei cinque principi regolatori del dibattimento, quello c. d. di immediatezza (cui si aggiungono quello del contraddittorio, della pubblicità, dell'oralità, della concentrazione) ¹⁹.

Così, il giudice non è autosufficiente: solo il giudice ha lo *ius dicere*, ma il giudice solo non può organizzarne i presupposti, quelli della sua pronuncia. Ecco, l'apparente paradosso: le fonti della sua conoscenza sono le parti che gli forniscono sia la materia (poniamo il pubblico ministero, con l'adduzione delle cc. dd. prove a carico) che l'" antimateria " del suo convincimento (in tal modo potrebbe appellarsi la produzione delle cc. dd. prove a scarico, messe in campo per contrastare le prime) e senza che il giudice possa concorrere nell'accesso alla base istruttoria (se non, eccezionalmente, quando l'omonima fase si sia

¹⁵ V. MANCA, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 269. In tema, v. P. CORSO, *La normativa penale dell'ambiente nei suoi riflessi processuali penali*, in *Arch. pen.*, 2/2017, 2 s.

In merito, invece, alle vittime di violenza domestica, v. Sentenza della Corte Edu (Sezione Quinta) 26 aprile 2018, rich. n. 27496/15, *Mohamed Hasan c. Norvegia*, in *Quest. giust.*, 2/2018, 13 luglio 2018. In tema, v. P. DE FRANCESCHI, *Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo?*, in *Giur. pen.*, 1/2018; A. ALAGNA, *Osservatorio L'Italia e la Cedu mn. 2/2017 1. Prima condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'obbligo di protezione delle vittime di maltrattamenti familiari*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, 295.

In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass., sez. III, 15 ottobre 2018, n. 46699, Monaco, in *Guida dir.*, 2019, n. 2, 90, nella cui decisione si riconosce che le associazioni ambientaliste sono legittimate a costituirsi parti civili *iure proprio* nel processo per reati ambientali.

¹⁶ Per tale formula, v. M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 60, nota 8.

¹⁷ In sede di ammissione (art. 495 c. p. p.)

¹⁸ I mezzi istruttori esperiti passano al protocollo dei verbali d'udienza che ne fissano il prodotto (art. 496 s. e 510 c. p. p.).

¹⁹ I vari principi del dibattimento vengono passati in rassegna, in particolare, per la manualistica, da M. SCAPARONE, *Procedura penale*, Torino, 2015, 126 s.; P. TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Milano, 2016, 522 s. Altresì, v. G. ANDREAZZA, *I nuovi assetti del principio di pubblicità del processo*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 611; B. CONTI, *Le novità in tema di dibattimento*, *ivi*, 2013, 611 s.; O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 274.

conclusa *inutiliter*, cioè la vicenda *sub iudice* “ non è matura per la decisione “, richiedendosi un supplemento istruttorio, ai sensi dell’art. 507 c. p. p.²⁰). In tale contesto, la garanzia dialettica e partecipativa, tipica di un modello processuale di stampo accusatorio, si traduce in un rigoroso limite per i poteri del giudice nel terreno probatorio, poiché l’opera di ricostruzione del fatto storico è affidata alle parti titolari del c. d. diritto alla prova ai sensi dell’art. 190 c. p. p. (in tal modo si assicura la terzietà e l’equidistanza dell’organo della decisione).

Ora, ai nostri fini, sono costoro che trasmettono e fanno affluire al compendio probatorio i risultati di una testimonianza, la cui fonte potrà essere la persona offesa dal reato: infatti, la sua deposizione istruttoria, fondamentale, risale all’impulso del pubblico ministero. La portata e forza espansiva di quella sono macroscopiche (ed “ assorbenti “), si noti, dato che può fondare e giustificare, senza la necessità di altri elementi che la riscontrano o la corroborano, una sentenza di condanna. Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale non recente (ma recentemente confermato) secondo cui in tema di valutazione della prova testimoniale, le dichiarazioni della persona offesa, sottoposte ad attento controllo di credibilità, possono essere assunte anche da sole, come prova della responsabilità dell’imputato, senza che sia indispensabile applicare le regole probatorie di cui all’art. 192, commi terzo e quarto c. p. p., che richiedono la presenza di riscontri esterni²¹.

Quindi, il sapere della persona offesa dal reato gioca un ruolo centrale nei lavori del dibattimento e per le sue sorti.

Questo è il risultato che può evidenziarsi.

²⁰ V. il corrispondente istituito nel rito civile: l’integrazione *ex officio* della prova testimoniale *ex art.* 257, primo comma, del Cpc., costituisce una facoltà discrezionale, che il giudice può esercitare quando ritenga che dall’escussione di altre persone, non indicate alle parti, ma presumibilmente a conoscenza dei fatti, possa trarre elementi per la formazione del suo convincimento (Cass. civ., sez. II, ord. 19 luglio 2018, n. 19255, Gregori, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 79-80).

Per le pronunce che si occupano del trattamento dell’art. 507 c. p. p. v., ad esempio, Cass. Pen., sez. I, 26 giugno 2014 (ud. 12 marzo 2014), n. 27879, in *Giur. Pen.*, 2014; Cass., sez. un., sent. 18 dicembre 2006, n. 41281; da ultimo, v. Cass., n. 20422/2018.

²¹ Cass., sez. VI, 3 giugno 2004, Patella, in *Riv. pen.*, 2005, 1411 e, per la giurisprudenza di merito, v. Trib. pen. Firenze, sez. II, sent. 11 ottobre 2017, n. 3071, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 47.

Le dichiarazioni della parte offesa possono essere legittimamente poste da sole a base dell’affermazione di penale responsabilità dell’imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della loro credibilità soggettiva e dell’attendibilità intrinseca del racconto. Il vaglio positivo dell’attendibilità del dichiarante deve essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello generico cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone, per cui tale deposizione può essere assunta da sola come fonte di prova unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva (Cass., sez. V, sent. 19 settembre 2017 n. 42749; conf. Cass., sez. IV, sent. 1 dicembre 2011, n. 44644). Si tratta di un indirizzo consolidato: infatti, per Cass., sez. III, 10 dicembre 2013, M., in *Mass. Uff.*, n. 4343, « 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 ».

Tuttavia, sull’esigenza di procedere al riscontro della testimonianza con altri elementi (afferzata in relazione al soggetto che avanzi pretese di carattere civilistico all’interno del processo) v. Cass., sez. V, 15 maggio 2013, Calabrese, in *Guida dir.*, 2013, 34-35, 69; Id., sez. I, 24 giugno 2010, Stefanini, in *Mass. Uff.*, n. 248016. D’interesse pure Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell’Arte, in *Cass. pen.*, 2013, 541; Cass., sez. III, 16 maggio 2014, G., in *Mass. Uff.*, n. 30563.

In dottrina, v. M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. Pen.*, 1/2015, 1 s.; L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2012, 389 s.

3. La rilevanza del sapere della persona offesa non costituita parte civile

Nello schema (duale) configurato ²², si trascura di considerare che radicare in dibattimento la persona offesa e fare veicolare la sua voce per il tramite della parte civile finisce per lasciare spazi vuoti perché può non intervenire (tempestivamente) la (dichiarazione di) costituzione di parte civile (per una *defaillance* del difensore, all'udienza, che si inserisce tardivamente, ad esempio ²³), ciò che determina la "scomparsa" della persona offesa (così strettamente e saldamente legata alla parte civile) dalla scena dibattimentale, non partecipando attivamente alla relativa discussione ²⁴. *Imputet sibi*, potrebbe asserirsi e concludersi pure: in tal caso, l'interessato non può dolersi laddove quanto era una sua prerogativa poteva conseguirlo avendolo "dotato" il sistema del mezzo (e del canale) della costituzione di parte civile ²⁵(una specie di *longa manus* della persona offesa e che si giova del c. d. principio di immanenza ²⁶).

L'impostazione che precede "tiene", cioè può giustificarsi e accreditarsi, a condizione che si "interpreti" la cifra dell'intervento della persona offesa, nella forma *ad hoc*, in termini (e in chiave) di vero e proprio onere (rigorosamente inteso, appunto) del soggetto privato. La tardiva costituzione, ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 185 c. p., rende la relativa richiesta (accidentalmente "viziata", nei confini dello spazio temporale dell'udienza penale) inammissibile e così il circuito processuale riservato alla parte civile le è precluso, del tutto ed invalidamente. Ma, se si tiene presente la cifra "pubblicistica" del suo intervento ²⁷, così

²² Quello di intendere la *vocatio* della persona offesa o in senso debole o in senso forte.

²³ La persona offesa non può chiedere la remissione in termini per costituirsi parte civile. Lo ha stabilito la Corte di Cassazione con la sentenza 10111/2015 spiegando che tale norma può applicarsi solo alle parti in senso tecnico. In materia, in generale, v. G. GARUTI, *Restituzione in termini (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Milano, 2008, 5941017 s. e, da ultimo, Cass., sent. 3 settembre 2018, n. 39608.

²⁴ TAORMINA, *Procedura penale, loc. ult. cit.*, sottolinea che la « persona offesa... è esposta alla perdita della sua soggettività laddove si costituisca parte civile ».

Cfr. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura penale*, cit., 168: « Nella fase processuale... la persona offesa può solo continuare a presentare memorie e indicare elementi di prova, senza però poter partecipare attivamente all'udienza dibattimentale e al dibattimento ». A noi pare, invece, che ammettere per la persona offesa il potere di introdurre elementi probatori - che poi, realmente, potrebbero essere vere e proprie prove (il "diminutivo" sembra solo apparente) - sia espressione del suo potere partecipativo, ancorché non lo esaurisca.

