

L'ATTENDIBILITÀ DELLE DICHIARAZIONI RESE DALLA PERSONA OFFESA DA VIOLENZA SESSUALE: UN PRECEDENTE VINCOLANTE?

Eliana Reccia*

SOMMARIO: 1.- Reati di violenza sessuale e attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa: lo spettro del diritto penale del nemico; 2.- Presunzione assoluta di “veridicità” vs prova oltre ogni ragionevole dubbio nelle dichiarazioni della “vittima” di violenza sessuale; 3.- La “granitica” posizione della giurisprudenza; 4.- La valenza vincolante del precedente in materia di attendibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima di reati sessuali; 5.- Considerazioni conclusive.

1.- Reati di violenza sessuale e attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa: lo spettro del diritto penale del nemico.

I reati di violenza sessuale costituiscono un tema particolarmente delicato, sia quanto all’oggetto del bene tutelato, la libertà individuale - trattandosi di fattispecie tipizzate nei delitti contro la personalità individuale nello specifico della libertà personale¹ - sia con riferimento all’approccio che legislatore, giurisprudenza e media hanno al riguardo.

Di recente, l’introduzione del c.d. codice rosso² ha tentato di rafforzare la tutela delle vittime di tali reati, una tutela purtroppo molto più formale che sostanziale³, perfetta espressione del populismo penale⁴ e del diritto penale mediatico⁵ che caratterizza i tempi odierni⁶. Un diritto penale simbolico, questo, che non di rado distoglie l’attenzione dalla realtà: ancora oggi effettive tutele, soprattutto di

* Post-doc Researcher presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università della Campania “Luigi Vanvitelli”.

¹ Sul punto e quanto alle prospettive di riforma in tema si veda S. Seminara, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2 (2020) 421, che al riguardo ha sottolineato: “si è così voluto tutelare da un lato la formazione e lo sviluppo psichico dell’infanciottenne, sottraendolo a forme di mercificazione potenzialmente devastanti per una sana crescita, dall’altro lato l’autodeterminazione anche del maggiorenne rispetto ad atti compiuti contro la sua volontà, con la conseguente accentuazione della lesività del fatto pure sul piano della libertà morale e fisica”.

² L. 69 del 19 luglio 2019. Per un commento si veda *ex multis*, D. Russo, *Emergenza “Codice Rosso”. A proposito della legge 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Sistema Penale* 1 (2020) 5s.; A. Valsecchi, *“Codice rosso” e diritto penale sostanziale: le principali novità*, in *Dir. pen. proc.* 2 (2020) 165s.

³ Al riguardo si veda F. Palazzo, *La nuova frontiera della tutela penale dell’uguaglianza*, in *Sistema Penale*, 11 gennaio 2021, 7, che evidenzia come la logica del “codice rosso” sia caratterizzata da una ideologia discriminatoria delle fattispecie di aggressione previste, a cui si deve il peculiare inasprimento sanzionatorio. Le stesse, infatti, secondo l’Autore «derivano la loro particolare gravità non dall’offesa fisica (che rimane in sé quella che è), ma dalla componente ideologicamente discriminatoria».

⁴ E. Amati, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020, 20s.; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019, 2s.

⁵ G. Balbi, *Tendenze involutive del diritto penale in una società mediatica: a proposito di alcuni recenti progetti legislativi*, in P. Tanda (cur.) *Giustizia penale: quali riforme?*, Napoli 2004, 45ss.

⁶ In tal senso si veda M. Bertolino, *La violenza di genere e sui minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1 (2021) 65s.

natura preventiva⁷, non sono state realmente apprestate. Si preferisce captare il consenso popolare prevedendo sanzioni sempre più severe⁸ per questi - ulteriori - "nemici" dello stato, di fatto illudendo i consociati che un simile atteggiamento sia funzionale alla prevenzione generale. Non è così. La mera stigmatizzazione *post factum* è intrinsecamente incompatibile sia con la prevenzione generale sia con la prevenzione speciale. L'irrigidimento sanzionatorio, infatti, imperniato su una norma carente di tipicità è espressione di mera retribuzione, d'altronde «l'idea di retribuzione costituisce, da sempre, il *leit motiv* di ogni discorso sulla pena: già la celebre espressione latina, che definisce la pena *malum passionis propter malum actionis*, evidenzia bene l'idea che la sanzione penale deve servire a compensare la colpa per il male commesso (*puniatur quia peccatum est*)»⁹. Certo, a una minaccia sanzionatoria, in ottica di prevenzione general-positiva, dovrebbe seguire l'effettiva applicazione, ma questo - anche - nei reati sessuali non sempre accade. Ne è conferma il numero di vittime da violenza sessuale che è crescente¹⁰, soprattutto da parte di soggetti recidivi, così come dei reati che spesso ne conseguono, su tutti l'omicidio. La paura di denunciare, poi, è direttamente proporzionale alla carenza di tutele effettive e preventive.

Il tema è ampio e ampiamente dibattuto¹¹, ma in questa sede costituisce solo il presupposto di un'analisi che coinvolgerà l'approccio della Cassazione sullo specifico tema dell'attendibilità delle

⁷ Id., *La violenza* cit. 65, che puntualizza al riguardo: «Ha trovato infatti poco spazio il fronte della prevenzione *ante e post delictum*, nei termini di soluzioni di recupero positivo e progressivo non solo delle vittime per arginare il rischio di rivittimizzazione, ma anche degli autori con interventi mirati sulle loro particolari condizioni che non si limitino, sul versante ad esempio della prevenzione *ante delictum*, a meri strumenti preventivi come quelli offerti dal sistema delle misure di prevenzione».

⁸ A tal proposito si veda Bertolino, *La violenza* cit. 67, che ha puntualizzato al riguardo: «con il "codice rosso" si profila ulteriormente un diritto penale e processuale per tipi di vittime, e cioè per particolari categorie di soggetti, dalle quali inevitabilmente si ritagliano tipi di autore pericoloso, per un verso introducendo fattispecie di nuovo conio, per altro verso incrementando la penalità di fattispecie già presenti con cornici edittali più severe o con nuove circostanze aggravanti ovvero rimodulando quelle già esistenti. Mentre in ambito processuale si creano corsie preferenziali, ad esempio attraverso la previsione della comunicazione immediata al pubblico ministero della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria *ex art. 347, co. 3 c.p.p.* ovvero dell'obbligo del pubblico ministero di assunzione di informazioni prima di tutto dalla persona offesa entro un brevissimo termine, tre giorni dall'iscrizione della notizia, *art. 362, co. 1 ter c.p.p.*». E su quest'ultimo punto si veda L. Algeri, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.* 10 (2019) 1363s. In tema di rapporti tra irrigidimento sanzionatorio e prevenzione si veda C. Piergallini, *Pene 'private' e prevenzione penale: antitesi o crisi?*, in C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. Gatta (curr.), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, II, 633ss.

⁹ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, VII ed., Bologna 2018, 732.

