



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Incidente probatorio e tutela del dichiarante vulnerabile

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa Livia Giuliani

Tesi di laurea di
Giovambattista, Maria Carrano
Matr. 480758

Anno accademico 2023/2024

INDICE

CAPITOLO I.....	4
L'INCIDENTE PROBATORIO COME STRUMENTO FLESSIBILE DI ANTICIPAZIONE DEL CONTRADDITTORIO: GENESI E LIBERALIZZAZIONE DELL'ISTITUTO.....	4
1. Introduzione	4
2. Genesi dell'istituto	6
3. La tutela del contraddittorio.....	14
4. I concetti di “non rinviabilità” e “irripetibilità” dell'atto probatorio.....	18
5. La “liberalizzazione” della procedura: esigenze di tutela comunitarie e risposte dell'ordinamento nazionale.....	27
CAPITOLO II.....	38
L'ACQUISIZIONE ANTICIPATA DEL SAPERE DI SOGGETTI DEBOLI	38
1. Tutela della persona e preservazione della genuinità della prova: la <i>ratio</i> sottesa all'incidente probatorio “speciale”.....	38
2. <i>segue</i> : Esigenze di protezione dal processo: il pericolo di vittimizzazione secondaria e ripetuta	41
3. <i>segue</i> : La necessità di procedere all'assunzione della testimonianza <i>post factum</i> : i possibili pregiudizi del contributo probatorio legati al decorso del tempo e alle pressioni psicologiche di carattere suggestivo	45
4. I confini oggettivi e soggettivi di applicabilità dell'istituto	51
CAPITOLO III.....	56
I DESTINATARI DELLA TUTELA OFFERTA DALL'INCIDENTE PROBATORIO “SPECIALE”	56
1. I dichiaranti “deboli”: il minore, persona offesa o mero testimone del reato.....	56
2. Il maggiorenne in stato di particolare vulnerabilità	62
3. L'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto: i delitti lesivi della libertà individuale, dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 al d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212	65
4. Lo <i>status</i> di vulnerabilità del testimone.....	71

5. La pronuncia della Corte di Giustizia sul “caso Pupino”: questione riguardante il ricorso alla procedura incidentale anche al di fuori dei casi tassativi previsti dal codice	77
CAPITOLO IV	82
LA FASE PRELIMINARE DELLA PROCEDURA	82
1. La richiesta d’incidente probatorio: legittimazione e confini cronologici per la presentazione	82
2. <i>segue</i> : La presentazione della richiesta di incidente probatorio nell’udienza preliminare.....	95
3. Le problematiche concernenti il rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale da parte del giudice per le indagini	98
4. La <i>discovery</i> integrale degli atti di indagine <i>ex art.</i> 393, comma 2- <i>bis</i> c.p.p.	105
CAPITOLO V.....	110
L’UDIENZA: L’AUDIZIONE “PROTETTA” E LE MISURE DI TUTELA COLLATERALI DEL DICHIARANTE VULNERABILE	110
1. Partecipazione e poteri di intervento delle parti processuali	110
2. L’accertamento peritale sulla capacità testimoniale del dichiarante minorenni .	116
3. Lo svolgimento della procedura: l’assunzione “protetta”.....	121
4. <i>segue</i> : L’assistenza psicologica ed affettiva prevista in favore del minore dall’art. 609- <i>decies</i> c.p.	133
5. La documentazione “rafforzata” del contributo probatorio	137
6. L’estensione dell’incidente probatorio	139
CAPITOLO VI	143
TUTELA DEL DICHIARANTE E LIMITI ALLA RINNOVAZIONE DELLA PROVA	143
1. Il regime di utilizzabilità della prova assunta in sede di incidente probatorio	143
2. L’esame dibattimentale del minore che abbia già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio: la deroga prevista dall’art. 190- <i>bis</i> c.p.p.....	150
3. La tutela della riservatezza del dichiarante minorenni: il divieto di pubblicazione ed il dibattimento a porte chiuse	159
4. La valutazione giudiziale sull’attendibilità della testimonianza di un soggetto vulnerabile	166
5. La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale nel giudizio di appello.....	170
BIBLIOGRAFIA	179

CAPITOLO I

L'INCIDENTE PROBATORIO COME STRUMENTO FLESSIBILE DI ANTICIPAZIONE DEL CONTRADDITTORIO: GENESI E LIBERALIZZAZIONE DELL'ISTITUTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Genesi dell'istituto. – 3. La tutela del contraddittorio. – 4. I concetti di “non rinviabilità” e “irripetibilità” dell'atto probatorio. – 5. La “liberalizzazione” della procedura: esigenze di tutela comunitarie e risposte dell'ordinamento nazionale.

1. Introduzione

Il procedimento penale italiano, connotato dal modello accusatorio adottato dal nuovo codice di rito, annovera tra le sue esigenze fondamentali la tutela, la conservazione e l'acquisizione della prova. Al riguardo, una funzione cardine è assolta dall'istituto dell'incidente probatorio. Il legislatore delegato ha previsto la regolamentazione giuridica dello strumento in esame nel titolo VII del libro V del codice di rito, dedicato alla fase delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, negli artt. 392 ss. c.p.p.