²⁵ Sussiste la legittimazione del P. M. ad impugnare una decisione che, per effetto di una erronea applicazione della legge processuale, abbia arrecato un pregiudizio concreto ed attuale ai diritti della parte civile (Cass., sez. II, sent. 20 marzo 2018, n. 12840). Sulla vittima risarcita in sede civile dagli aggressori, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, sent. 13 giugno 2017, n. 960/13.

²⁶ Da ultimo, v. Cass., sez. IV, 30 maggio 2018, n. 24373, Pres. Izzo Fausto, rel. Serrao Eugenia, in ordine al « principio cosiddetto di immanenza della costituzione di parte civile. In ragione di tale principio, normativamente previsto dall'art. 76, comma 2, cod. proc. pen., secondo il quale "la costituzione di parte civile produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo", il giudice di legittimità è tenuto a verificare l'esistenza dei presupposti per l'affermazione della responsabilità penale ai soli fini della pronuncia sull'azione civile, allorché abbia rilevato una causa estintiva del reato. Tale principio comporta, infatti, che la parte civile, una volta costituita, debba ritenersi presente nel processo anche se non compaia, debba essere citata anche nei successivi gradi di giudizio anche se non impugnante e senza che sia necessario per ogni grado di giudizio un nuovo atto di costituzione ».

²⁷ V. - avuto riguardo alla persona offesa costituita parte civile e per le criticità che la stessa genera circa l'uso del suo *dictum* quale prova piena - Corte costituzionale, ordinanza n. 115 del 1992 (ripresa, sul piano delle argomentazioni, dalle successive pronunce n. 374 del 1994 e n. 82 del 2004), ove si sottolinea che « la rinuncia al contributo probatorio della parte civile » rappresenta « un sacrificio troppo grande nella ricerca della

riguardato e “reinterpretato”, diventerebbe interesse generale, connesso con l’accertamento aperto dal processo pendente (e ancor più in generale della giustizia), avvalersi del sapere (unico ed “irripetibile”) di cui è depositario la persona offesa²⁸, la quale potrebbe inserirsi nell’intarsio dialettico dei lavori dibattimentali con i suoi apporti illustrativi veicolati oralmente, attraverso il suo difensore ed eventualmente personalmente, nella forma dello *ius ad loquendum* (come in una prospettiva di riforma potrebbe pensarsi, nella classe di una previsione espressa). Ove si riconoscesse il suo potere di « indicare elementi di prova » (art. 90, co.1, c. p. p.) in dibattimento (senza necessità di costituirsi parte civile²⁹, distinto da quello di deposito delle memorie scritte³⁰), il suo trattamento dovrebbe seguire e osservare i principi generali sull’oralità (e quindi dell’immediatezza) della prova.

Stiamo distinguendo la persona offesa che depone per consolidare una prova (*contra reum*, normalmente, cioè tipicamente), chiamata dall’ordinamento a fornire il suo contributo per “ esigenze di giustizia “, dalla persona offesa che intende coltivare nel processo un suo interesse extracivile³¹. Per la (legittima) tutela dello stesso la *lex fori* le affianca un difensore, per attuare la difesa tecnica.

In tale ordine di idee, si è segnalato che « il legislatore...non si è potuto privare ed anzi valorizza il contributo all’accertamento penale che un protagonista della vicenda crimi-

verità processuale», segnalando, al tempo stesso, la « preminenza dell’interesse pubblico all’accertamento dei reati su quello delle parti alla risoluzione delle liti civili ».

²⁸ Il sapere utile al giudice del giudizio - a cui spetta ricostruire, definitivamente, in sentenza il fatto di reato - non è soltanto concentrato nella prova (e la persona offesa è fonte di prova), ma può esprimersi attraverso il contesto “ ambientale “ in cui è maturato il delitto e che solo la vittima può devolvere nel processo, riconoscendogli un canale per veicolarlo.

²⁹ Sul « l’esercizio dei diritti di difesa da parte della persona giuridica non...subordinato all’atto formale di costituzione nel procedimento », citando Cass., sez. VI, 5 novembre 2007, Quisqueyana S.p.a., in *Foro it.* 2009, 1, II, 37 (*contra*, Cass., sez. VI, 5 febbraio 2008, Soc. a.r.l. A.R.I. International, in *Cass.pen.*, 2009, n. 10, 3798), v. F. URBINATI, *La partecipazione dell’ente al procedimento, tra rigore formalistico e limiti al diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 2018, n.1, 3, che analizza Cass., sez. III, 19 dicembre 2017 (ud. 18 maggio 2017) – Cavallo Pres.

³⁰ Per Cass. n. 269/2014 l’omessa valutazione dei memorie difensive può influire sulla congruità e correttezza logico-giuridica della motivazione che definisce la fase o il grado nel cui ambito siano state espresse le ragioni difensive. *Contra*, da ultimo, Cass., 23 gennaio 2019, n. 1778: in costanza di memorie *post* verifica ai sensi dell’art. 12, comma 7, della L. n. 212/2000, l’Ufficio non è obbligato a fare risultare, nelle motivazioni dell’avviso di accertamento, le osservazioni del contribuente e le ragioni per cui non siano state accolte. Lo ha stabilito la Cassazione con sentenza 1778 del 23 gennaio, rigettando il ricorso incidentale presentato da una società che aveva denunciato questo profilo formale (la decisione è riportata da L. AMBROSI, *L’accertamento non può ignorare gli argomenti del contribuente*, in *Il Sole 24 Ore – Norme & Tributi*, 24 gennaio 2018, n.23, 23: « È valido l’accertamento che non valuta la memoria presentata dal contribuente nei 60 giorni dal termine della verifica. Questa omissione, sebbene costituisca un adempimento obbligatorio, non è causa di nullità prevista dalla legge »). L’interpretazione non è condivisibile, specie se l’interessato “ dimostri “ (dovrebbe bastare una seria” allegazione “) che l’omissione è idonea a cagionare una lesione di specifici diritti o precise garanzie.

³¹ Nel primo caso, nel corso dell’esame e del controesame (art. 498 c. p. p.), l’esaminato ha scarsa autonomia espositiva e ricostruttiva (v. art. 499, co.1, c. p. p.: « L’esame testimoniale si svolge mediante domande su fatti specifici »). V., *infra* note 48 e 75).

nosa può assicurare », apparendo « di fondamentale importanza che la persona offesa... può avvalersi dell'opera di un difensore (101) »³².

Risalta, così, l'autonomia sistematica della persona offesa dalla parte civile, ciò che attenta dottrina ha posto in una particolare luce e persuasivamente, osservando, per la prima e quale « importante soggetto processuale », che « dalla trama complessiva del codice emerge il proposito del legislatore di tenere ben distinta la sua posizione da quella della parte civile », in quanto (si badi e segnala specialmente) « si è voluto... reagire a prassi distorsive, incoraggiate senza dubbio dagli esigui poteri riconosciuti alla persona offesa dal codice abrogato, dalle quali trasparivano assai spesso costituzioni di parte civile che, in realtà, occultavano persone offese dal reato, preoccupate soprattutto di riuscire a svolgere un ruolo attivo sul versante dell'accusa »³³.

La nostra impostazione è, infatti, che quest'ultimo ruolo può risultare (e risaltare) a prescindere dalla costituzione di parte civile e le cui pretese, però, non vengono stroncate (e dissipate, inconcludentemente) ma possono trovare più adeguata soddisfazione nel processo civile, a condizione che la persona offesa abbia poteri autonomi nel rito penale. In siffatto riassetto, non si « costringe » la persona offesa a costituirsi parte civile, le sue richieste potendo avere uno sbocco e una larga soddisfazione nel terreno extrapenale, con maggiore latitudine dei poteri (soprattutto probatori) esercitabili rispetto al processo penale ove - si consideri - si subordina il successo della parte civile costituita alla condanna dell'imputato (doppia condizione, interna ed esterna: fondatezza della domanda risarcitoria della P. C. e dell'accusa penale del P. M.), che richiede la prova rigorosa della sua penale responsabilità per il fatto di reato contestato « al di là di ogni ragionevole dubbio » (art. 533, comma 1, c. p. p., da inquadrare nel c.d. diritto penale dell'offesa³⁴). Nel foro civile (ove non sono in gioco per l'imputato le categorie tipicamente penalistiche della libertà personale, dell'onore e della dignità, la quale costituisce il perno su cui ruota il clamoroso *overruling* della recente sentenza, di oltre quattrocento pagine, della Corte Suprema indiana dichiarando incostituzionale la *Section 377* del Codice penale indiano) la relativa responsabilità segue canali differenti³⁵

³² TAORMINA, *Procedura penale*, cit., 100.

³³ F. DELLA CASA, *Soggetti*, in G. Conso-V.Grevi-M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, Vicenza, 2016, 121.

³⁴ Cfr. , in dottrina, per la manualistica più accreditata, G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, 2010, 184 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, Cedam, 2013, 208 s. e, recentemente, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 102, secondo cui, categoricamente, « tutti i reati sono... reati di offesa ».

F. FORZATI, *Diritto penale dell'obbedienza tra fondamento etico religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *Arch. pen.*, 2017, f. 3. Sul piano generale, per le varie « vocazioni » del diritto penale, v., a ultimo, R. RAMPIONI, *I reati societari*, estratto da *Diritto penale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2018, 6 s. (specialmente, nel par. I, *Diritto penale dell'economia e principi informatori del sistema penale*).

Sulla eventuale tenuità dell'offesa arrecata, ai sensi dell'art. 131bis del codice penale, v. Cass., sez. III, 26 novembre 2018, n. 52974, in *Guida dir.*, 2019, p. 28. L'assoluzione può essere pronunciata « per inidoneità della condotta » dell'agente, precisa Cass., sez. V, sent. 28 dicembre 2018, n. 45347, *ivi*, 29.