¹⁰ Per un approfondimento si veda l'analisi in tema condotta dal Ministero dell'Interno, *Un'analisi dei dati sulla violenza di genere a due anni dal "Codice rosso"*, in <https://www.interno.gov.it/it/notizie/unanalisi-dei-dati-sulla-violenza-genere-due-anni-dal-codice-rosso>.

¹¹ *Ex multis* G. Ambrosini, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino 1997, 11s.; Id., voce *Violenza sessuale*, in *Digesto Disciplina Penalistica*, Torino 1999, 286s.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, XV ed., Milano 2008, 181s.; G. Balbi, voce *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Aggiornamento VII, Roma 1999, 11s.; Id., *Tutela della libertà e dignità sessuale*, in D. Pulitanò (cur.), *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, Torino 2011, 255ss.; Id., *Violenza e abuso sessuale*, in D. Pulitanò (cur.), *Diritto penale. Parte speciale*, III ed., Torino 2019, 290; M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium Iuris* (1996) 403ss.; Id., *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus* (1997) 51s.; Id., *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti (cur.), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano 2001, 159ss.; D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in F.

dichiarazioni rese dalla vittima di violenza sessuale, con particolare riferimento alle accuse mosse nei confronti del presunto autore di tale reato.

La seppur breve panoramica dei reati sessuali è però necessaria, e sarà utile ad analizzare più approfonditamente proprio l'attendibilità di tali dichiarazioni¹².

Tali illeciti, nella loro attuale formulazione, sono stati introdotti nel nostro ordinamento dalla legge n. 66 del 15 febbraio 1996 in seno ai "Delitti contro la persona", nella specifica sezione dei "Delitti con la libertà personale"¹³. Le fattispecie, a dolo generico, si connotano per un riferimento unitario al concetto di "atti sessuali", per la verità scarsamente tipizzante e intimamente inadeguato a coprire normativamente la molteplicità delle condotte di violenza sessualmente connotate estrinsecate nella realtà; ma anche sull'assenza della auspicabile valorizzazione del valido consenso¹⁴ del partner affinché possa escludersi la costrizione all'atto sessuale.

La costruzione normativa, che si connota già intrinsecamente per un *deficit* di tipicità sul quale è attualmente in corso una proposta di modifica¹⁵, è stata estesa oltremodo dalla giurisprudenza, nel

Coppi (cur.), *I reati sessuali*, Torino 2000, 25ss.; A. Cadoppi, *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della l. n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova 2001, 1s.; Id., *La violenza sessuale tra esigenze politico-criminali e limiti della scienza della legislazione penale*, in L. Fioravanti (cur.), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano 2001, 199ss.; S. Del Corso, sub artt. 3 e 4 della l. 15 febbraio 1996, n. 66 - *Norme contro la violenza sessuale*, in *Leg. pen.* (1996) 429ss.; O. Di Giovine, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il "dilemma del femminismo" è anche il "dilemma del diritto penale"*, in *Arch. pen.* 1 (2017) 299ss.; G. Fiandaca, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. Dir.* 4 (2000) 1153; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, IV ed., Bologna 2013, 251; M. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, VII ed., Padova 2019, 411; F. Mavilla, *Il comune senso del pudore tra moralità pubblica e libertà della persona: riflessioni alla luce della nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Giust. pen.* 4 (1998) 206; A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli 1997, 22s.; B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia. La tutela penale*, Milano 2000, 4220; Id., *La violenza sessuale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (dir.), *Trattato di diritto penale*, Padova 2015, 137.

¹² Sulla attendibilità delle dichiarazioni delle "vittime" si veda *ex multis* M. V. Del Tufo, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.* 3.4 (2012) 1ss.; G. Gulotta, *La vittima*, Milano 1976, 20s.; G. Gulotta, M. Vagaggini, *Dalla parte della vittima*, Milano 1981, 12s.; C. Roxin, *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind. pen.* (1989) 5ss.; V. Valentini, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17* 1 (2011) 97ss.

¹³ Per una critica circa tale collocazione sistematica e sulla proposta di un inserimento di un'apposita sezione nominata "Delitti contro la personalità sessuale" «si da poter ricomprendere anche i fatti posti in essere in danno di soggetti, su tutti i minori, cui l'ordinamento non riconosce "libertà", o piena "autodeterminazione", in materia sessuali» si veda G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020, 2ss., Relazione tenuta dall'Autore nell'ambito dell'VIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Napoli 30 e 31 maggio 2019, su *La riforma dei reati contro la persona*.

¹⁴ Sul punto di recente è stato ritenuto che esso debba ritenersi normativamente presunto: «non è ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotte a seguito dell'entrata in vigore della L. 66 del 1996, [...] un qualche indice normativo che possa imporre, a carico del soggetto passivo del reato [...] un onere, neppure implicito, di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella sua sfera di intimità sessuale, dovendosi al contrario ritenere [...] che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita», cfr. Tribunale di Busto Arsizio, 22/01/2022, in *Sistema penale*, 8 marzo 2022, con nota di Pinna.

¹⁵ In proposito si veda la Relazione del Gruppo di lavoro in materia di Reati sessuali, coordinato dal Prof. Sergio Seminara e composto dal Prof. Giuliano Balbi, dalla Prof.ssa Marta Bertolino, dalle Dott.sse, Malaika Bianchi, Sofia Braschi e Lara

tentativo di apprestare una tutela rafforzata alle vittime di tali reati: l'art. 609 *bis* c.p., per esempio, incrimina a titolo di violenza sessuale una condotta che implichi un rapporto fisico - appunto sessuale - con la persona offesa, contro la sua volontà, ma diversi sono i casi in cui taluni soggetti sono stati condannati per un bacio "rubato" o per lo sfioramento di parti intime¹⁶ «pur a fronte di una disposizione - munita peraltro di un elevatissimo regime sanzionatorio - che richiede la presenza di violenza, minaccia o abuso di autorità. In effetti, tramite l'elaborazione giurisprudenziale dei fragilissimi concetti di violenza potenziale e di violenza impropria, si è di fatto riscritta la norma, trasformando in forma libera un reato a forma vincolata»¹⁷.

Il tema è evidentemente, come anticipato, molto delicato, ma l'approccio necessita di essere estremamente attento alle istanze di tutela, ma anche al quadro delle garanzie, per evitare di costruirlo come una sorta di diritto penale del nemico¹⁸ - «una strategia di controllo e di prevenzione che crea potere sovrano in maniera performativa, che poggia la propria legittimazione sull'imperativo della sicurezza e che cerca la liceità e la legalizzazione nella legge»¹⁹. Nei reati sessuali, infatti, l'anticipazione della tutela e la focalizzazione sul tipo di autore che pone in essere la potenziale condotta, molto spesso, tendono quasi a prevalere sull'offesa perpetrata e dunque sul fatto di reato. L'approccio da nemico nei confronti dell'autore di tali reati ha ripercussioni anche sulle garanzie processuali del potenziale autore, le quali risultano in molti casi relativizzate, se non addirittura

Ferla, in ipdp.it/aipdp-documenti/La-riforma-dei-delitti-contro-la-persona/Reati-contro-la-libert-e-l-autodeterminazione-sessuale-i-coordinatore-del-gruppo-prof-Sergio-Seminara/.