L'istituto *de quo* dispiega la sua funzione tipica nell'ambito della fase preprocessuale delle indagini, consentendo, su richiesta di parte ed in presenza di condizioni tassative previste dalla legge, l'acquisizione anticipata di una prova c.d. “non differibile”, innanzi al giudice delle indagini preliminari e nel contraddittorio tra le parti. In proposito, i verbali degli atti probatori assunti, successivamente, confluiranno nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. e saranno valutabili dal giudice ricorrendo al meccanismo conoscitivo della lettura, previsto dall'art 511 c.p.p. La procedura così delineata può pertanto essere definita come una parentesi anticipatoria del dibattimento collocata all'interno di una fase preprocessuale, che consente di conferire dignità di prova ad atti il cui compimento non sia rinviabile. Inoltre, essendo finalità principale dell'istituto quella di consentire l'acquisizione anticipata di una prova per la quale non sia possibile attendere la fase del giudizio, in ragione di un pericolo

attuale derivante dalla presenza di situazioni suscettibili di annullare la portata accertativa del processo, risulta evidente come l'incidente probatorio sia altresì connotato da una indubbia "natura cautelare"¹.

I casi di indifferibilità al dibattimento della prova che consentono il ricorso allo strumento dell'incidente probatorio, nonché i mezzi di prova esperibili, sono stati tipizzati dal legislatore del 1988 nell'art. 392 del codice di rito. Tuttavia, numerose sono state le modifiche di carattere estensivo, scaturite da interventi legislativi di matrice nazionale e comunitaria, che hanno "liberalizzato" l'accesso e l'impiego dell'incidente, invertendo in determinati casi il rapporto di eccezione-regola con la fase dibattimentale.

In particolar modo, le riforme legislative che hanno maggiormente inciso sulla fisionomia originaria dell'istituto sono state introdotte col precipuo scopo di attuare una tutela processuale più intensa in favore di una categoria determinata di soggetti, le c.d. "vittime particolarmente vulnerabili". Nella locuzione anzidetta vengono ricompresi tanto l'offeso dal reato quanto il testimone che, in virtù di fattori oggettivi e soggettivi individuati nella lettera della legge, versò in una condizione di particolare vulnerabilità, tale da necessitare l'attuazione di un trattamento processuale specifico in tutte le fasi del procedimento che lo vedano coinvolto.

Eccezionalità dell'assunzione probatoria, relativamente alla condizione di non rinviabilità dell'atto al dibattimento, e tutela della fonte di prova vulnerabile costituiscono, dunque, *condicio sine qua non* del meccanismo processuale in esame e, nello specifico, dell'incidente probatorio c.d. "speciale", disciplinato nel comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. Quest'ultimo, infatti, rappresenta lo strumento principale, nella disponibilità della pubblica accusa, atto a realizzare una tutela piena ed effettiva della fonte di prova debole e del suo contributo conoscitivo, permettendone una uscita dalle dinamiche del procedimento penale già nella fase preliminare dello stesso.

La tutela processuale delle fonti di prova vulnerabili, mediante l'istituto giuridico dell'incidente probatorio, configura dunque una delle prerogative principali del legislatore processuale, che nell'ultimo ventennio ha

¹ S. SAU, *L'incidente probatorio*, Cedam, 2001, pag. 104.

progressivamente modificato la disciplina codicistica di riferimento in conformità delle istanze di tutela provenienti dall'ordinamento sovranazionale e comunitario, e che sarà oggetto di una più approfondita disamina nella trattazione che segue.

2. Genesi dell'istituto

L'incidente probatorio, nell'attuale formulazione prevista dall'art. 392 c.p.p., si pone al capo terminale di un lungo processo di evoluzione e sviluppo legislativo, che ha caratterizzato l'intero ordinamento processuale penalistico italiano. L'esigenza di riformare il sistema processuale penalistico, attraverso l'emanazione di un nuovo codice procedurale, che sostituisse il previgente codice Rocco del 1930, ha per lungo tempo aleggiato nelle camere parlamentari.

La prima tappa di questo lungo e travagliato processo di restaurazione, culminato con l'approvazione della legge delega n. 81 del 1987 per l'emanazione del nuovo codice di rito, è stata l'approvazione della legge delega 3 aprile 1974 n.108. La novità più rilevante, della delega anzidetta, era certamente l'attuazione di una inversione di tendenza rispetto al codice del 1930.

Difatti, tratto maggiormente distintivo di quest'ultimo era l'assoluta preponderanza della fase predibattimentale rispetto al giudizio, potendo essere quest'ultimo solo una spenta e il più delle volte formale riproduzione di quanto era già trasfuso negli atti².