³⁵ Supreme Court of India, Navtej Singh Johar and Others v. Union of India Ministry of Law and Justice Secretary, 6 settembre 2018, case no. W. P. (Crl) No – 000076/2016, la cui decisione, che rende incostituzionale quella norma perché un contrasto con i quattro pilastri su cui si regge l'impianto costituzionale indiano e cioè « *individual autonomy and liberty, equality for all sans discrimination of any kind, recognition of identity with dignity and privacy of human beings* », definita « storica », dai media indiani e internazionali, è richiamata e commentata da L. GIACOMELLI, « *I am what I am, so take me as I am* » e il carattere « trasformativo » dei prin-

e più “ fluenti “, il danno e il nesso di causalità potendo attestarsi anche con presunzioni e con l'uso della tecnica della “ non contestazione “ (dando luogo al c.d. fatto pacifico; v. art. 115 c. p. c.). Saremmo al cospetto di una figura (semplificativa) ibrida, il risultato di ciò che potremmo appellare “ accertamento negativo “, almeno nei termini riassunti dalla recente, duplice, giurisprudenza di merito: i fatti non specificatamente contestati devono ritenersi acclarati ³⁶ e se il fatto non è contestato, il giudice deve astenersi da qualsiasi controllo probatorio ³⁷.

4. La reticenza del codice di rito

Laddove si tenga distinta la persona offesa dal testimone ³⁸, alla prima e quale soggetto privato non sono estranei interessi difensivi, al punto che in questa sua posizione (non neutra, ma) attiva si accosta alla parte pubblica, al pubblico ministero, ed entrambi possono avere e portare avanti lo stesso interesse processuale.

Tuttavia, mentre il suo sapere riceve il massimo risalto reputandosi (dalla giurisprudenza) esaustivo ai fini di una pronuncia di condanna (escludendosi, di norma, la necessità di apporti cognitivi), quando, invece, si tratta di riconoscere alla persona offesa specifici spazi difensivi o autodifensivi il sistema diventa, improvvisamente, agnostico (il sistema se ne serve “ conclusivamente “, senza offrirle, poi, un terreno proprio, però).

Per la rilevata reticenza del codice di rito penale, il riferimento vuole essere alla sotto-fase della discussione finale e alla possibilità di prendere (e quindi pretendere) per ultimo la parola. La legge opera una vera e propria riserva soggettiva, di tipo assoluto: sceglie di intestare ed affidare tale potere all'imputato (perché - si dice - è lui il protagonista del processo penale e sullo stesso ricadranno gli effetti della sentenza) e al suo difensore, in via esclusiva (e quindi non concorrente), nell'impianto regolativo di cui all'art. 523, comma 5, c. p. p. Considerando il tenore della corrispondente disposizione, non è previsto un ruolo affidato alla persona offesa e, così, il suo sapere rimane inerte, (almeno) *apud iudicem*.

cipi costituzionali: la Corte Suprema indiana depenalizza i rapporti omosessuali, in *federalismi.it*, 23 gennaio 2019, 2 s.

D'altra parte, per esempio, sui presupposti in ordine alla configurabilità della responsabilità per danni da cosa in custodia, distinguendo tra proprietario e detentore, v. Trib. civ. Padova, 13 luglio 2018, n. 1519, in *Il Merito*, 2019, n.1, 6, rinviandosi.

Il ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, nella relazione alle Camere, ha annunciato che « entro metà febbraio in consiglio dei ministri Ddl di riforma del processo civile », in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2018, n.23, 4, a cura di G. NEGRI, *Giustizia, cause civili in calo*. Nel penale i procedimenti pendenti calano del 4,8%

³⁶ Trib. di Roma, sent. 24 ottobre 2017, n. 20048. Ma, per Cass. civ., sez. VI, ord. 9 maggio 2018, n. 11032, il principio di non contestazione non opera in difetto di specifica allegazione dei fatti che dovrebbero essere contestati. D'altro canto, si “ obietta “ che la contestazione deve risultare dalle difese, non dai documenti prodotti (Cass. civ., sez. I, ord. 14 febbraio 2018, n. 3644).

³⁷ Trib. di Milano, sez. V, sent. 25 febbraio 2016.

³⁸ Difficilmente la deposizione della persona offesa, quale querelante per esempio, può dirsi equivalente a quella del testimone-terzo, l'unico ad essere del tutto disinteressato alle sorti del processo.

5. Il P. M. ritira l'accusa in dibattimento ed emerge l'incidenza dell'art. 3 Cost.

Il processo ha le sue geometrie, con i suoi spazi e le sue proporzioni³⁹. Intendendo la discussione (art.523 c. p. p.) quale spazio finale (o "marginale") riservato ai vari soggetti per illustrare le proprie ragioni e "difenderle" avanti il giudice argomentando sugli elementi acquisiti e ciò al fine di influenzare la direzione del suo libero convincimento, per persuaderlo in uno dei due generali sensi, condannatorio o assolutorio, non vi è ragione per escludere la persona offesa (non costituita parte civile), la sua partecipazione⁴⁰. Oppure il discorso è nominalistico (la persona offesa, nella tassonomia, non appartiene alla classe della parte, formalmente e rigorosamente intesa) o si tratta di una scelta "ideologica" (o di principio) in considerazione del fatto che è l'imputato che sta subendo il processo⁴¹ ed in questa occasione conclusiva è conforme a tali parametri regolarsi secondo il criterio del *favor rei*, escludendo altri soggetti concorrenti, come la persona offesa.

Quanto alla parte civile, si tratta di una scelta che non dovrebbe escludere necessariamente, se si individua un interesse rilevante ed autonomo, quella diversa e più estesa, del tutto razionale ed equilibrata, di ammettere la partecipazione della sola persona offesa (non costituita parte civile, cioè) nella fase del giudizio penale. D'altro canto, nessun pregiudizio, giuridicamente riconoscibile, può configurarsi per la presenza aggiuntiva del soggetto passivo del reato (salvo immaginare una presenza "straripante" dell'imputato) a cui si darebbe voce per ultimo al pari dell'imputato.

Ora, la persona offesa (o, se deceduta, i suoi congiunti), che non coincide necessariamente con la persona danneggiata⁴², può darsi che voglia e consideri appagante solo che (la vicenda venga alla ribalta e che) la condotta dell'imputato venga stigmatizzata e la sua responsabilità acclarata con pubblica (udienza e) sentenza che, appunto, la riconosca (in lessico prosaico: "non voglio i tuoi soldi, ma che paghi con la condanna e la pena che meriti, come di giustizia", nel solco di un sostanziale risarcimento in forma specifica, esaltato dal c. d. *strepitus fori*)⁴³.

³⁹ Inteso quale parametro generale, v., recentemente, fra gli altri, S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, f. 4, 2017; N. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 279 s.

⁴⁰ F. CORDERO, *Sub art. 90, Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 106: « l'offeso...non interloquisce nella discussione (art. 523) ».

⁴¹ Infatti, la sua condizione giuridica, per tutto il tempo del processo, è di soggezione, per i poteri, poziori, da altri esercitati.

⁴² Per esempio abbia patito l'offesa dello *stalking* ma senza che si sia tradotta in un danno economico o che, all'opposto, questo non risulti debitamente documentato. Si consideri (solo da ultimo) che per la configurazione del reato di *stalking*, anche in assenza di un incontro fisico tra vittima ed imputato, sono sufficienti pochi messaggi via WhatsApp ed una telefonata dal tono minaccioso, che portano a modificare le abitudini della persona offesa. È quanto stabilito dalla Cassazione penale con sentenza 2 gennaio 2019, n. 61.

Per il delitto di atti persecutori c. d. *stalking*, quale reato di evento, v. Cass., sez. V, 26 luglio 2011, n. 28972, L. in *Riv. pen.*, 2012, 1022 Corte App. Milano, sez. V, 13 gennaio 2012, n. 5123, D.F., in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2012 e Trib. pen. Firenze, sez. I, sent. 17 ottobre 2017, n. 3748, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 46.

V. Cass., sez. III, sent. n. 23530 del 25 maggio 2018, in *Dir. e Giust.*, 28 maggio 2018.

⁴³ Per non pregiudicare la sua azione nel processo penale e per preservarla nella sede propria, può darsi che la persona offesa non voglia costituirsi parte civile deliberatamente per coltivare la sua posizione in sede civile, dopo aver ottenuta la condanna in sede penale e devolverla alla libera valutazione del giudice civile (« il

Se quello della discussione (ha carattere destinativo e quindi) è uno spazio difensivo⁴⁴ (si badi) per trattare della responsabilità dell'imputato, della sua punibilità (o sulla "riparabilità" della condotta⁴⁵) e quindi della regiudicanda, registriamo la difesa delle posizioni dell'imputato ma non quella della persona offesa e che pure ha un interesse proprio.

Evochiamo, infatti, il caso, significativo, che il P.M. chieda l'assoluzione dell'imputato in udienza e « quando la persona offesa rappresenta il principale (se non il solo) testimone che abbia avuto percezione diretta del fatto da provare e sia, quindi, sostanzialmente l'unico soggetto processuale in grado di introdurre tale elemento valutativo nel processo »⁴⁶. La persona offesa resterà, certamente, del tutto "indifesa" e la discussione finale sarà monotematica, governo esclusivo della difesa, una volta cessata "la disputa" processuale (tra i due "storici" contendenti, l'accusa e la difesa).