¹⁶ Per un approfondimento della giurisprudenza in tema, con aggiornamento di quella più recente, si veda S. R. Palumberi, *Art. 609-bis*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani (curr.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino 2018, 2531ss. In tema si veda A. Di Martino, *Sul bacio involato a "lei" che dissente* (postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998), in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3 (1999) 1596ss. Sulla proposta di riforma inerente l'introduzione di una pluralità di incriminazioni tesa a un necessario distinguo in tema tra atti sessuali penetrativi e aggressioni sessuali, tipo baci o carezze non gradite, supportato dall'assenza di un valido consenso, si veda Balbi, *I reati*, cit. 3.

¹⁷ G. Balbi, *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia* (2015) 380. L'Autore precisa: «si tratta di una radicale modifica della fattispecie astratta, operata dalla giurisprudenza, che mette bene in luce l'assoluta indifferenza della prassi nei confronti della legalità: "in tema di violenza sessuale l'elemento oggettivo consiste sia nella violenza fisica in senso stretto, sia nella intimidazione psicologica che sia in grado di provocare la coazione della vittima a subire gli atti sessuali, sia anche nel compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria o comunque prevenendo la manifestazione di dissenso" (Cfr. Cass., 18/09/2013, n. 38326)».

¹⁸ G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS* 3 (2004) 88ss., tradotto in spagnolo in G. Jakobs, M. Cancio Meliá (curr.), *Derecho penal de enemigo*, II, *El Derecho Penal del enemigo*, Madrid 2003, 89ss. e in M. Donini, M. Papa (curr.), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano 2007, 7; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (curr.), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Milano 2007, 120. L'autore al riguardo ha sostenuto: nei «delitti sessuali il legislatore sta progressivamente adottando un modello di legislazione di «lotta» dal diritto, non prestando pertanto la garanzia cognitiva minima, necessaria per il trattamento alla stregua di persona».

¹⁹ A. M. Maugeri, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2 (2020) 910. Per un approfondimento in tema di diritto penale del nemico si veda: M. DONINI, *Diritto penale del nemico*, Milano 2007, 1s.; G. Lo Sappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*. Para los amigos, todo; para los delincuentes, la ley; para los enemigos, nada", (testo dell'intervento presentato al Convegno di Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale, Trento 10-11 marzo 2006), in *Ind. pen.* 3 (2007) 51-63 (pubblicato in lingua tedesca "Feindstrafrecht, Freundstrafrecht, Feinde des Strafrecht", in T. Vormbaum (cur.), *Kritik Des Feindstrafrechts*, LIT Verlag, Berlin Münster, Wien, Zürich, London, 2009, 127-139.

soppresse²⁰, perché colui - o colei - che querela il potenziale autore di un reato sessuale confeziona una versione della dinamica occorsa che diventa automaticamente la prova regina nel processo penale ed entra in sede di dibattimento senza la necessità di essere sottoposta alle necessarie garanzie processuali previste per gli altri reati: riscontri intrinseci ed estrinseci. Tali dichiarazioni, infatti, soprattutto se provengono da minori, molto spesso sono ritenute valide quand'anche prive della necessaria certificazione medica - «un sistema di diritto penale del nemico tratta l'autore come oggetto del processo, la partecipazione al processo è prevista solo per chiarire se l'autore è un nemico; non ha come nel diritto penale del cittadino lo *status* di soggetti del processo e diritti processuali»⁻²¹. Il principio di presunzione di innocenza quasi scompare, in questi casi, che si moltiplicano quando la vittima è un minore, ovvero proprio in quei casi in cui il soggetto può ben avere una visione alterata della realtà, a volte frutto di immaginazione o di volontà di attirare attenzione²². Il pericolo è, evidentemente molto grave, tanto più in ragione della tendenziale fiducia incondizionatamente accordata a tali dichiarazioni dagli inquirenti prima, e dalla giurisprudenza poi.

2.- Presunzione di assoluta di “veridicità” vs prova oltre ogni ragionevole dubbio nelle dichiarazioni della vittima di violenza sessuale.

Il profilo dell'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima del reato di violenza sessuale sarà analizzato essenzialmente sotto il profilo sostanziale, premettendo che la prova oltre ogni ragionevole dubbio, necessaria per pervenire alla condanna dell'imputato²³, dovrebbe, evidentemente, imporre al giudice del dibattimento di «“depurare” il dichiarato dalle cause di interferenza provenienti dal dichiarante, in modo da pervenire ad una valutazione logica, razionale e completa, imposta dal canone dell' "oltre ogni ragionevole dubbio"»²⁴. Ma tale regola di giudizio viene qui sistematicamente

²⁰ Sul punto Cancio Meliá Derecho penal cit. 81.

²¹ Maugeri, *Diritto penale* cit. 912.

²² Sul punto U. Fornari, M. B. Fagiani, *Aspetti clinici e psicometrici dello studio della testimonianza nella minore età*, Milano 1978, 216s.

²³ Sul punto *ex multis* cfr. Cass., Sez. II, 18/10/2018, n. 46392, in *Ced*, n. 274272: “in tema di prova scientifica del nesso causale, mentre ai fini dell'assoluzione dell'imputato è sufficiente il solo serio dubbio, in seno alla comunità scientifica, sul rapporto di causalità tra la condotta e l'evento, la condanna deve, invece, fondarsi su un sapere scientifico largamente accreditato tra gli studiosi, richiedendosi che la colpevolezza dell'imputato sia provata "al di là di ogni ragionevole dubbio”.

²⁴ Cfr. Cass, Sez. II, 7/05/2020, n. 13953, in *Ced*, n. 279146. In dottrina si veda L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 1989, 71s.; P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua, F. M. Grifanti, G. Illuminati, R. Orlandi (curr.), *La prova nel dibattimento penale*, Torino 2010, 381; A. Gaito, *Cultura del processo e concezione della prova*, in A. Gaito (dir.), *La prova penale*, Torino 2008, 23ss.; G. Lo Sappio, *Verità, giudizio penale formula di BARD*, in *Percorsi Penali, Riv. trim.*, 1 (2021) 90ss.; D. Pulitanò, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in G. Carlizzi, G. Tuzet (curr.), *La prova scientifica nel processo penale*, Milano 2019, 45ss.; F. Stella, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano 2005, 107. In tema di ricostruzione probatoria si veda G. Carlizzi, G. Tuzet, *La valutazione del sapere specialistico tra requisiti di affidabilità e oneri probatori*, in G. Carlizzi, G. Tuzet (curr.), *La prova scientifica nel processo penale*, Milano 2019, 87ss.; L. Di Carlo, *Fatti e norme nella ricostruzione probatoria. Tra saperi specialistici e abduzione*, in *Arch. pen.* 1 (2022) 1ss.