Il codice del 1930, inoltre, disciplinava nel suo art. 357, comma 3°, un istituto che può essere riconosciuto come uno degli antecedenti storici dell'incidente probatorio, la c.d. "testimonianza a futura memoria".

Il suddetto strumento processuale presentava vagamente un'affinità di *ratio* con i casi di incidente *ex art. 392*, comma 1, lettere a) e b), imponendo al giudice istruttore di ricevere con giuramento la deposizione di quei testimoni che egli ritenesse necessari, nella previsione che gli stessi non sarebbero potuti comparire in giudizio per infermità o altro grave impedimento. In ogni caso, tra i due istituti

² C. CONTI – L. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. giu.*, vol. XVI, Treccani, 1989, pag. 1 ss.

non può essere riscontrata una perfetta assimilabilità a causa sia della pluralità di mezzi di prova impiegabili nella procedura incidentale disciplinata dall'art. 392 c.p.p., sia della insuperabile eterogeneità di contesto che tra essi si pone³.

Pertanto, distanziandosi dal sistema processuale antecedente in segno di riforma, la delega del 1974 introduceva un sistema processuale di stampo accusatorio, in cui punto gravitazionale era il dibattimento, nel quale si combinano i quattro caratteri naturali del giudizio: oralità, immediatezza, concentrazione e contraddittorio⁴. L'intento della delega era – come sopra evidenziato – quello di preservare il dibattimento quale momento centrale del giudizio da ogni condizionamento operato dagli atti d'indagine, tutelando l'imparzialità del giudice e la concentrazione dell'attività probatoria⁵.

Il sistema processuale così delineato, tuttavia, finiva con l'essere tradito nella pratica, essendo la fase predibattimentale improntata sulla “logica del primato del giudice istruttore”⁶, che cumulava in sé funzioni investigative e giurisdizionali. Ciò che ne derivava era, dunque, la “mortificazione delle funzioni del p.m.”⁷, agevolmente desumibile, tra l'altro, dall'esiguo termine perentorio di 30 giorni per la conclusione delle indagini preliminari, cui faceva da contraltare quello ben più ampio di dieci mesi, dilatabile fino a tredici, previsto in favore del giudice per compiere “atti di istruzione” su cui fondare la decisione circa il proscioglimento ovvero il rinvio a giudizio dell'imputato, limitatamente ai casi di: accertamenti generici, di atti non rinviabili al dibattimento, di prove il cui esito positivo potesse condurre all'immediato proscioglimento dell'imputato⁸.

Per quanto fin qui rilevato, risulta evidente come l'esigenza di affrontare situazioni storico fattuali per le quali uno o più meccanismi probatori non

³ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. GARUTI, UTET giuridica, 2009, pag. 552.

⁴ N. RESTIVO, *L'accusa nel nuovo codice di procedura penale: rapporti tra p.m. e il giudice istruttore*, in *Giust. pen.*, 1978, pag. 354.

⁵ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 12.

⁶ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., *ibidem*.

⁷ P. RIVELLO, *Analisi critica dell'influenza esercitata dagli atti delle indagini preliminari sul concreto esito del processo*, in *Dif. pen.*, 1990, n. 31, pag. 51.

⁸ direttiva 42, l. 3 aprile 1974, n. 108.

possono attendere il tempo dibattimentale sia stata già avvertita dal legislatore delegato del '74⁹. La principale preoccupazione di quest'ultimo diveniva, quindi, la ricerca di un giusto connubio tra i principi accusatori posti a fondamento del nuovo rito e la necessità di tutelare delle fonti di prova in un momento anteriore al dibattimento.

Una concreta risposta legislativa alle istanze riformistiche della delega del 1974 arrivò nel 1978, a seguito della pubblicazione un progetto preliminare del codice di procedura penale, costituito da 656 articoli e 132 disposizioni preliminari. Per quanto concerne la genesi ed evoluzione dell'istituto dell'incidente probatorio, meritano di essere segnalati gli artt. 374, 413 e 525 del progetto medesimo. L'art. 374, come segnalato nella relazione al progetto¹⁰, pur riproducendo il contenuto sostanziale dell'art. 357 del codice del 1930 relativamente all'acquisizione della testimonianza e dei confronti a futura memoria, introduceva una novità significativa riguardo la tecnica di escussione, richiamando esplicitamente le disposizioni di cui agli artt. 471 e 472 del progetto medesimo, concernenti l'utilizzazione della tecnica dibattimentale dell'esame incrociato¹¹. L'art. 413 del progetto preliminare, intitolato "Limiti all'assunzione delle prove", introduceva invece la disciplina giuridica degli atti di istruzione espletabili in forma incidentale, prescrivendo l'obbligo per il giudice istruttore di procedere all'assunzione di prove che per la loro complessità o urgenza non potevano essere rinviate al dibattimento, ovvero il cui esito positivo avrebbe determinato l'immediato proscioglimento dell'imputato, e di compiere gli accertamenti generici necessari per precisare l'imputazione¹².

⁹ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 14.