Emerge, per tale distretto, un interesse difensivo autonomo riconoscibile ma non riconosciuto dall'attuale sistema, che, come indicato, esclude la persona offesa dal novero dei soggetti che possono partecipare alla discussione finale. Quella, specie, appunto, quando il P. M. abbia "ritirato" l'accusa in esito all'istruttoria dibattimentale, potrebbe ancora offrire, per la decisione, elementi ricostruttivi utili di esatta interpretazione e "decifrazione" dei risul-

vigente codice di procedura penale ha adottato...la regola...della separazione delle giurisdizioni civili e penali », ha statuito Cass., sez. un., 17 settembre 2012, n. 35559, Giangregorio, in *Arch. n. proc.pen.*, 2012, 627). In dottrina, ad esempio, v. TAORMINA, *Procedura penale*, cit., 101: « La persona offesa può scegliere di rimanere tale in tutto il processo e, avendo scelto di non costituirsi parte civile, potrà agire in esclusiva tutela dell'interesse penalmente protetto di cui è portatrice ». Ancora più "stringente" il recente discorso giurisprudenziale, nella decisione del Tribunale civile di Agrigento, 5 aprile 2018, n. 474, in *Il Merito*, 2019, n.1, 26, secondo cui in materia di risarcimento dei danni derivanti da reato, la sentenza del giudice penale che accertando l'esistenza del reato abbia pronunciato la condanna definitiva dell'imputato del risarcimento del danno in favore della parte civile, rinviando la liquidazione ad un giudizio successivo e separato, esplica effetti vincolanti in sede civile relativamente alla accertata responsabilità dell'imputato, che non può più contestare in sede civile i presupposti dell'affermazione della sua responsabilità come l'accertamento dell'esistenza del reato nonché la declaratoria *iuris* di generica condanna al risarcimento del danno. Altresi, v., per il giudizio penale e in riferimento alla P.C., Corte app. Caltanissetta, Pres. M. G. Romeo, Cons. est. A. B. Giunta, Imp. Esposito Ferrara, 6 luglio 2017, dep. 14 settembre 2017, sent. n. 416/17, di condanna, divenuta irrevocabile il 19 novembre 2017, *ined.*(in riforma della sentenza emessa da altro tribunale e in seguito ad una sentenza 22 giugno della Cassazione, sez. IV, che annulla la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello per nuovo giudizio), « P. Q. M. Condanna l'imputato al risarcimento dei danni nei confronti delle parti civili costituite da liquidarsi nella separata sede civile ».

Relativamente al reato di cui al novellato art. 646 cod. pen. già perseguibile d'ufficio ove fosse contestata l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11 cod. pen., non va attivata la procedura di cui all'art. 12/2 dlgs n. 36/2018, ove la persona offesa si sia costituita parte civile – restando irrilevante che la parte civile abbia successivamente abbandonato il processo – ed il reato sia stato comunque già dichiarato prescritto nel giudizio di merito (v. Cass., sez.II, sent. 23 maggio 2018, n. 23077).

Sulla costituzione di parte civile, da ultimo, v. Cass., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 7858.

⁴⁴ Scrive incisivamente F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1985, 10 che le « defensionnes appartengono a un genere colto, considerati gli infimi livelli a cui talvolta scendono i penalisti ».

⁴⁵ Ma, pure, « si tratta di domandarsi se un eventuale contegno 'riparatore' (in seno lato) da parte del colpevole possa concorrere a definire i presupposti della non punibilità » (G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, in *Itinerari di Diritto penale*, Torino, 2016,90). Cfr. la recensione di E. AMMANNATO, in *Dir. pen. cont.*, 12 aprile 2017, a G. MANNOZZI e G. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, nonché M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, *ivi*, 18 maggio 2015; F. VIGANÒ, Sanzione penale, sanzione amministrativa e *ne bis in idem*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 109; D. FERRANTE, *Giustizia ripartiva e stalking: qualche riflessione e margine delle recenti polemiche*, *ivi*, 4 luglio 2017.

⁴⁶ Trib. Napoli, n. 644/2018.

tati istruttori e soprattutto elucidarli, sia per il giudizio sulla penale responsabilità - e quindi sulla formazione del convincimento dell'organo chiamato ad emettere la sentenza nell' " immediatezza " (v. sentenza Kostovski ⁴⁷), appunto « deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento » ex art.525, co.1, c. p. p. - che per il trattamento sanzionatorio applicabile. L'assenza della persona offesa (non costituita parte civile) integra una lacuna (non rimediata) ed anche (suona come) una implicita o tacita responsabilità per non aver assunto il ruolo di parte.

D'altra canto e specificamente, quando la persona offesa è il querelante ha un interesse netto e ben preciso a resistere alla richiesta assolutoria per evitare di essere condannato alle spese e ai danni, in ipotesi di assoluzione perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, dimostrando che l'esercizio del diritto di querela è stato esercitato *sine culpa* (art. 542 c. p. p. ⁴⁸).

Quindi, l'interesse partecipativo della persona offesa diventa duplice, positivo e negativo.

Poiché non può non convenirsi sulla rilevanza e l' " attualità " del suo interesse, il risultato, emerso, è che il sistema giuridico è affetto (e quindi appare " viziato ") da una lacuna tutt'altro che secondaria che si traduce, per il pregiudizio arrecato alla persona offesa (c.d. *vulnus*), in una ingiustificata disparità di trattamento costituzionalmente apprezzabile (art. 3 Cost.).

6. La persona offesa quale " postulante senza diritti "(Cordero): le si riconosce la vita, ma non la vitalità. Rito *in absentia*

La dottrina più attenta, pur non riconoscendo (o non occupandosi della possibilità del) l'inserimento della persona offesa tra i soggetti che possono partecipare alla discus-

⁴⁷ In dottrina, v. C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016,463 che richiama Corte EDU, 27 marzo 2014, Matytsina c. Russia, la sentenza Kostovski, sull'acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni rese dalla persona offesa durante le indagini: « anche quando la difesa è stata in grado di interrogare un testimone...nella fase delle indagini di polizia, ciò non può sostituire l'esame incrociato di quel testimone...durante il processo davanti al giudice. Si tratta di un elemento importante di un procedimento penale equo...alla presenza del giudice che decide il merito ».

Cfr. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 71 e R. CASRIRAGHI, *Sub art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Uberti e F. Viganò, Torino, 2016, 225 in ordine al « principio d'immediatezza. intesa tanto come contatto diretto del giudice con la fonte di prova quanto come identità del giudice che assume e giudice che valuta la prova stessa ».

In giurisprudenza, sulla « la necessità di un contatto diretto (orale ed immediato) con la prova da parte di quel Giudice che sia chiamato a decidere », v. Cass., sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Presidente Canzio, Relatore De Amicis, Ricorrente Troise.

⁴⁸ Per la giurisprudenza di merito, recentemente, v. Trib. pen. Trieste, sez. II, sent. 14 settembre 2017, n. 941, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 42-43: in tema di procedimento penale, perché il querelante possa essere condannato al pagamento delle spese processuali in caso di assoluzione dell'imputato per insussistenza del fatto o per non averlo commesso, è necessario il preventivo accertamento, con relativo motivato giudizio, dell'esistenza della colpa per l'esercizio del diritto di querela.

sione finale, ne nota e segnala l'assenza: « non vengono alla ribalta l'offeso né l'eventuale satellite; ed è una disputa tecnica, riservata ai difensori delle parti private »⁴⁹.

L'ipotesi è che tale vuoto possa colmarsi con una lettura estensiva dell'art. 90 c. p. p. (norma ospitata nella c. d. "statica" del codice, e non nella "dinamica") ove è previsto che la persona offesa « in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e...indicare elementi di prova ». La struttura della norma, però, non permette di calarla, *sine glossa*, nella compagine

dibattimentale, riconoscendo un autonomo *ius ad loquendum*⁵⁰ (oltre le memorie), sia perché il termine "procedimento" (e non processo) potrebbe essere inteso come limitato alla fase delle indagini preliminari⁵¹, sia perché tale potere, in assenza di una sicura base codicistica, potrebbe non godere di una stabilità, variando da giudice a giudice, in corrispondenza della interpretazione adottata, caso per caso appunto. Si aggiunga che l'attività ostensiva (avente ad oggetto "elementi di prova") non è propria della discussione finale (tranne che la formula "elementi di prova" rappresenti un *minus* della vera e propria⁵² e la si intenda in senso lato, e senza che possa sollevarsi un problema di legalità della prova⁵³). Ove, appunto, tale *ius ad loquendum*, quale strumento difensivo, non possa impiantarsi nella base dell'art. 90 cit., tentando così una lettura della norma c.d. costituzionalmente orientata in quanto allineata con l'art. 24, comma 2, Cost., dovrebbe essere possibile (non residuerebbe altro modo se non) eccepire un *vulnus* per (a carico del) la persona offesa quale soggetto escluso tra quelli che possono prendere la parola ai

⁴⁹ F. CORDERO, Sub art. 523, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 626.

Tuttavia, notiamo come il riferimento al difensore della parte privata potrebbe essere integrato, se richiamiamo il potere dell'offeso di dotarsi di un difensore e riconosciamo la natura sostanziale di parte che quello riveste.

⁵⁰ Sul quale v. Cass., sez. IV, 19 maggio 2016, n. 20993.

Sul problema del coordinamento dell'istituto delle dichiarazioni spontanee, v. Cass., sez. I, 23 novembre 1993, Morgante, in *Cass. pen.*, 1995, 968, con nota di N. TRIGGIANI, *Dichiarazioni spontanee dell'imputato ex art. 494 c. p. p. e discussione finale ex art. 523 c. p. p.*: un opportuno chiarimento della Corte di cassazione. In tema, v. Cass., sez. IV, 28 maggio 1993, Festini, *ivi*, 1995, 308.

Recentemente, v. A. P. VIOLA, *Dichiarazioni spontanee*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 487. I

⁵¹ Così, fra molti, P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2017, 83.