disapplicata, ritenendosi estranea alla peculiarità delle dichiarazioni rese dalle vittime di violenza sessuale. Il problema, dunque, attiene la contemperanza tra una presunzione assoluta di veridicità, di cui viene investita la deposizione della vittima di un reato sessuale, e la necessaria prova del fatto di reato, oltre ogni ragionevole dubbio. Tale presunzione di veridicità, secondo la giurisprudenza, comporta infatti che il giudice, pur essendo tenuto a valutarne criticamente il contenuto, verificandone l'attendibilità, non può assumere come base del proprio convincimento l'ipotesi che il teste riferisca scientemente il falso²⁵. Detta testimonianza, dunque, deve essere soggetta a un penetrante e rigoroso controllo circa la sua credibilità soggettiva, ma che, comunque, non legittima un giudizio a priori di inaffidabilità della testimonianza stessa, collocandosi dunque su di un piano "privilegiato" rispetto a quelle provenienti da qualsiasi altro tra i soggetti di cui all'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p., con seri dubbi di conformità al principio di uguaglianza *di cui all'* art. 3 Cost. Basti pensare che, allo scopo di attribuire carattere scientifico alla valutazione di attendibilità delle dichiarazioni di minori vittime di abusi sessuali, nel 2017 è entrata in vigore la quarta versione della Carta di Noto²⁶, ma l'inosservanza dei protocolli prescritti non comporta la nullità o l'inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte, laddove non può sottacersi il grave rischio, peculiarmente accentuato dall'essere le stesse relative a un ambito emozionalmente pregnante.

3.- La "granitica" posizione della giurisprudenza.

La Cassazione in tema - sul punto va precisato che il tema analizzato ha ad oggetto non solo ipotesi di violenza sessuale ma anche di lesioni personali o percosse, in ogni caso fattispecie disciplinate in seno ai delitti contro la persona -, ritiene che «le dichiarazioni del soggetto danneggiato dal reato che si sia costituito parte civile possono essere legittimamente poste da sole a fondamento della responsabilità dell'imputato, senza la necessità di applicare le regole probatorie di cui all'art. 192 commi 3 e 4, cod. proc. pen., purché il narrato sia soggetto ad un più rigoroso controllo di attendibilità, opportunamente corroborato dall'indicazione di altri elementi di riscontro»²⁷; orientamento

²⁵ *Ex multis* Cass., Sez. IV, 24/01/2013, n. 6777, in *Ced*, n. 255104; Id., Sez. VI, 12/12/2003, n. 7180, in *Ced*, n. 228013; Id., Sez. IV, 10/10/2006, n. 35984, in *Ced*, n. 234830.

²⁶ Carta di Noto, IV Linee guida per l'esame del minore, 14 ottobre 2017, in <https://aipgitalia.org/carta-di-noto/>.

²⁷ Cfr. Cass, Sez. II, 9/11/2021, n. 410, in *Ced*, n. 282558; nello stesso senso *ex multis* Cass, Sez. V, 8/06/2020, n. 21030, in *Dejure*; Id., Sez. II, 13/02/2020, n. 12920, in *Ced*, n. 279070; Id., Sez. V, 26/03/2019, n. 21135, in *Ced*, n. 275312, in cui la Corte precisa: «in tema di testimonianza, le dichiarazioni della persona offesa costituita parte civile possono essere poste, anche da sole, a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, più penetrante e rigorosa rispetto a quella richiesta per la valutazione delle dichiarazioni di altri testimoni, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto e, qualora risulti opportuna l'acquisizione di riscontri estrinseci, questi possono consistere in qualsiasi elemento idoneo a escludere l'intento calunnatorio del dichiarante, non dovendo risolversi in autonome prove del fatto, né assistere ogni segmento della narrazione»; Id., Sez. III, 14/11/2018, n. 56117, in *Dejure*; Id., Sez. III, 8/11/2017, n. 50916, in *Dejure*; Id., Sez. III, 30/03/2016, n. 41467, in *Dejure*; Id., Sez. II, 24/09/2015, n. 43278, in *Ced*, n. 265104; Id., Sez. III, 19/12/2014, n. 36900, in *Dejure*; Id., Sez. III, 20/02/2013, n. 21692, in *Dejure*; Id., Sez. III, 22/05/2013, n. 44184, in *Dejure*; Id., Sez. Un., 19/07/2012, n. 41461, in *Ced*, n. 253214; Id., Sez.

egualmente consolidato nella giurisprudenza di merito: «in tema di valutazione della prova penale, con riferimento alle dichiarazioni dei testimoni, il giudice può motivare il proprio convincimento con una valutazione centrata sulla personalità del dichiarante e sulla attendibilità del contenuto intrinseco della dichiarazione, traendo la prova del fatto rappresentatogli dal semplice racconto del teste, senza la necessità di altri elementi che ne confermino la credibilità»²⁸.

La deposizione della persona offesa si configura qui, pertanto, come prova piena, decisamente privilegiata, non necessitante di alcun riscontro²⁹ nemmeno di natura estrinseca³⁰. E così la Cassazione, in assenza di riscontri ulteriori, ha ritenuto la correttezza di un quadro probatorio incentrato esclusivamente sulle dichiarazioni della vittima, ancorché asserite come false da parte dell'imputato³¹.

Tali assunti, nelle ipotesi in cui la persona offesa sia un minore - dove peraltro risulta quantomai problematico il controllo di attendibilità³² - si sono consolidati nel tempo anche in nome di una tutela rafforzata di una vittima che necessita sì di ricevere una simile tutela, ma certo non a discapito delle garanzie processuali vigenti³³. L'icastico esito di tutto ciò è che la testimonianza della vittima minore, con tutta la sua intrinseca fragilità, diviene prova regina del processo senza che sia necessario verificare, oltre ogni ragionevole dubbio, che il rapporto sessuale vi sia stato davvero e che il minore, se ultraquattordicenne, non avesse prestato il proprio consenso. D'altronde, la materia dei reati sessuali che vede come vittime i minori si connota anche di altri casi in cui l'atteggiamento della giurisprudenza è simile. Si pensi, per esempio, ai reati in materia di pedopornografia³⁴, dove il

Un., 26/10/2011, n. 45700, in *Dejure*; Id., Sez. III, 3/05/2011, n. 28913, in *Ced*, n. 251075; Id., Sez. VI, 14/04/2008, n. 27322, in *Ced*, n. 240524; Id., Sez. III, 27/03/2003, n. 22848, in *Ced*, n. 225232; Id., Sez. V, 27/04/1999, n. 6910, in *Ced*, n. 213611.

²⁸ Cfr. Tribunale di Nola, 11/01/2021, n. 2200, in *Dejure*.

²⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 4/03/2020, n. 16614, in *Dejure*; Id., Sez. V, 8/07/2014, n. 1666, in *Dejure*; Id., Sez. II, 24/09/2015, n. 43278, in *Ced*, n. 265104; Id., Sez. Un., 19/07/2012, n. 41461, in *Ced*, n. 253214.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. III, 3/12/2010, n. 1818, in *Ced*, n. 249136; In senso conforme: Cass., Sez. III, 27/05/2010, n. 24264, in *Ced*, n. 247703; Id., Sez. II, 20/06/2007, n. 35397, in *Ced*, n. 237539; Id., Sez. II, 27/04/2006, n. 34110, in *Ced*, n. 234647; Id., Sez. III, 4/10/2006, n. 37402, in *Arch. n. proc. pen.* (2007) 670; Id., Sez. VI, 4/11/2004, n. 443, in *Cass. pen.* 1 (2006) 250; Id., Sez. I, 4/11/2004, n. 46954, in *Cass. pen.* 2 (2006) 134; Id., Sez. III, 26/08/1999, n. 11829, in *Cass. pen.* 4 (2001) 597; Id., Sez. V, 27/04/1999, n. 6910, in *Cass. pen.* 3 (2000) 2383; Id., Sez. I, 17/12/1998, n. 6502, in *Ced*, n. 212459; Id., Sez. III, 26/11/1997, n. 766, in *Ced*, n. 209404; Id., Sez. VI, 24/02/1997, n. 4946, in *Cass. pen.* 2 (1998) 2424.

³¹ Cfr. Cass., Sez. III, 14/04/2021, n. 38496, in *Dejure*; Id., Sez. III, 9/05/2016, n. 38496, in *Dejure*; Id., Sez. III, 9/05/2016, n. 38496, in *Dejure*; Id., Sez. V, 27/03/2014, n. 27185, in *Ced*, n. 260064; Id., Sez. V, 24/01/2013, n. 6777, in *Ced*, n. 255104; Id., Sez. IV, 10/10/2006, n. 35984, in *Ced*, n. 234830; Id., Sez. VI, 12/12/2003, n. 7180, in *Ced*, n. 228013; Id., Sez. III, 8/03/1992, n. 3754, in *Dejure*.

³² Cfr. Cass., Sez. II, 20/10/2011, n. 8939, in *Dejure*, secondo cui: «ai fini dell'attendibilità delle dichiarazioni accusatorie formulate da minori, sono irrilevanti le disarmonie, le incongruità e le improprietà dell'esposizione resa dalla persona offesa minorenni, ove la deposizione di quest'ultima sia munita di una propria coerenza strutturale interna, che ne garantisca la tenuta sotto il profilo logico-argomentativo».

³³ Così come opportunamente sottolineato anche dalla Corte Cost., 25/01/2017, n. 17, in *Dejure*, che ha delimitato la portata della tutela rafforzata della supervittima minore a discapito degli altri interessi in gioco, chiarendo che, come tutti gli altri interessi meritevoli di tutela, non si sottrae al giudizio di bilanciamento con gli stessi.

³⁴ In tema si veda M. Mantovani, *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia*, in G. Insolera (cur.), *La legislazione penale compulsiva*, Torino 2006, 147ss.

consenso del minore, pur in sé valido e sussistente, viene comunque inglobato nel concetto di “utilizzo del minore”³⁵, e dunque, di fatto, privato di ogni rilevanza. Rare, infatti, sono le occasioni in cui la Cassazione³⁶ ha precisato che laddove tale consenso sussista e sia provato tale operazione non risulterebbe corretta.

Più ampiamente, va detto che la giurisprudenza tende a escludere ogni rilevanza alla versione dei medesimi fatti oggetto di contestazione resa dall'indagato o dall'imputato, ma anche da testimoni presenti sul luogo del delitto³⁷.

La sede per la valutazione delle dichiarazioni della persona offesa è quella del giudizio di merito e necessita di essere fattuale, in quanto per nulla estranea al modo di essere della persona escussa. I riscontri dovrebbero dunque venire effettuati nell'ambito della dialettica dibattimentale, ed essere intrinsecamente insuscettibili di presunzione. Eppure così non è, in sostanziale elusione dell'art. 192 c.p.p., laddove previsto che il libero convincimento del giudice trovi il proprio limite nella prova oltre ogni ragionevole dubbio, proprio al fine di evitare che l'esito del processo sia rimesso ad apprezzamenti discrezionali e soggettivi, confinanti con l'arbitrio³⁸.

La stessa Corte Costituzionale³⁹ peraltro, pur se in ambito differente, ha sancito un principio totalmente incompatibile con l'orientamento giudiziario qui esaminato: «è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'ammonizione orale del questore, posta dall'art. 3, d.l. n. 93 del 2013, la quale muova dall'erroneo presupposto che determinati provvedimenti nei confronti del solo indagato, possano essere adottati anche sulla base della sola querela o di una semplice segnalazione della persona offesa, in assenza di adeguati accertamenti e riscontri in ordine all'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla persona vittima della violenza».

³⁵ Bertolino, *La violenza* cit.70.

³⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 15/11/2018, n. 51815, in *Ced.*, n. 274087, occasione, questa in cui la Suprema Corte ha statuito: « In tema di pornografia minorile, non sussiste l'utilizzazione del minore, che costituisce il presupposto del reato di produzione di materiale pornografico di cui all'art. 600 ter, comma 1, cod. pen., nel caso di realizzazione di immagini o video che abbiano per oggetto la vita privata sessuale di un minore, che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale, nell'ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell'autore, sicché le stesse siano frutto di una libera scelta e destinate ad un uso strettamente privato».

³⁷ In un caso, infatti, il Tribunale di Pescara, 7/05/2019, n. 1640, in *Dejure*, ha stabilito che: «la testimonianza della persona offesa per la quale è necessario un penetrante giudizio di attendibilità intrinseca ed estrinseca da parte del giudice non può essere ritenuta inattendibile solo perché contrasta con altre prove testimoniali e può costituire anche unica prova del reato. (Nel caso di specie, si trattava della condotta del reato di violenza sessuale avvenuta all'interno di un bar con una condotta repentina, e, la circostanza che gli altri avventori del bar avessero dichiarato di non aver visto la condotta delittuosa è risultato ininfluente ai fini della valutazione dell'attendibilità della persona offesa, che in caso contrario si introdurrebbe in modo surrettizio una gerarchia tra fonti di prova che è esclusa dal codice di rito)». Un ragionamento, questo, nella sostanza contraddittorio: se non è ammessa una gerarchia delle fonti, non dovrebbe nemmeno considerarsi la deposizione della vittima, al cospetto delle altre, primaria rispetto a tutti gli altri elementi probatori.

³⁸ Così Cass., Sez. I, 26/07/2004, n. 759, in *Dejure*.

³⁹ Cfr. Corte Cost., 25/02/2014, n. 32, in *Dejure*.