¹⁰ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, Ministero di Grazia e Giustizia, 1978, p. 323.

¹¹ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 13. Tuttavia, come per la testimonianza a futura memoria del codice Rocco, anche per la fattispecie prevista dall'art. 374 del progetto preliminare l'assimilabilità con l'istituto dell'incidente probatorio è solo apparente. Di fatto, il perdurante "predominio del giudice istruttore" nella fase preliminare del procedimento determinava la rivitalizzazione della vecchia istruzione formale, concepita come esaustiva della raccolta delle prove a fronte di una "svalutazione della fase dibattimentale".

¹² art. 413 prog. prel. c.p.p., 1978.

Ciononostante, la normativa delineata dal progetto di codice non va esente da criticità e cospicue zone d'ombra¹³. Infatti, nel tentativo di fornire una nozione, il più possibile univoca ed organica, di “atto non rinviabile”, attraverso una ermeneutica in termini soltanto di urgenza e necessità, il progetto codicistico non fa altro che affermare, ulteriormente, l'assolutismo del giudice istruttore rispetto alle determinazioni probatorie ed alla loro assunzione, potendo essere la valutazione circa la sussistenza delle anzidette “condizioni di non rinviabilità” altamente soggettiva e come tale discrezionale. Risultava, dunque, sostanzialmente eluso l'intendimento di informare il nuovo processo ad una architettura processuale ad impronta accusatoria.

Merita, infine, di essere segnalato l'art. 525 del progetto, applicabile ai soli procedimenti di competenza del pretore e avente ad oggetto la regolamentazione giuridica del c.d. “incidente istruttorio”. L'istituto in questione consentiva al pretore, su richiesta del pubblico ministero o dell'indiziato, di procedere all'assunzione in contraddittorio tra le parti di prove successivamente utilizzabili in dibattimento. Nella specie, poteva trattarsi di testimonianze, quando vi fosse stato fondato motivo di ritenere che il teste non avrebbe potuto essere esaminato in giudizio, per grave infermità o perché in procinto di recarsi all'estero, o di prove che per loro complessità o urgenza risultassero non differibili al dibattimento¹⁴. Inoltre, era prevista la sospensione della decorrenza del termine assegnato alla attività investigativa del p.m. fino al deposito del provvedimento del giudice di rigetto della richiesta o del verbale di assunzione della prova. Attraverso l'incidente istruttorio si realizzava, quindi, nel rito pretorile una evidente inversione di ruolo tra pubblico ministero e giudice istruttore, divenendo il primo vero e proprio *dominus* della fase predibattimentale e circoscrivendo l'intervento del secondo alla sola assunzione delle prove richieste dalle parti. Differenziandosi dall'acquisizione probatoria prevista dall'art. 374, che configurava un'anticipazione di uno o più atti di istruzione, la procedura incidentale disciplinata dall'art. 525 realizzava una vera

¹³ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 15.

¹⁴ P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Cedam, 2000, pag. 35.

e propria anticipazione della fase dibattimentale¹⁵. Pertanto, in ragione della fisionomia e del funzionamento del meccanismo di assunzione incidentale ora delineato è corretto affermare come esso costituisca la prima configurazione normativa dell'istituto dell'incidente probatorio¹⁶.

Il mancato varo del progetto preliminare del '78, riconducibile tra l'altro alle difficili condizioni sociopolitiche nelle quali versava il paese e che sembravano dissuadere il legislatore dall'introduzione di un nuovo strumento processuale, comportò un brusco rallentamento per l'*iter* della riforma, che sembrò sul punto di arrestarsi definitivamente¹⁷.

La dottrina dell'epoca venne poi scossa dalla affermazione di una nuova posizione, intermedia tra la emanazione tempestiva del nuovo codice e l'abbandono della *intentio* di riforma¹⁸. Ciò che veniva prospettato era la preservazione degli obiettivi fondamentali enunciati dal legislatore nella delega del '74, prevedendo l'introduzione di alcuni correttivi da apportare in punti specifici della stessa. Il principale terreno su cui andare ad operare era certamente quello concernente la ridefinizione dei rapporti tra giudice e pubblico ministero nella fase anteriore al dibattimento. Al riguardo, veniva proposta la soppressione della fase istruttoria e l'applicazione di potenziamenti specifici alla attività investigativa condotta dalla pubblica accusa, con riferimento ai tempi e modalità della stessa. Il solo luogo, deputato alla formazione della prova, sarebbe stato il dibattimento, presidiato dai canoni della oralità, immediatezza, concentrazione e contraddittorio, mentre gli unici atti delle indagini preliminari che avrebbero potuto successivamente ottenere dignità di prova sarebbero stati quelli irripetibili ovvero non rinviabili, la cui assunzione anticipata sarebbe stata attuata, su richiesta di parte, dal giudice in "momenti di contraddittorio anticipato". Il vincolo della richiesta di parte posto all'intervento del giudice, con riferimento alla prova acquisibile in una fase anteriore al dibattimento

¹⁵ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., *ibidem*.