⁵² Precisa PENNISI, *Persona offesa dal reato*, cit., 790 che « l'offeso dal reato non è titolare del diritto alla prova che l'art. 190 c. p. p. limita espressamente alle parti ». Si occupa della problematica TAORMINA, *Procedura penale, loc.cit.*

⁵³ Per la quale si rinvia a Cass., sez. VI, sent. 28 aprile 2017, n. 20267, Sabatini, in *Guida dir.*, 2017, n. 23, 84.

sensi dell'art. 523, co.1, c. p. p.⁵⁴. In tal senso, potrebbe sollevarsi un problema di costituzionalità dell'art. 523 c. p. p. per contrasto con l'art. 24 Cost. ma anche con la disposizione dell'art. 3 Cost. (intesa anche quale "norma-principio") poiché irragionevolmente e incoerentemente il nuovo codice Vassalli accresce la figura della persona dotandola di nuovi poteri, prevede la sua citazione in dibattimento e a pena di nullità, permette persino che le sue (sole) dichiarazioni dibattimentali possano condurre alla condanna dell'imputato, ma poi, nel momento *clou* dello stesso dibattimento in cui ha deposto quale testimone c.d. a carico, il suo intervento *desinit*, svanisce nella discussione finale ove non figura (una costruzione a mezza altezza, dunque, o un legislatore inconcludente). Lo statuto costituzionale è irrefutabile⁵⁵ e reclamabile: la forbice costituzionale rimane aperta poiché nel terreno della discussione finale si consuma una disparità di trattamento tra due soggetti portatori di interessi contrapposti, dandosi la parola per ultimo solo all'imputato. La registrata preclusione per la persona offesa, i cui interessi non possono trovare compiuta espressione e forma processuali, è una lacuna dell'ordinamento giuridico ciò che neppure una lettura costituzionalmente orientata riesce a colmare ed emendare.

⁵⁴Art. 523 (Svolgimento della discussione).1. Esaurita l'assunzione delle prove, il pubblico ministero e successivamente i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato formulano e illustrano le rispettive conclusioni, anche in ordine alle ipotesi previste dall'articolo 533, comma 3-bis.

L'*homo novus* si duole molto di un andamento che vede l'avvocato parlare per primo (*antequam verbum accuatoris audisset*), considerata ingiusta: « Ciò accade perché un pretore ha violato l'equità e il diritto...; inoltre perché ha fissato la procedura di questo stesso processo in modo tale che l'accusato fosse costretto a difendersi prima d'aver ascoltato l'arringa dell'accusatore » (M. T. CICERONE, *Pro Publio Quinctio oratio*, in *Le orazioni*, di M. Tullio Cicerone, I, dall'81 al 70 a. C., a cura di G. Bellardi, Torino, 1994, 124 s.). Rispetto al vecchio codice « è il pubblico ministero che apre la discussione, ponendo » la difesa « dell'imputato in coda » (precisano D. SIRACUSANO-F. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in AA. VV., a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, 654).

⁵⁵Nella ipotesi in cui nell'intervallo tra la deliberazione e la pubblicazione della sentenza entri in vigore una nuova normativa - ovvero venga dichiarata incostituzionale quella vigente - che espliciti effetti sostanziali e processuali sul rapporto controverso, è dovere del giudice applicare immediatamente la disciplina sopravvenuta, mediante i necessari consequenziali adempimenti (Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2018, n. 16052, Newi, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 82). Ma, in una (già) storica ordinanza 26 novembre 2018, n. 207, *ivi*, 2019, n.1, la Corte costituzionale ha rinviato di un anno la trattazione di una questione di costituzionalità per dar modo, *medio tempore*, al legislatore di intervenire per regolamentare la materia *sub iudice*, « laddove la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone scelte che il legislatore è abilitato a compiere ».

D'altra parte, sul « sindacato della Corte costituzionale, adusa a enucleare vizi di costituzionalità nei testi legislativi ad essa sottoposti », v., fra gli altri, I. PELLIZZONE, « *Manifesta incostituzionalità "quale fondamento del rinvio di una legge. Spunti di riflessione a margine del primo rinvio del presidente Mattarella*, in *A. I. C.*, n.3/13-7-2018. Sulla « interpretazione conforme a Costituzione della legge da parte dell'autorità giudiziaria », v. E. LAMARQUE, *La Costituzione interpretata dall'autorità giudiziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2/ 2018, 62. In tema, v. G. ZAGREBELSKY e V. MARCENO', *La giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, 123-126; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2016; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; R. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006;

In dottrina, v. T. E. EPIDENIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 101, che riporta i tre citati principi tra le « *norme-principi* », da intendersi...come norme espressive di « valori » ».

Può anche intrecciarsi un paradosso: è la persona offesa che genera la vita del processo penale laddove la querela riveste il ruolo di una condizione di procedibilità dell'azione penale ⁵⁶ (e può anche lo stesso soggetto deciderne la " morte ", con il suo ritiro incidendo sul potere decisorio: v. art. 529 c. p. p., in ordine alla sentenza di non doversi procedere), allorché il procedimento penale si mette in moto per via della sua querela, che diventa la radice dell'intero processo ⁵⁷. Poi, però, " non le si darà (mai) la parola " (il sistema non prevede espressamente che il giudice dia la parola alla persona offesa) quando la celebrazione del processo, edificato sulla sua " parola ", dovrà chiudersi, nella fase finale, *in absentia* (alle porte della camera di consiglio e quindi della decisione non figura la presenza giuridica della persona offesa). Dunque, " la vita ma non la vitalità ", in sintesi: la linfa della persona offesa determina l'origine del processo penale (quindi rapporto di filiazione di questo rispetto all'atto genetico di quella), ma questo non le riconosce il potere di continuare ad esistere (tranne che si costituisca parte civile) autonomamente nei momenti cruciali e " decisivi " della discussione finale.

Se sono, come si sottolinea in dottrina, antagonisti, non si giustifica del tutto il fatto che, ai sensi dell'art. 523, co. 5, c. p. p. ⁵⁸, solo l'imputato e il suo difensore « devono avere, a pena di nullità, la parola per ultimi se la domandano ». Quali " puri " antagonisti (non lo è il P.M. , organo pubblico ⁵⁹, " parte imparziale ", si suole appellare con voce ossimorica), la scelta di non dare la parola alla persona offesa le fa correre lo stesso rischio che corre l'imputato, sebbene nella direzione opposta: l'imputato rischia la condanna, la persona offesa l'assoluzione (dall'accusa) a cui ha interesse solo il primo. L'ultima parola dovrà spettare all'imputato, ma anche dovrebbe riconoscersi alla sua vittima ⁶⁰, specu-

⁵⁶ Sul reato non procedibile d'ufficio, v., da ultimo, Cass., sez. un., sent. 7 settembre 2018, n. 40150, in *Guida dir.*, 2018, n. 40, 62.

⁵⁷ L'esempio può trarsi da Cass. pen. sez. VI, sent. 9 ottobre 2018, n. 45465, in *Guida dir.*, 2018, n. 44, 113: il dipendente di Trenitalia che lavora allo sportello della biglietteria, il quale si appropriò dei soldi ricevuti per l'acquisto dei titoli di viaggio, non è perseguibile per il reato di peculato, in quanto non è un incaricato di pubblico servizio. L'assenza della qualifica soggettiva pubblicistica determina, in tale ipotesi, del reato meno grave, di appropriazione indebita, perseguibile però a querela.

⁵⁸ Ma per Cass., sez. VI, 28 aprile 1995, La Vigna, in *C. E. D. Cass.*, 201838, il potere di prendere la parola per ultimi dell'imputato e del suo difensore non opera nel procedimento camerale.

⁵⁹ Al riguardo, v., fra gli altri, R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 479 s; P. CARETTI-U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, 463. In giurisprudenza, sul ruolo del P.M. v., da ultimo, Cass., sez. VI, sent. 21 marzo 2018, n. 18082, Pres. Villoni, Est. Vigna.

⁶⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, 419 s.

DELLA CASA, *Soggetti*, in G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., 118: « il termine " vittima " è usato...una sola volta nell'art. 498 comma 4 *ter* ». Sul punto, già v. S. 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 s.

Sia dottrina (v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, Torino, 2015, 210) che giurisprudenza (Corte App. pen. Roma, sez. I, 2 ottobre 2017, n. 6609, in *Il Merito*, 2018, n. 3, 47) parlano di " vittima del reato ". Da ultimo, v. Trib. civ. Agrigento, 5 aprile 2018, n. 291, in *Il Merito*, 2019, n. 1, 26: la vittima di un reato ha diritto al risarcimento del danno patrimoniale non patrimoniale nella sua più ampia accezione.

D'altra parte, v. Corte Edu, 26 luglio 2018, Dridi c. Germania, in *Proc. Pen. Giust.*, 6/2018, sulla possibilità che deve avere la difesa di esercitare i poteri effettivamente. Ma secondo Cass., sez. V, 12 aprile 2012, Pres. Oldi, non è invocabile nel rito camerale l'art. 523, c. p. p., di dare per ultimo la parola all'imputato.

larmente. Non basta assegnarla al P.M. (se ciò suscita anche una aspettativa), nella forma di una riserva, perché potrebbe concludere a favore dell'imputato e in quanto la persona offesa-querelante ha un interesse autonomo (per esempio arg. ex art. 542 c. p. p.) che legittima la sua partecipazione alla discussione finale, paritariamente⁶¹. Se, per esempio, secondo l'accusa, alla persona offesa fossero stati arrecati una lesione all'onore e alla reputazione, questi sono considerati diritti della persona costituzionalmente garantiti⁶² processualmente reclamabili dai soggetti passivi.

Quindi, dal combinato disposto degli artt. 24, co. 2, Cost. che consacra ed appella « la difesa...diritto inviolabile » (il testo della norma, aspecifico, non è riferibile solo alla difesa dell'imputato riservatamente) declinato (dettando la norma anche la sua latitudine) « in ogni stato e grado del procedimento » e 90 c. p. p. relativo alla persona offesa, specificatamente, che può esercitare i suoi poteri « in ogni stato e grado del procedimento » (co.1), nello stato finale della discussione, ai sensi dell'art. 523 c. p. p.⁶³, la difesa della persona offesa⁶⁴ non risulta coinvolta (diversamente da quanto prevede a beneficio dell'imputato, e in violazione dell'art. 3 Cost.), residuando un difetto costituzionale.