L'orientamento in esame, per i motivi sopra indicati, si discosta, e non di poco, dal dato normativo. È anche vero che lo stesso appare oramai ampiamente consolidato nella prassi, al punto da sollevare l'interrogativo se la sua più che ventennale recezione giurisprudenziale possa ritenersi in qualche modo adeguata a conferire fondamento giuridico al «nucleo essenziale della decisione». E' questo il presupposto, infatti, in virtù del quale si è ritenuto che precedenti consolidati possano qualificarsi non già come meramente persuasivi, ma in qualche modo vincolanti, in quanto espressivi di una regola⁴⁰.

4.- La valenza vincolante del precedente in materia di attendibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima di reati sessuali.

La relativizzazione del principio di legalità⁴¹, determinato in parte anche dalla necessità di rispettare l'interpretazione⁴² conforme al diritto giurisprudenziale di fonte europea⁴³, e la crisi del testo legislativo hanno dato origine a un esponenziale aumento del potere discrezionale del giudice e dei suoi spazi di valutazione⁴⁴. Ne è prova il consolidarsi di una prassi che ormai connota molti ambiti

⁴⁰ In tema si veda tra gli altri E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1943, 3; M. Bin, *Il precedente giudiziario, Valore e interpretazione*, Padova 1995, 44; M. A. Eisenberg, *La natura del Common Law*, trad. it., Granieri, Milano 2010, 77; J. Evans, *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, in *Precedent Law*, Oxford (1987) 35; M. Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziario*, in *Criminalia* (2014) 40; Id., *Note sparse sul precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2 (2018) 110; A. Tesauro, *Corte Edu e Corte Costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante, Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche (Parte I)*, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2019, 1ss.; F. Viganò, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, 2ss.; P. Wesley Smith, *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*, Clarendon, Press 1987, 73.

⁴¹ *Ex multis* C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato, *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, 1s.; G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3 (2018) 1406; P. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari 2020, 22; M. Donini, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia* (2019) 419; Fiandaca, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in *Discrimen*, 7 dicembre 2020, 1ss.; V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 5 marzo 2020, 129ss.; Id., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli 2020, 14s.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma 2012, 14s.; F. Palazzo, *Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in G. Furguele (cur.), *L'interpretazione e il giurista*, Padova 2003, 517ss.; D. Pulitanò, *Quali ermeneutiche per il diritto penale?*, in *Ars interpretandi* (2016) 24ss.; M. Ronco, *La Legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2 (2018) 1387.

⁴² Per un approfondimento in tema si veda V. Maiello, *Legge e interpretazione nel sistema "Dei delitti e delle pene"*, in *Discrimen*, 18.11.2020, 1ss.

⁴³ Sul dialogo tra le Corti e le ripercussioni nel diritto nazionale si veda V. Maiello, *Cultura penale dei giudici e dialogo tra le Corti*, in C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti (curr.), *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, Roma 2018, 137ss. In tema V. Militello, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2 (2014) 106ss.; F. Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 3 (2011) 657ss.; Id., *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi* 2 (2016) 77ss.; V. Valentini, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.* 2 (2012) 167ss.; F. Viganò, *Il Giudice penale e l'interpretazione delle norme sovranazionali*, in P. Corso, E. Zanetti (curr.), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza 2010, 617ss.; Id., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs legalità "convenzionale"*, in S. Tordini Cagli (cur.), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, *Atti del convegno su "Giurisprudenza, legalità e diritto penale"*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Bologna il 5 novembre 2015, Bologna 2017, 27ss.

⁴⁴ Così S. Aleo, *Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità*, in *Giustizia insieme* (2020) 1ss.

del nostro ordinamento: l'utilizzo informale del precedente⁴⁵, in particolare persuasivo, soprattutto per le pronunce delle Sezioni Unite⁴⁶. Alla base di tale fenomeno vi è sicuramente l'esigenza di riconoscere una dimensione di *law in action*⁴⁷ alla legalità, ma la formale estraneità di questo approccio a un ordinamento come il nostro, a legalità formale, determina molteplici difficoltà.

Il precedente, di matrice inglese, si sostanzia nella decisione di un caso concreto da parte di un giudice, invocata da un altro giudice come ragione per decidere il caso successivo⁴⁸, secondo la *ratio* che risulta dal caso anteriore⁴⁹, qualora il giudice ritenga che tra i due casi vi sia un'omogeneità sufficiente a giustificare una decisione fondata sulla medesima *ratio*⁵⁰. Se negli ordinamenti di *common law* tale istituto è vincolante, in quelli di *civil law*, come il nostro, tende ad avere natura essenzialmente persuasiva, il che significa che il giudice "successivo", pur tenendo conto del precedente, è libero di decidere indipendentemente da quanto statuito in passato⁵¹. Nel precedente vincolante, dunque, il giudice "impara" dal passato, in quello persuasivo "si conforma", tendenzialmente, al passato⁵².

L'aspetto più interessante che rileva in questa sede è che negli ordinamenti di *common law*, l'omologazione al precedente serve a conferire fondamento giuridico alla sentenza, tant'è che ha natura vincolante, una vincolatività che inerisce la *ratio decidendi*, ossia «il nucleo essenziale della decisione»⁵³ e si trasforma in uno *stare decisis*. Negli ordinamenti di *civil law*, invece, poiché la decisione deve - *rectius* dovrebbe - sempre fondarsi su un dato normativo, il riferimento al precedente persuasivo non è in grado - *rectius* non dovrebbe essere in grado - di fondare il principio di diritto enucleato dal giudice nella sentenza.

La Cassazione, in realtà, tende a riconoscere un ruolo al precedente persuasivo, pur in assenza di un riconoscimento formale; in effetti, i pochi riferimenti legislativi disorientano. Si pensi all'art. 118 disp. att. c.p.c. che dal 2009 prevede la possibilità di inserire nella motivazione di una sentenza anche l'omologazione a precedenti conformi; purtroppo, però, si tace su cosa il giudice debba fare quando su una materia ci siano precedenti difformi, né tanto meno è chiaro quando un precedente possa

⁴⁵ Per un approfondimento del tema e delle discussioni in tema si rinvia a E. Reccia, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, in *Itinerari di diritto penale*, Torino 2020, 2s.

⁴⁶ Sul punto cfr. Corte Cost., 3/10/2021, n. 230, in *Giur. cost.* 2 (2013) 3474, con nota di V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*; Cass., Sez. Un., 21/01/2018, n. 18288, in *Cass. pen.* 2 (2011) 17.

⁴⁷ In tema si veda C. Pecorella, *Law in action: per una nuova legalità*, in www.dirittodidifesa.eu, 17 novembre 2020, 1ss.

⁴⁸ M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, XLIV (2015) 70.

⁴⁹ M. Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2 (2018) 112.

⁵⁰ Id., *Note sparse* cit. 112; si veda anche Taruffo, *Aspetti del precedente* cit. 40.

⁵¹ M. Pollera, *Precedente giudiziale e modelli decisionali*, in *Cass. pen.* 3 (2018) 3986.

⁵² F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma 2016, 77.