¹⁶ G. LATTANZI – E. LUPO, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenze*, in *Quad. giust.*, 1982, n. 16, p. 51.

¹⁷ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 36 ss.

¹⁸ V. GREVI, *Una prospettiva realistica verso il nuovo codice di procedura penale*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 67.

mediante questi incidenti istruttori, avrebbe precluso ogni possibilità di rivitalizzazione della temuta istruzione formale.

Le succitate esigenze di riforma condussero i tecnici del diritto verso la presa di coscienza di una realtà tangibile, l'*iter* di riforma del codice di procedura penale non poteva essere interrotto. Il percorso legislativo, che ha condotto alla emanazione del nuovo codice di rito, riprese ufficialmente il 10 ottobre 1979, con la presentazione del disegno di legge n. 845, recante “Disposizioni per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale”, ad opera del Ministro di Grazia e Giustizia Morlino¹⁹. Tra gli obiettivi principali del progetto del Guardasigilli vi era quello di garantire “un coerente sviluppo anche nella fase preliminare del principio accusatorio”²⁰, riconoscendole l’identità di attività anteriore al dibattimento e sancendo l’inutilizzabilità degli atti in essa compiuti. Facevano da eccezione a quest’ultima statuizione i casi di prove non rinviabili al giudizio, in quanto non ripetibili ovvero soggette a pericolo di inquinamento²¹.

Le indicazioni contenute nella relazione Morlino, in particolar modo quelle concernenti le attività anteriori al dibattimento, vennero integralmente trasfuse nel nuovo disegno di legge delega presentato il 15 luglio 1982 dalla Commissione di Giustizia della Camera²². Recependo le critiche sollevate sotto il profilo strutturale e funzionale alla delega del ’74 e al progetto preliminare del ’78, il disegno di legge del 1982 delineava un’architettura processuale di chiara matrice accusatoria, prevedendo innanzitutto la soppressione della figura del giudice istruttore e della relativa fase istruttoria. Il pubblico ministero diveniva, quindi, protagonista assoluto della fase c.d. delle “indagini preliminari”, avente natura endoprocedimentale e deputata alla ricerca di elementi di prova su cui

¹⁹ P. RENON, *L’incidente probatorio*, cit., pag. 38. Tale disegno di legge riveste un’importanza fondamentale, in quanto costituisce lo spartiacque tra la delega del 74 e quella dell’87. La delega subiva così una nuova proroga, sino al 30 aprile 1981.

²⁰ *Relazione al disegno di legge recante “Disposizioni per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale”* in G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Dal progetto preliminare del 1978 alla legge delega del 1987*, Cedam, 1989, pag. 47 ss.

²¹ Nella specie, ricorrendo alla procedura dell’incidente istruttorio, l’attività di acquisizione probatoria anticipata alla fase preliminare poteva avere ad oggetto l’assunzione di testimonianze ovvero l’effettuazione di confronti, ricognizioni o perizie, con la garanzia del contraddittorio e dell’intervento della difesa.

²² S. SAU, *L’incidente probatorio*, cit., pag.17 ss.

fondare l'accusa ma, come tali, privi di valore probatorio in dibattimento. Veniva, comunque, riconosciuta alla pubblica accusa e al difensore del soggetto sottoposto alle indagini la possibilità di ottenere l'acquisizione anticipata di atti probatori non rinviabili al dibattimento, ricorrendo al meccanismo dell'incidente istruttorio previsto dalla direttiva n. 38 del disegno di legge delega.

Un momento decisivo di svolta legislativa si ebbe con l'approvazione della legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81, costituente il tassello finale nel cammino di riforma che ha condotto alla emanazione del nuovo codice di rito. Per quel che concerne la disciplina dell'incidente, quest'ultima era prevista dalla direttiva n. 40 della delega anzidetta. Al riguardo, riveste una fondamentale importanza la decisione adottata dalla seconda Commissione del Senato, nella seduta del 20 novembre 1986, a seguito di un intervento del sen. Gallo²³.

Infatti, nella stesura finale del testo della direttiva, la denominazione "incidente istruttorio" originariamente impiegata nella proposta presentata dalla Camera dei deputati venne definitivamente sostituita con la locuzione "incidente probatorio". Quest'ultima è stata una precisa scelta terminologica, rappresentativa sia della "accidentalità" dell'istituto rispetto l'ordinario svolgimento delle indagini preliminari, sia della sua "specificità funzione", con riferimento all'efficacia probatoria dibattimentale degli atti assunti²⁴.

La direttiva n. 40, dunque, delineava un meccanismo processuale concepito come un "frammento del dibattimento"²⁵, improntato sul cardine della "non rinviabilità" dell'atto da assumere ed ancorato al principio della "tassatività dei mezzi di prova" acquisibili. A garanzia della "eccezionalità" dell'istituto, relativamente al contesto processuale in cui lo stesso era inserito, sarebbero stati i canoni della "rilevanza" e della "non dilatorietà" dell'oggetto dell'incidente, accertati preventivamente del giudice delle indagini preliminari²⁶. Veniva

²³ G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Dal progetto preliminare del 1978 alla legge delega del 1987*, cit., pag. 363.