Al riguardo, in una recente decisione si richiama « il rispetto delle prerogative tipicamente processuali in cui si sostanzia il diritto di difesa »⁶⁵.

Può concludersi che così come « era un postulante senza diritti nel vecchio sistema »⁶⁶, anche nell'attuale e nel distretto segnalato, lo è. Nonostante i rafforzamenti della sua posizione⁶⁷ - tenendo conto che « la prospettiva è...andata mutando negli ultimi anni, grazie soprattutto alle sollecitazioni sovranazionali che hanno condotto ad un protagonismo della vittima nella scena processuale penale del tutto nuovo »⁶⁸ - la vittima del reato continua

⁶¹ Eloquentemente ed esemplificativamente, v., nell'ottica dell'antagonista della P.O., Cass. sez. un., sent. 24 settembre 2018, n. 40984, Gianforte, in *Guida dir.*, 2018, n. 42, 89: è abnorme e quindi ricorribile per cassazione anche dalla persona sottoposta ad indagine il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che, non accogliendo la richiesta di archiviazione, ordina, ai sensi dell'art. 409, comma 1, Cpp., che il pubblico ministero formuli la richiesta di archiviazione per un reato diverso da quello oggetto della richiesta. La Corte, così, ha risolto un contrasto interpretativo in tema di titolarità del diritto di impugnazione, riconoscendo la legittimazione a ricorrere non solo al pubblico ministero, ma anche all'indagato, sul rilievo che l'imputazione coatta per fatti non contemplati dal pubblico ministero nella richiesta di archiviazione incide pesantemente sulla possibilità per l'indagato di interloquire sull'accusa e sulla sua legittimità e, in ultima analisi, sulla possibilità di difendersi per impedire di essere sottoposto a processo.

⁶² Così, Cass. civ., sez. III, 15 giugno 2018, n. 15742, X, in *Guida dir.*, 2018, n. 46, 82.

⁶³ Sulla norma v. Cass., sez. un., sent. dicembre 2012, n. 6509, e, recentemente, v. Cass. pen. n. 12603/2017. Prima, Cass., sez. II, 6 maggio 2014, n. 44666. Da ultimo, v. Cass., sez. V, sent. 5 marzo 2018, n. 9936.

In dottrina, ad esempio, v. G. COSTANTINO, *Appello in cassazione. Giudizio in cassazione*, in *Enc. it. Treccani* (Libro dell'anno del diritto 2015), Roma, 2015, 1, 516; M. TARUFFO, *Le novità nel giudizio di cassazione*, ivi, 2013, 534.

⁶⁴ La quale, appunto, pure abbia nominato un suo difensore, secondo una norma *ad hoc* per la nomina della persona offesa, l'art. 101 c. p. p.

⁶⁵ Al riguardo, v. Cons. St., Ad.Plen., 5 settembre 2018, n.14, in *Guida dir.*, 2018, n. 40, 84.

⁶⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 276.

⁶⁷ CORDERO, *Sub art. 90, Codice di procedura penale commentato*, loc.cit.: « Grazie all'art. 91 e alle norme ivi richiamate, esce dal limbo ».

⁶⁸ MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, cit., 300, valutando

a muoversi nella periferia del processo penale, passandosi al “ vicolo cieco “ del mancato riconoscimento di partecipare alla discussione finale mediante il suo difensore nominato. Fin quando non avrà accesso all’area d’interesse (quella nevralgica), la vittima del reato rimarrà ai margini delle zone contrassegnate dall’oralità e dall’apporto dialogico ed anche dall’immediatezza (nell’accezione che assicura il contatto diretto con il giudice della decisione, anche quale fonte di prova), appannaggio del suo antagonista in un terreno occupato dal “ garantismo penale unilaterale “, centrato, appunto, sui diritti del reo ⁶⁹. La giurisprudenza più recente, quella che orienta incisivamente la “ sintassi “ applicativa non dubita della « necessità di un contatto diretto (orale ed immediato) con la prova da parte di quel Giudice che sia chiamato a decidere » ⁷⁰.

In tal senso, evidentemente, ha pienamente ragione la dottrina quando stigmatizza l’incoerenza della trama del tessuto del processo penale che segue un andamento decrescente, poiché « dopo l’esercizio dell’azione penale...a partire da tale momento...l’organicità del disegno risulta affievolita, visto che...alla persona offesa al reato in quanto tale vengono riconosciuti poteri assai ridotti...Ciò, peraltro, può comportare...il perpetuarsi della confusione dei ruoli di persona offesa e di parte civile » ⁷¹.

7. Il sistema che si completa (l’ambito sovranazionale): la sfera del “ dovere “ e quella del “ potere “, di *Ethos* e di *Epos*

Pubblico ministero e persona offesa esprimono, più o meno intensamente, un’accusa (per il primo è tecnica, per la seconda è genetica) che possono esercitare con incisivi poteri (entrambi i soggetti ⁷²) - pubblica risalente all’organo del P.M., privata quella relativa alla P. O. , che si attesta quale « naturale antagonista dell’imputato » ⁷³, con una serie di poteri previsti (anche dal codice penale: v. artt. 120,121) nel codice Vassalli [artt.90, 101 che consente alla persona offesa di godere del patrocinio a spese dello Stato a norma dell’art. 2 co. 1 lett. 0a) del d.lgs. 14 agosto 2013 n. 93 conv. con mod. nella l. 15 ottobre 2013, n. 119, 360, 369, nell’aggiunta del 2014, 394, 398, 401,406, 408 s., 413, 419, 429, 572; v., pure, le disposizioni che regolano il procedimento che si svolge avanti il giudice di pace e l. 20 novembre 2017, n. 167 (legge europea 2017), che contiene (artt. 6 e 24) disposizioni in materia

dosi il reato non quale semplice offesa ai danni della società, ma come « offesa alla vittima ed alla collettività cui quella vittima appartiene ».

⁶⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *La criminalità: il vero limite all’effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 707.

⁷⁰ V. Cass., sez. un., 3 aprile 2018, n. 14800, Ric. Troise, cit.

⁷¹ DELLA CASA, *Soggetti*, in G. Conso-V.Grevi-M.Bargis, *Compendio di procedura penale*, cit., 121-121.

⁷² DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, loc.cit.: « Collabora con la pubblica accusa, nel corso del procedimento per le indagini preliminari ». Al riguardo, v., pure, TAORMINA, *Procedura penale*, loc. ult. cit.

⁷³ Così, P. P. PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Milano, 2008, 594, che, sul punto, richiama A. GIARDA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, 2 s. Recentemente, sulla figura, v. C. MORSELLI, *Sub art. 90. Scoli. Commento al Codice di procedura penale*, I, Palermo, 2014, 297 s.

di accesso alle prestazioni del Fondo per l'indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti e di termini di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico; l. 11 gennaio 2018, n. 4 (modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici);

l. 11 gennaio 2018, n. 6 (disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia)].

In effetti, e per rimarcare la sua differenza con il testimone ⁷⁴ (tale, per l'appartenenza del narrato al vissuto di chi lo rende mediante il mezzo di prova corrispondente e nell'orbita della regiudicanda), la persona offesa ha un ruolo attivo potendo esercitare diritti e facoltà (può nominare un difensore e indicare elementi di prova), ciò che lo pone quale soggetto che parte-cipa alla dialettica intersoggettiva (nel verbo "partecipare" la radice estraibile è "parte").

La dottrina, forzando il dato letterale che richiede la qualità di "parte", ai fini segnati all'art. 121 c. p. p., ritiene che « la persona offesa e il suo difensore presentino al giudice memorie o richieste scritte, mediante deposito in cancelleria...il giudice provvede senza ritardo » ⁷⁵.

Quanto precede per sottolineare l'esigenza di instaurare una certa parità fra soggetti, collocati in posizione contrapposta, e che è quanto può ipotizzarsi in alternativa al segnalato dubbio di incostituzionalità delle norme coinvolte, sulla spinta anche del considerando n.11 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI): « La presente direttiva stabilisce norme minime. Gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti al fine di assicurare un livello di protezione più elevato ».

Ora il "diritto" ad essere ascoltati trova puntuale riconoscimento anche in ambito sovranazionale ⁷⁶, tanto nella (precedente) decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio

⁷⁴ Mentre sull'esame del testimone che sia anche persona offesa, v. Cass., sez. III, sent. 21 novembre 2017, n. 52809, in *Guida dir.*, 2018, n. 6, 68 s. Sulla testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria, v. Corte cost., sent. 30 luglio 2008, n. 305, in *Corr. giur.*, n.10, 1438, e Cass., sez. IV, 30 maggio 2018, n. 24373, cit. ricorda che - successivamente a tale nota declaratoria - « l'art. 4, l. 1 marzo 2001, n. 63 ha riformato la disposizione dell'art.195, comma 4, cod. proc. pen. introducendo nuovamente il divieto per gli ufficiali e gli agenti di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni, ma limitandone l'ambito applicativo alle sole ipotesi in cui tali dichiarazioni siano state raccolte secondo determinate modalità: ex art. 351, da persone informate sui fatti ovvero da imputati in reati connessi o collegati a quello per cui si procede; tramite denunce, querele o istanze presentate oralmente ex art. 357, comma 2, lett. a); tramite sommarie informazioni fornite o dichiarazioni spontanee rese dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, ex art. 357, comma 2, lett. b) ». In materia, M. BARGIS, *Testimonianza*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Milano, 2008, 1097, avverte che la nozione di testimonianza « non è definita dal legislatore, che ne presuppone il concetto ».

In dottrina, v. C. CESARI, *Testimonianza indiretta (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Milano, 2008, 1135, sulla « rievocazione processuale di fatti intesi da altri e raccontati da costoro...al testimone che li riferisce » (e che noi racchiudiamo nella formula di sintesi *relata refero*).