⁵³ Taruffo, *Note sparse* cit. 115; Bin, *Il precedente* cit. 51; R. Cross, J.W. Harris, *Precedent*, in *English Law*, Oxford 1991, 39.

ritenersi consolidato al punto da giustificare il riferimento. Nella giurisprudenza di legittimità civile, però, in tempi non sospetti è stata espressamente riconosciuta l'autorità del precedente: «soddisfa l'obbligo della motivazione della sentenza di cui all'art. 132, n. 4, c.p.c., il mero riferimento da parte del giudice del merito alla giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione alla soluzione di una questione univocamente espressa dalla Suprema Corte»⁵⁴. In sede penale, la Suprema Corte, attraverso tecniche interpretative “difensive”, ha provato a trovare un equilibrio tra la consapevole irragionevolezza del prescindere totalmente dal precedente e la difficoltà di conferire a tale istituto piena legittimazione, riconoscendo da un lato «il “diritto vivente” come punto di fuga degli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità, dall'altro i limiti del mutamento giurisprudenziale peggiorativo, abbracciando la prospettiva rights-based cara alla Corte Europea»⁵⁵. Ma in alcuni casi ne ha riconosciuto espressamente il valore, riconducendo per esempio al concetto di “nuovo elemento di diritto”, ex art. 666 c.p.p., anche il “mutamento giurisprudenziale”, che assume carattere di stabilità, soprattutto se funzionale a garantire il rispetto dei diritti fondamentali⁵⁶. Il legislatore, d'altro canto, sembra aver intuito le medesime suggestioni; con la riforma Orlando⁵⁷, infatti, ha introdotto filtri per l'ammissibilità dei ricorsi e dei limiti alla ricorribilità in Cassazione delle sentenze di appello emesse nei procedimenti per reati di competenza del giudice di pace, ammesse solo in relazione ai vizi di giudizio e di procedura. Nel contempo, è stato introdotto all'art. 618, comma 1-bis, c.p.p.⁵⁸ l'obbligo di rimessione alle Sezioni Unite da parte della sezione semplice che voglia distaccarsi dal precedente orientamento della stessa sessione plenaria, in linea di continuità con l'art. 374, comma 3, c.p.c., e all'art. 618, comma 1-ter, c.p.p.⁵⁹ l'attribuzione alle Sezioni Unite della facoltà di pronunciarsi sulla

⁵⁴ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 13/05/1983, n. 4523, in *Dejure*.

⁵⁵ V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di deontologia ermeneutica, in *Cass. pen.* 2 (2018) 2240.

⁵⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 21/01/2010, n. 18288, in *Foro it.* 3 (2010) 566. Una pronuncia, questa, non esente da critiche da parte della dottrina, che ne ha rinvenuto l'incompatibilità con l'art. 101, comma 2, Cost.: in particolare si veda G. Insolera, *Luci ed ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (curr.), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 115.

⁵⁷ L. 103 del 14/06/2017, entrata in vigore il 3/08/2017. Per un approfondimento si veda *ex multis* E. M. Ambrosetti, *Ad un anno dall'entrata in vigore della legge Orlando: una firma ancora in corso*, in *Arch. pen.*, 14 maggio 2018, 1ss.; A. Diddi, *I nuovi orizzonti della funzione nomofilattica delle sezioni unite della Corte di Cassazione*, in G. Spangher (cur.), *La riforma Orlando, I nuovi decreti*, Pisa 2018, 349ss.; E. Dolcini, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente verso la giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.* (2018) 1ss.; G. Fidelbo, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione penale*, in *Questione giustizia* 2 (2018) 4ss.; C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale. Verso l'autonomia della Cassazione penale?*, in *Giur. it.* 1 (2017) 2300; G. Insolera, *Nomofilachia delle sezioni unite, non obbligatoria ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Arch. pen.*, 17 maggio 2018, 1ss.; G. Ludovici, *Il giudizio in Cassazione dopo la riforma Orlando*, in G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E. M. Mancuso (curr.), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova 2017, 445ss.; O. Mazza, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in *Arch. pen.*, 14 maggio 2018, 1ss.; G. Spangher, *La riforma Orlando nella giustizia penale, Prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2017, 1ss.; Id., *La riforma Orlando, Modifiche al codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa 2017, 279s.

⁵⁸ Introdotto dall'art. 1, L. 103/2017.

⁵⁹ Introdotto dall'art. 1, L. 103/2017.

questione di diritto loro sottoposta, anche in caso di inammissibilità del ricorso per causa sopravvenuta. Un intervento, questo, volto anche al rafforzamento della funzione nomofilattica della Cassazione attraverso un potenziamento del valore delle pronunce delle Sezioni Unite «le cui sentenze posso avere valore formale di precedente nei confronti delle altre sezioni penali della Corte di Cassazione, a determinate condizioni ed entro certi limiti»⁶⁰. In dottrina non mancano opinioni⁶¹ secondo cui il ruolo para-normativo del precedente sia una realtà ormai esistente, della quale bisogna tener conto.

I tempi odierni, dunque, mostrano una evoluzione dei poteri del giudice che sempre più spesso varca il limite dell'interpretazione estensiva e assolve a una funzione *marcatamente normativa di costruzione del diritto*⁶². E l'orientamento in esame, circa l'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima di un reato sessuale, appare un esempio emblematico di come i giudici in questi anni siano andati oltre il precedente persuasivo per consolidare un vero e proprio *stare decisis*. Cerchiamo di comprenderne le possibili ragioni.

I reati sessuali, nella loro attuale formulazione, sono stati introdotti nel 1996; le prime pronunce in tema di attendibilità delle dichiarazioni rese dalle vittime di tali illeciti risalgono al 1999 e l'orientamento in tema è, a oggi, consolidato. Più di venti anni, in cui lo stesso principio di diritto non è mai cambiato. Il fatto in sé non dovrebbe sconcertare qualora fosse in linea con la normativa di riferimento, ma in questo caso, come anticipato, non è rinvenibile né in sede sostanziale né in sede processuale, ma soprattutto si pone in forte tensione con la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. Premesso ciò, deve evidenziarsi che il richiamo ai precedenti in materia non inerisce meri *obiter dicta* delle decisioni richiamate; l'omologazione al precedente serve qui, infatti, a conferire fondamento giuridico al nucleo essenziale della decisione. È probabilmente vero che «il riconoscimento della regola dello *stare decisis* in un sistema di civil law deriva ... dall'individuazione di un ambito di giurisdizione nel quale non trova applicazione il diritto di fonte legislativa, ma una norma concreta di diritto. In tal ambito il precedente giudiziario, come nel common law, è dotato di vincolatività propria che non deriva quindi dalla legge»⁶³, ma non può negarsi che l'applicabilità di tale schema appare quantomai problematica se il suo esito consiste nella violazione di una garanzia costituzionale.

⁶⁰ G. Fidelbo, *Il precedente* cit. 44; Id., *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2018, 1ss.

⁶¹ O. Di Giovine, *Salti mentali (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Questione giustizia* 4 (2018) 55.