²⁴ E. LUPO, *L'incidente probatorio, incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale*, in *Quad. CSM*, vol. II, n. 28, 1989, pag. 21.

²⁵ V. DE ROBERTO, *incidente probatorio*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, 1989, pag. 4; S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 82.

²⁶ V. GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. merito*, vol. IV, 1990, pag. 689.

nuovamente ribadito il potere-dovere del giudice di dichiarare inammissibili le richieste di atti irrilevanti, dilatori o comunque rinviabili al dibattimento, prevedendo inoltre la possibilità per quest'ultimo su richiesta motivata del pubblico ministero di dilazionare l'assunzione dell'incidente probatorio chiesto dall'imputato²⁷. In questo modo sarebbe stato scongiurato ogni impiego distorto e pretestuoso dello strumento, impedendo che una *discovery*²⁸ anticipata degli atti di indagine potesse dar luogo al c.d. incidente "grimaldello", strategicamente impiegato dalla difesa per frustrare le stesse prospettive investigative del p.m.²⁹ Infine, per escludere la possibilità di ogni iniziativa probatoria officiosa, l'attivazione del meccanismo di assunzione incidentale veniva ancorata alla regola dell'impulso di parte, segnando un distacco definitivo da qualsiasi prassi di ordine inquisitorio³⁰.

Il nuovo codice di procedura penale, emanato nella X legislatura il 22 settembre 1988 con decreto del Presidente della Repubblica del 22 settembre 1988, n. 447, entrò ufficialmente in vigore il 24 ottobre 1989.

Tuttavia, la disciplina giuridica dell'incidente probatorio, delineata dalla direttiva n. 40 e trasfusa negli artt. 392 ss. del codice, si mostrava decisamente troppo rigida ed eccessivamente farraginoso. Pertanto, numerosi saranno gli interventi legislativi di riforma, successivi all'entrata in vigore del codice di rito, che condurranno ad una "svolta inquisitoria"³¹ dell'istituto, liberalizzandone l'accesso e l'applicazione.

²⁷ direttiva n. 40, l. 16 febbraio 1987, n. 81.

²⁸ int. VASSALLI, Senato, Assemblea, IX legisl., 19 novembre 1986, n. 519, pag. 18-19.

²⁹ V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, pag. 40.

³⁰ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 27. L'istituto giuridico dell'incidente probatorio, nella nuova formulazione "accusatoria" della direttiva n. 40, si presentava come fortemente innovativo, sia del nuovo processo penale, sia dell'intero panorama tradizionale del processo. cfr. L. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CANZIO – FERRANTI – PASCOLINI, Giuffrè, 1989, pag. 26

³¹ G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg., Giuffrè, 2001, pag. 546.

3. La tutela del contraddittorio

Le criticità principali, concernenti l'istituto dell'incidente probatorio, hanno da sempre riguardato il necessario bilanciamento da operare tra le prerogative della pubblica accusa e i diritti della difesa durante la fase preliminare del procedimento. Infatti, già dalle prime configurazioni normative dell'istituto risultava di tutta evidenza il pericolo concernente la necessità di procedere in contraddittorio durante lo svolgimento dell'inchiesta preliminare, poiché un serio pregiudizio inerente all'aspetto funzionale ed operativo delle indagini stesse e del loro successivo sviluppo era altamente ipotizzabile³². Ciononostante, la garanzia del contraddittorio a tutela della difesa si presentava come un'esigenza prioritaria della procedura incidentale.

Nel progetto Morlino, la partecipazione del pubblico ministero e del difensore all'udienza di assunzione anticipata della prova era esente da ogni limitazione, tuttavia, non si fece attendere una "inclinazione, forse non maggioritaria, ma di certo diffusa e ricorrente, ad istituire qualche eccezione – vistosa, ancorché sofferta e tormentata – al contraddittorio in sede di incidente"³³. La suddetta tendenza venne confermata nel testo elaborato dal comitato interno alla Commissione di Giustizia, licenziato nel giugno 1982 e recante nella direttiva riservata all'incidente istruttorio la previsione di due modalità distinte di esecuzione della procedura incidentale, tra loro differenziate per la presenza ovvero l'assenza delle parti all'udienza di assunzione anticipata³⁴. Il giudice, tra l'altro, era legittimato a disporre la segretezza temporanea dei documenti anzidetti, su istanza di parte e per inderogabili esigenze relative alla conduzione delle indagini e alla sicurezza delle persone, in particolar modo, nei casi delle più gravi forme di criminalità organizzata³⁵.

³² *Relazione 17 novembre 1982*, in *Quad. giust.*, 1984, n.16, pag. 61.