⁷⁵ DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 577-578. Inammissibile è la memoria ai sensi dell'art. 121 c. p. p. depositata dopo la chiusura del dibattimento (Cass., sez. I, 18 dicembre 2012, n. 49086, in *Arch. n. proc.pen.*, 2014, 192).

⁷⁶ Sulla « maturata consapevolezza della dimensione europea ed internazionale del processo penale », v. O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 3. Al riguardo, v. R. E.

dell'Unione europea del 15 marzo 2001 [relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, e che all'art. 1 definisce « a) " vittima ": la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro »⁷⁷] che nell'attuale Direttiva 2012/29/UE [art. 2. 1. « Ai fini della presente direttiva per a) " vittima ": 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 »]⁷⁸ (per l'influenza delle " direttive europee ", v. d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. conv. con l. 15 ottobre 2013, n.119; d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24; d.lgs 11 febbraio 2015, n. 9; d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212⁷⁹).

Per intendere la portata della disposizione dobbiamo abbinarlo al contesto in cui tale ascolto è utile a chi lo chiede ed indubbiamente quello è individuabile nel dibattito, nell'ambito della discussione finale proprio perché così può farsi sentire la persona offesa, dal giudice della decisione.

Ed è questo il significato specifico che può ricercarsi nel potere che ha la persona offesa di nominare un difensore⁸⁰, che non esclude l'autodifesa laddove voglia far sentire la sua viva voce all'organo giurisdizionale (nei casi dettati dall'art. 90, co.1, c. p. p., autorevole

KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale, Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2015, 71.

⁷⁷ Articolo 3 Audizione e produzione di prove. Ciascuno Stato membro garantisce la possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le autorità competenti interrogino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale.

Articolo 6. Assistenza specifica alla vittima. Ciascuno Stato membro garantisce che le vittime abbiano accesso, gratuitamente ove ne sussistano i requisiti, all'assistenza di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera f), punto iii), relativa al loro ruolo nel corso del procedimento ed eventualmente al patrocinio gratuito di cui all'articolo 4, paragrafo 1, lettera f), punto ii), in qualità di possibili parti del procedimento penale.

⁷⁸ V. il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE operato lo scorso 10 ottobre 2017 dal Tribunale di Bari, sez. II, con ordinanza (in *Giur. pen.*, 18 gennaio 2018, *Il principio dell'immediatezza soggettiva della decisione penale al vaglio della Corte di Giustizia UE. Il Tribunale di Bari solleva una questione pregiudiziale*; pure in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2018, F. MARCHETTI), con il quale è stata chiesta la corretta interpretazione degli articoli 16, 18 e 20 lett. b) della Direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, trasposta, per ciò che riguarda l'Italia, nel D. lgs. n. 212/2015: « Se gli artt. 16, 18 e 20 lett. b) della Direttiva 2012/29/UE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a che la persona offesa debba essere sottoposta nuovamente all'audizione dinanzi al mutato giudicante quando una delle parti processuali ai sensi degli artt. 511, comma 2, c. p. p. e 525, comma 2, c. p. p. (come costantemente interpretati dalla giurisprudenza di legittimità) neghi il consenso alla lettura dei verbali delle dichiarazioni già in precedenza rese dalla stessa persona offesa nel rispetto del contraddittorio ad un giudice diverso nello stesso processo ».

In dottrina, v., ad esempio, G. ILLUMINATI *La vittima come testimone*, L. Lupària (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, 63 s.; O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, n. 2, 477.

⁷⁹ In dottrina, v. M. CAGOSSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Dir.pen.cont.*, 19 gennaio 2016; *ivi*, 4 aprile 2017, L. LUPÀRIA, in riferimento a M.BARGIS-H.BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017; F. DELVECCHIO, *La nuova fisiologia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, *ivi*, 11 aprile 2016; S. RECHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti " eventuali ", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, *ivi*, 16 gennaio 2017.

⁸⁰ Con questa " dote difensiva " (insieme ai singoli poteri esercitabili) non si discosta molto dalle altre parti, e può considerarsi quale parte sostanziale con le altre parti espressamente previste all'art.523, co. 1, c. p. p.

dottrina ammette l'intervento autonomo della persona offesa⁸¹). Così, il "diritto di essere ascoltati" ha una piena valenza se collocato anche nella contrapposizione dialettica rispetto al suo autentico antagonista, cioè l'imputato (di cui continua a richiamarsi « la centralità... e la preminente esigenza di garantire i suoi diritti fondamentali nel contesto di un processo... definito equo... in una visione antropocentrica della procedura penale »⁸²), sia in sede di discussione sia riconoscendo, per un canone di *par condicio* e di "parità d'armi"⁸³, anche alla persona offesa la facoltà di prendere la parola per ultimo.

Sarebbe questo il canale "visibile" attraverso cui si assicurerebbe una tutela più ampia ed estesa alla persona offesa prospettata al citato considerando n. 11 e che permetterebbe al diritto interno di completarsi autonomamente. Al riguardo, si è notato che « tanto la Decisione quadro 2001/220/GAI, quanto la successiva Direttiva 2012/29/UE vincolano... infatti, gli Stati membri a garantire alla vittima la possibilità di rendere una deposizione rimettendo, tuttavia, al legislatore nazionale la disciplina della veste giuridica e dell'efficacia dimostrativa del contributo »⁸⁴.

Potrebbe obiettarsi che, così, si assommano troppi poteri in capo alla persona offesa⁸⁵, autore della prova dichiarativa e che da sola può essere assunta a fondamento di una decisione di affermazione della penale responsabilità dell'imputato - secondo un orientamento, da tempo, maggioritario⁸⁶ ponendo l'imputato in una posizione di netto svantaggio.

⁸¹ TONINI, *Manuale breve*, cit., 90: « In tali casi, peraltro limitati, la persona offesa può agire anche personalmente nel procedimento; ad esempio, può presentare memorie ed indicare elementi di prova. In relazione a questi atti l'offeso non è costretto ad agire "col ministero di un difensore", a differenza di quanto è previsto per le parti private diverse dall'imputato (es. parte civile) ».

⁸² MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *Le ragioni del garantismo*, diretta da A. Gaito-E.Marzaduri-O.Mazza-F.R.Dinacci, *I Principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, loc.cit.

⁸³ S. BUZZELLI, *Sub art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, cit., 172 s., sul « principio del contraddittorio, il quale - a sua volta - presuppone la parità delle armi ». In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. civ., ord. 7 marzo 2018, n. 5431 e Corte cost., sent. 20 luglio 2018, n. 167, Pres. Lattanzi, Red. Coraggio.

Nel senso che il « dibattito contraddittorio » richiede la produzione degli « elementi di prova... davanti all'accusato durante l'udienza pubblica », v. C.edu, sent. 19 febbraio 1991, Isgrò c. Italia, par. 34; C.edu 19 dicembre 1990, Delta c. Francia, par. 36.

⁸⁴ STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 3-4.

Nella deliberazione 9 ottobre 2008, causa C-404/07, Katz, la Corte di Giustizia ha statuito che gli artt. 2 e 3 Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI « 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 », come previsto 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, M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, 108 s.

⁸⁵ Per la fase preprocessuale, si pensi al potere di impulso ai sensi dell'art. 392, comma 1 *bis*, c. p. p. e quello autonomo ex art. 394 c. p. p. (richiesta della persona offesa) in materia di incidente probatorio (v. L. LUPÀRIA, *Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2011, nel commento a Corte di giustizia UE, sent. 21 dicembre 2011, proc. pen., c. X, causa C-507/10) o, al termine delle indagini preliminari, al potere, assai cospicuo, di formulare opposizione alla richiesta di archiviazione previsto all'art. 410 c. p. p., su cui in dottrina, v., ad esempio, M. CAINAIELLO, *Archiviazione*, *Enc. dir.*, *Annali II*, t. 1, Milano, 2008, 1135, 59 s. e, in giurisprudenza, Cass., sez. V, sent. 25 ottobre 2017, n. 49046, Pres. Vessichelli, Rel. Scordamaglia; Cass., sez. III, sent. 20 giugno 2018, n. 28531, Pres. Di Nicola, Rel. Gai.

⁸⁶ L'orientamento maggioritario ritiene che anche la sola deposizione della persona offesa, ancorché non equiparabile a quella di un testimone estraneo, possa fondare il giudizio di responsabilità dell'imputato, indipen-

Riteniamo che, al riguardo, serva un chiarimento segnalando che così si confondono i due piani del “ dovere “ e del “ potere “: la persona offesa dichiarante in dibattimento è chiamata (*vocatio*) dal pubblico ministero a rendere testimonianza e il cui ufficio è obbligatorio e attiene alla classe del dovere, diversamente dalla posizione da noi prospettata di partecipare alla discussione e di avere in ultimo la parola, ciò attenendo ad una posizione di potere⁸⁷ (evocativo). Nel primo caso siamo nella sfera di *Ethos* e la persona offesa è posta in un piano di passività anche per il vincolo di verità cui è sottoposta in sede di escussione (v. art. 198 c. p. p. ad esempio: « Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice...e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte »), nel secondo nel terreno di *Epos* e sviluppa un ruolo attivo⁸⁸ e devolutivo.

Questo non elimina (e non può eliminare) il fenomeno, francamente degenerare, in atto nel terreno giurisprudenziale, a detrimento dell'imputato così svantaggiato, circa la massima valenza riconosciuta al *dictum* della persona offesa (che altre volte abbiamo segnalato e censurato⁸⁹) ai limiti dell'integrazione di una ipotesi di abuso del processo⁹⁰ (delle forme del processo e della regola tramandata dalla tradizione dell'*unus testis nullus testis*⁹¹) per il malgoverno circa l'uso (apofantico, nel versante della verità) della testimonianza della perso-

dentemente dall'esistenza di riscontri esterni, soprattutto quando non sussistano situazioni che inducano a dubitare della sua attendibilità (Cass. n. 225232 del 23 maggio 2003), mentre l'orientamento minoritario afferma la necessità di compiere un esame attento, mediante la conferma con altri elementi probatori, cosicché tale testimonianza può essere assunta, anche da sola, come fonte di prova, solo se essa viene sottoposta ad un riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva (Cass. n. 235578 del 18 dicembre 2006).