⁶² A. Esposito, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.* 2 (2015) 27; In tema si veda M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. Trim.* 3 (2016) 13ss.; V. Manes, *Diritto penale no limits*, in *Questione giustizia* 2 (2019) 86ss.

⁶³ E. Scoditti, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Questione giustizia* 4 (2018) 8.

5.- Considerazioni conclusive.

La rarefazione del Parlamento⁶⁴ e il necessario raffronto con il diritto dell'Unione europea in termini di interpretazione conforme hanno portato al necessario confronto con istituti originariamente estranei al nostro ordinamento, in particolare con il precedente giudiziario.

Ammettere di trovarsi di fronte a un sistema di “civil law amorfo”, o di “common law claudicante”, significa prendere atto, forse doverosamente, dell'avvenuta mutazione della legalità, riconoscendo al diritto vivente meriti che indiscutibilmente gli competono. Come si è notato, infatti, «i nuovi diritti nascono soprattutto dall'attività della giurisprudenza più che dalla legge»⁶⁵. Quando però, come nell'ambito qui esaminato, i giudici costruiscono una disciplina, secondo un modello dai fondamenti di legittimità estremamente deboli, elaborando un c.d. caso-norma⁶⁶, meta-fattuale e paranormativo, le perplessità divengono estremamente rilevanti. Questo fenomeno di inquietante creatività *in malam partem* da parte della giurisprudenza, in nome di istanze sublimite nel perseguimento di un modello assiologico di Giustizia, peraltro, tende ad accrescerne un altro, tipico dei nostri tempi, declinabile nel crescente consenso popolare nei confronti del giudice, spesso visto, a fronte della crisi della politica, ma anche di istanze populiste sempre più invasive, come l'unico in grado di salvare la legalità del sistema, non intesa in termini di conformità a *ius*, dato purtroppo privo di particolare *appeal*, ma di Giustizia come valore, in un'ottica giacobina del «diritto penale che incombe minaccioso sui cittadini»⁶⁷, ben lontano dall'*extrema ratio*. Tale consenso accresce inevitabilmente il potere del giudice, legittimato a punire ogni tipo di offesa anche se non tipizzata dal legislatore⁶⁸. E' doveroso, pertanto, ricostruire il rapporto tra legge e giudice⁶⁹, quantomeno nel tentativo di recuperare le garanzie perdute, anche perché altrimenti la Consulta - che già tende «di fatto a privilegiare una visione dei rapporti tra sistema costituzionale e diritto penale più vicina alla Costituzione come “limite”, che non a quella che la considera un vero e proprio fondamento positivo delle norme penali»⁷⁰ -, continuerà a essere costretta a sostituirsi al legislatore, come da ultimo, sia pur da prospettiva in parte differente, ci “insegna” il caso Cappato⁷¹. Nel caso di attendibilità delle

⁶⁴ G. Balbi, *Democrazia crepuscolare* cit. 378.

⁶⁵ G. Flick, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Cass. pen.* 2 (2019) 2401.

⁶⁶ O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo del giudice*, Milano 2006, 18s. In tema si veda M. Donini, *Fattispecie o case-law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia* 4 (2018) 90ss.

⁶⁷ L. Stortoni, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3 (2019) 382.

⁶⁸ In tema si veda F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2016, 2ss.

⁶⁹ Per un approfondimento si veda Ronco, *La legalità stratificata* cit. 1387.

⁷⁰ G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.* 1 (2017) 13; Id., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 49s.

⁷¹ Proc. Rep. Milano, Richiesta di archiviazione del 23 maggio 2017; G.I.P. Milano, Ordinanza del 10 luglio 2017; Corte di Assise di Milano, Ordinanza del 14/02/2018, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2018, con commento di D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*; Corte Cost., 23/10/2018, n. 207, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2019, 3ss. con nota di B. Magro,

dichiarazioni della persona offesa da reati sessuali, peraltro, la via del rinvio alla Corte Costituzionale - pur in presenza di una plausibile violazione degli artt. 3, 27, e 101, comma 2, Cost. nonché dell'art. 6, comma 2, Cedu – appare difficilmente percorribile in ragione dell'assenza di una disposizione su cui “convogliare” la questione di legittimità. Il problema è che le garanzie ordinarie sono costruite sul modello di una legalità formale che risulta ormai dispersa nella incontrollata creatività della prassi.

Certo, *se la tassatività non vincola, e la stella polare è il fumosissimo obiettivo di fare Giustizia, può accadere di tutto*⁷², e forse, piuttosto che assistere inermi a tutto ciò, il male minore potrebbe consistere nell'introduzione normativa di una “tassatività del principio di diritto a vincolatività relativa”, che potrebbe rappresentare l'evoluzione del principio di tassatività in senso stretto⁷³, o comunque l'estremo tentativo di preservare un nucleo di garanzie fondamentali che appare, allo stato, in estrema difficoltà.

Abstract

Il presente lavoro prende spunto dall'analisi del valore probatorio che la giurisprudenza conferisce alle dichiarazioni rese come dalla vittima di un processo per violenza sessuale; dichiarazioni che la stessa ha la possibilità di rendere anche in una fase precedente alla notifica della conclusione delle indagini preliminari, ad esempio in sede di incidente probatorio, e che hanno un impatto determinante sul giudizio di colpevolezza dell'indagato. In tema, la giurisprudenza di legittimità, dalla fine degli anni novanta, ha consolidato un indirizzo ai limiti delle garanzie processuali e costituzionali, sull'onda del diritto penale del nemico, che viene confermato ancor oggi come un vero e proprio “stare decisis”. Tale analisi è finalizzata ad approfondire l'ennesimo esempio di un istituto, quale il precedente vincolante, che coesiste con il nostro ordinamento, nonostante ne sia “formalmente” incompatibile, ma con il quale occorre inevitabilmente confrontarsi

This work is inspired by the analysis of the probative value that jurisprudence confers on statements made by the victim of a trial for sexual violence; statements that the same has the ability to make even at a stage prior to the notification of the conclusion of the preliminary investigations, for instance in the context of a probative incident, and which have a decisive impact on the suspect's guilty judgment. On the subject, the jurisprudence of legitimacy, from the end of the nineties onwards, has settled and consolidated an approach to the limits of procedural and constitutional guarantees, on the wave of the criminal law of the enemy, which is still confirmed today as a real "stare decisis". This analysis is aimed at deepening yet another example of an institution, such as the previous binding one, which coexists with our system, despite being "formally" incompatible with it, but with which it is inevitably necessary to confront.

The last dance. Riflessioni a margine del c.d. Caso Cappato. In tema, con particolare riferimento al quesito referendario inerente alla parziale abrogazione dell'art. 579 c.p., da ultimo si veda G. Balbi, *L'omicidio del consenziente. Alcune riflessioni sul quesito referendario*, in *Sistema penale*, 11 febbraio 2022, 1ss.

⁷² G. Balbi, *Democrazia crepuscolare* cit. 383.

⁷³ Per un approfondimento di tale proposta sia consentito rinviare a Reccia, *Il valore del precedente* cit. 119s.