³³ G. FRIGO, *La difesa nel nuovo processo penale*, in *Quad. giust.*, 1986, n. 59, pag. 16.

³⁴ Nello specifico, la realizzazione di un contraddittorio più o meno completo era strettamente correlata alla tipologia di atto da assumere. La presenza congiunta del pubblico ministero e del difensore era prevista nei casi di: assunzione di testimonianze a futura memoria, di interrogatorio dell'indiziato, di confronti in cui lo stesso era interessato, di perizie ed esperimenti giudiziali. Invece, con riferimento alle altre ipotesi di testimonianza e di confronti nei quali non fosse richiesta la presenza dell'indiziato, alle parti veniva riconosciuta la sola possibilità di visionare i verbali relativi al compimento dell'atto. cfr. P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 45.

³⁵ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 46 ss.

Nel testo del 1982, il Comitato interno alla Commissione di Giustizia, inoltre, attribuiva un diverso valore probatorio, in sede di dibattimento, agli atti assunti mediante procedura incidentale. Anche in questo caso, la linea di demarcazione, relativa all'efficacia probatoria degli atti, era tracciata con riferimento alla presenza o meno delle parti durante l'udienza di assunzione³⁶. La Commissione di Giustizia, tuttavia, in sede di approvazione del testo presentato dal Comitato, decise di ripristinare il principio del contraddittorio pieno tra le parti nella procedura dell'incidente istruttorio.

Nonostante la fine della legislatura abbia avuto ripercussioni significative sull'*iter* di approvazione della legge-delega, causandone l'interruzione, il dibattito dottrinale concernente i punti più delicati del progetto di riforma non venne intaccato. La garanzia del contraddittorio in sede di assunzione incidentale della prova costituiva una delle preoccupazioni principali per gli studiosi del diritto, con attenzione specifica rivolta ai casi delle testimonianze nei procedimenti contro le forme più efferate di criminalità. Al riguardo, vennero prospettati in dottrina due orientamenti distinti. Un primo filone, maggiormente riguardoso della pericolosità insita di determinati crimini e della relativa repressione, suggeriva di riservare al giudice delle indagini il potere di disporre l'assunzione incidentale delle testimonianze senza la presenza del difensore ovvero in assenza di contraddittorio, con l'obbligo di riprodurre integralmente la deposizione mediante apparecchi di registrazione. Le precauzioni anzidette potevano essere attuate, dunque, per quella determinata categoria di processi in cui si sarebbero palesate evidenti difficoltà di indagine, dovute "all'ambiente omertoso" in cui erano stati commessi i reati ovvero dai rischi di "inquinamento o soppressione delle fonti di prova"³⁷. Invece, un orientamento più moderato³⁸ proponeva l'esperimento dell'incidente probatorio in "due tempi", prevedendo

³⁶ Infatti, solo la pienezza del contraddittorio attribuiva, ai relativi atti assunti, il valore di prova piena nella fase di giudizio. In caso contrario, l'unica possibilità di utilizzo, di tali elementi probatori in dibattimento, poteva essere quella delle contestazioni su istanza di parte.

³⁷ G. NEPPI MODONA, *Il nuovo processo penale tra emergente e cultura delle riforme*, in *Quest. giust.*, 1984, pag. 141.

³⁸ V. GREVI, *Le indagini preliminari ed incidente istruttorio nella progettazione del nuovo processo penale: dal pubblico ministero «giudice» al pubblico ministero «parte»* in *Cass. pen.*, 1984, pag. 1858.

una fase iniziale di assunzione della testimonianza alla sola presenza del pubblico ministero ed una fase di pieno contraddittorio sul contenuto dell'atto, differita nel tempo.

La procedura ora delineata si mostrava maggiormente conforme ai canoni del nuovo processo penale, in quanto la formazione di un atto processuale in assoluta esclusione della presenza delle parti avrebbe costituito una violazione manifesta dei principi del rito accusatorio³⁹. Anche in questo caso, il meccanismo incidentale avrebbe trovato applicazione con riferimento ad un numero circostanziato di reati ed in presenza di specifiche esigenze di tutela.

Lo scopo del momento iniziale della procedura sarebbe stato quello di consentire la "cristallizzazione della testimonianza"⁴⁰, ulteriormente garantita dalla presenza del giudice e dall'obbligo di registrazione della deposizione mediante apposite apparecchiature. Successivamente, in una seconda udienza, si sarebbe tenuta una nuova escussione della testimonianza in contraddittorio tra le parti.