⁸⁷ Poteri e doveri risultano esaminati all'interno di uno studio assai raffinato, e che oramai può considerarsi un classico della letteratura giuridica italiana, condotto da F. CORDERO, *Studi sulle dottrine generali del processo penale. Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, 263-264, il quale coinvolge in uno scrutinio unitario le tre categorie dell'onere, del dovere e del potere, ritenendo « esclusa...la possibilità di individuare la linea di confine tra le due figure dell'onere e dell'obbligo...l'onere insomma...si risolverebbe in un'irreale figura di situazione soggettiva ricavata per contrappunto da quella di obbligo » e l'onere « è, ne più né meno, il potere ».

Anche nell'ambito del diritto pubblico si osserva che « la situazione di potere è risultata particolarmente utile...ai teorici del diritto pubblico...potere contiene in sé un elemento di dovere: essa deve essere esercitata ogni volta che l'interesse pubblico lo richiede » F. G. COCCA-M. R. SPASIANO, *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2017, 22. V., pure. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, 2009, 10: « Al potere si connette in ogni caso, il concetto di onere ».

⁸⁸ Precisa CORDERO, *Sub art. 90, Codice di procedura penale commentato*, cit., 107 che « è una presenza meno attiva, rispetto alle autentiche parti ».

⁸⁹ V. C. MORSELLI, *Prova (e mezzi di): ispezioni, perquisizioni, sequestri*, Roma, 2017, 66 s. Per la giurisprudenza di merito, v. Corte d'Appello di Lecce, sent. 30 luglio 2018, n. 1183, in *Il Merito*, 2019, n. 1, 43: vin tema di valutazione della prova, la deposizione della persona offesa può essere assunta, anche da sola, come prova della responsabilità dell'imputato, purché sia sottoposta a vaglio positivo circa la sua attendibilità e senza la necessità di applicare regole probatorie di cui agli artt., 192, commi 3 e 4 c. p. p. che richiedono i riscontri esterni.

⁹⁰ La nozione è stata elaborata originariamente nel terreno del processo civile, con la storica pronuncia delle Sezioni unite n. 23726 del 15 novembre 2007, la quale, in tema di diritto di azione, ha chiarito che nessun procedimento può dirsi processo giusto (art. 111 Cost.) ove rappresenti l'« esercizio del diritto di azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltre che la ragione dell'attribuzione al suo titolare, della *potestas agendi* » (la sentenza è richiamata, da ultimo, da L. PACIFICI, *L'abuso del processo*, in *Quest. giust.*, 19 settembre 2018).

⁹¹ Dal Pentateuco (AT), NUMERI, 30: « Se uno uccide un altro, l'omicida sarà messo a morte in seguito a deposizione di testimoni, ma un unico testimone non basterà per condannare a morte una persona ». V. pure, DEUTERONOMIO, 6: « Colui che dovrà morire sarà messo a morte sulla deposizione di due o di tre testimoni. Non potrà essere messo a morte sulla deposizione di un solo testimone ».

na offesa⁹², ma non altera la nostra impostazione che intende inserirsi sul piano “ricostruttivo”, o mediante un intervento legislativo additivo o superlegislativo (alludiamo a quello del c. d. giudice delle leggi, che la Corte Suprema indiana, recentemente, definisce « *the final arbiter of the constitutional rights* »⁹³). Se la persona offesa non si costituisce parte civile sa bene che il suo *dictum* sarà dirimente, ai fini della c.d. questione storica del processo (se l'imputato è l'autore del reato), poiché il suo apporto sarà “decisivo” (in posizione ancipite: attiene alla P.O. ma coinvolge la tipica attività del giudice, quella decisoria) in quanto la relativa deposizione non richiederà riscontri esterni che la comprovino, diversamente da quanto richiesto per le dichiarazioni della parte civile⁹⁴.

La normativa interna non ha congegnato un meccanismo di incompatibilità⁹⁵ sia della persona offesa con l'ufficio del testimone sia in riferimento al fatto che la stessa possa assumere anche il ruolo di parte civile, esercitando una pretesa risarcitoria⁹⁶.

⁹²E nel solco non del diritto codificato, bensì di quello applicato e, in particolare, di quello c. d. vivente

In ordine al valore delle dichiarazioni della p. o. può dirsi che « sul punto si è formato un vero e proprio “diritto vivente” » (mutuando da Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Guida dir.*, 2010, n.2, 73, che dichiara illegittimo l'art. 175, co.2, c. p. p., in materia di restituzione nel termine per impugnare). Cfr. V. SPEZIALE, *Il “declino” della legge, l’ “ascesa” del diritto giurisprudenziale e i limiti all’interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it.*, 27 giugno 2018.

N. PALANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Milano, 2008, 4 quando segnala che « nel processo penale un impulso allo studio del fenomeno è provenuto dalla giurisprudenza costituzionale che ha in più d'una occasione ravvisato situazioni “patologiche” del procedimento stesso, derivanti al cosiddetto diritto vivente ». Ma la Corte ha escluso l'abuso dell'iniziativa del querelante anche in ipotesi di proscioglimento con formula piena (v. Corte cost., 3 dicembre 1993, n. 423, in *Giur. it.*, 1994, I, 378, in riferimento all'art. 427, comma 1, c. p. p., rinviandosi; analogamente, v. Corte cost., 13 giugno 2000, n. 186, in *Giur. cost.*, 2000, 1613, avuto riguardo all'art. 616 c. p. p.).

In tema, in dottrina, v. E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 32 s. Recentemente, v. G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1138; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, *ivi*, 2016, 23 s., e in giurisprudenza, ad ultimo, v. Cass., civ., sez. II, ord. n. 17911/2018; Cass. civ., sez. III, 28 giugno 2018, n. 17019, Est. Saija.

⁹³ Supreme Court of India, *Navtej Singh Johar and Others v. Union of India Ministry of Law and Justice Secretary*, 6 settembre 2018, cit., par. 23.

⁹⁴ Corte d'Appello di Lecce, sent. 30 luglio 2018, n. 1183, cit.: solo quando la persona offesa si sia anche costituita parte civile, e sia perciò portatrice di pretese economiche, il controllo di attendibilità deve essere più rigoroso rispetto a quello generico a cui si sottopongono le dichiarazioni di qualsiasi testimone e può rendere opportuno procedere al riscontro di tali dichiarazioni con altri elementi.

⁹⁵ La materia è approfondita, in particolare, da M. BARGIS, *Testimonianza*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, 2008, 1115 s. Per la manualistica, v., ad esempio, recentemente, G. LOZZI, *Lineamenti di procedura penale*, Torino, 2016, 124 s.; TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, cit., 206 s.; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 237.

V., analogamente, Cass., sez. V, 20 marzo 2017, n. 13529, C.M., in *Dir. pen. proc.*, 2017, 755: il prossimo congiunto dell'imputato, anche se testimone, non può astenersi dal deporre.

Cfr. G. M. BACCARI, *Il testimone prossimo congiunto dell'imputato connesso o collegato*, *ivi*, 2003, 437; L. FALDATI, *La testimonianza penale*, Torino, 2012, 100; N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, in AA. VV., P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher, (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2016, 196.

Sulle disposizioni limitative della capacità di testimoniare, v., da ultimo, Cass. civ., sez. II, ord. 23 luglio 2018, 19498, Industrie Toscanini, in *Guida dir.*, 2018, n. 47, 52 s.

⁹⁶ STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., 3, nota 11, osserva che « 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 provvisoria, 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 » (richiamando G. FUGA,

Se, comunque, la “ percezione “ è che dando la parola per ultimo anche alla persona offesa mediante tale canale partecipativo si ha un qualche sbilanciamento rispetto all'imputato, quella non è irriducibile e questo è rimediabile.

Si sono già indicate le precise ragioni, solo tecniche e quindi processuali e di tutela processuale, che potrebbero obiettivamente giustificare la presenza (e l'interesse individuale) della persona offesa dal reato nella discussione finale. Tuttavia, per non sbilanciare la portata delle singole posizioni, potrebbe prevedersi per la persona offesa solo di assegnarle la parola per ultimo al pari dell'imputato (così si raggiunge la parità - anche c.d. di armi - fra gli antagonisti e fra puri antagonisti), ma non il diritto di replica.

Una disposizione di sbarramento, di limitazione dei poteri finali della P. O. (un congegno disincentivante si trova già all'art. 523 comma 3, c. p. p.: se l'intervento della P. O. portasse eccessiva tensione emotiva o una certa teatralità, il presidente prima la richiama e poi « impedisce ogni divagazione, ripetizione »), consisterebbe nel negare il potere di replica, per un verso, e introducendo una norma che preveda uno specifico (sebbene contenuto nella misura) potere di replica dell'imputato all'intervento finale della P. O. Così può dirsi che l'imputato “ recupera “ la parola per ultimo e il sistema ritrova il suo bilanciamento nel *favor rei* conclusivo, e vale a “ raffreddare “ l'eventuale intervento “ accorato “ della P. O. D'altra parte, rimane l'imputato (e non la P.O.) il soggetto in grado di dare “ l'ultima impressione “ al giudice o ai giudici popolari.

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), aggiungendo che « ulteriori aggiramenti della norma processualcivile 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 ». Al riguardo, v. P. TONINI, *L'oggetto della testimonianza della parte civile e della persona offesa dal reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1970, 1251; R. CASIRAGHI, *Azione civile e parità delle armi in materia probatoria*, *ivi*, 2014, 878 s.