Le dichiarazioni rese in segreto nella prima fase, ma contestualmente registrate, avrebbero potuto comunque essere utilizzate in dibattimento con valore di prova, nei casi in cui il dichiarante, perché fisicamente impedito o irreperibile, non si fosse presentato alla seconda udienza di escussione della testimonianza ovvero il suo difensore non fosse comparso a quest'ultima. In ogni caso, erano riservati al giudice delle indagini poteri di controllo sulla legittimità della procedura seguita, prevedendo la possibilità per quest'ultimo di disporre, ove possibile, la comparizione del testimone per condurne esame⁴¹. Tuttavia, non furono poche le perplessità della dottrina con riferimento alla garanzia del contraddittorio nella procedura incidentale "a due tempi"⁴². In particolar modo, veniva sollevata l'impossibilità di paragonare i risultati di un esame condotto nelle forme della *cross examination*⁴³ con quelli ottenibili dalla procedura in questione, essendo evidenti sia il rischio che una successiva audizione avrebbe inutilmente esposto il testimone a nuove pressioni e pericoli, sia la difficoltà di assegnare un sicuro

³⁹ V. GREVI, *Le indagini preliminari*, cit., *ibidem*.

⁴⁰ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 49.

⁴¹ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., *ibidem*.

⁴² G. FRIGO, *La difesa*, cit., pag. 17 – 18;

⁴³ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 53 ss.

valore probatorio alle dichiarazioni rese in precedenza da quest'ultimo nel caso in cui fosse insorta l'impossibilità di effettuarne il controesame.

Le criticità procedurali ora prospettate indussero la Commissione di Giustizia del Senato a respingere inesorabilmente l'ipotesi dell'incidente "a due tempi". Pertanto, nel testo della direttiva n. 38, divenuta n. 40 nella delega del 1987, veniva definitivamente affermata la pienezza ed effettività del contraddittorio durante lo svolgimento della procedura incidentale.

La necessaria presenza delle parti, nella fase di acquisizione della prova, diveniva ufficialmente un presidio di tutela posto a fondamento dell'istituto dell'incidente probatorio. Faceva da contraltare, a salvaguardia delle indagini condotte dalla pubblica accusa, la possibilità per il giudice di "dilazionare" l'assunzione dell'incidente probatorio chiesto dall'imputato⁴⁴, su richiesta del p.m. e per specifiche esigenze di indagine, sempre che il ritardo non avesse pregiudicato la formazione della prova stessa. In ogni caso, secondo quanto disposto dalla direttiva, il differimento dell'assunzione della prova della difesa non si sarebbe potuto protrarre oltre il tempo strettamente necessario alla conclusione delle indagini richieste dal pubblico ministero⁴⁵.

Attualmente, la tutela del contraddittorio nella disciplina giuridica dell'incidente probatorio è specificamente racchiusa nei commi 1°, 2° e 3° dell'art. 401 c.p.p., ai sensi dei quali «L'udienza di assunzione della prova si svolge secondo le disposizioni del rito camerale, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona sottoposta alle indagini. Ha altresì diritto di parteciparvi il difensore della persona offesa; In caso di mancata comparizione del difensore dell'indagato, il giudice designa altro difensore a norma dell'art. 97, comma 4 c.p.p.; Nel caso dell'esame di un testimone o altra persona, la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa dal reato hanno diritto ad assistere all'udienza. Altrimenti, la loro presenza è subordinata alla previa autorizzazione del giudice delle indagini preliminari».

⁴⁴ dir. n. 40, l. 16 febbraio 1987, n. 81.

⁴⁵ Inoltre, il dettato normativo veniva ulteriormente arricchito dalla previsione del "doppio divieto" di verbalizzazione ed utilizzazione delle dichiarazioni concernenti persone diverse da quelle chiamate a partecipare all'incidente. cfr. P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 54 – 55.

4. I concetti di “non rinviabilità” e “irripetibilità” dell’atto probatorio

La necessità di procedere all’espletamento di un atto probatorio durante la fase delle indagini preliminari, stante l’impossibilità di attendere il dibattimento, costituisce il centro di gravità dell’incidente probatorio. Già dalle prime configurazioni normative dell’istituto, emergeva chiaramente come l’esperibilità dello stesso venisse subordinata dal legislatore alla sussistenza di un parametro di tutela oggettivo, quale la “non rinviabilità” al dibattimento dell’atto probatorio da assumere. Quest’ultimo, di fatto, costituisce il presupposto cardine del meccanismo processuale in esame, consentendo l’acquisizione anticipata di prove che potrebbero essere soggette a “rischi di dispersione”⁴⁶ prima del dibattimento.

Per favorire una migliore comprensione del concetto di non rinviabilità della prova, relativamente all’operatività dell’incidente probatorio, risulta opportuno prendere in considerazione le ulteriori fattispecie codicistiche che consentono l’acquisizione di una prova al di fuori del suo “ambito naturale”.

In via preliminare, occorre specificare che nel procedimento penale può procedersi all’assunzione anticipata di tre tipi di atti: 1. gli atti urgenti. – 2. gli atti non rinviabili. – 3. gli atti non ripetibili.

La disciplina giuridica degli atti urgenti è prevista dall’art. 467, comma 1° c.p.p., il quale attribuisce al presidente del tribunale o della corte di assise, nella fase degli atti preliminari al dibattimento, la possibilità di assumere su richiesta di parte e con le forme previste per il dibattimento le prove nei casi previsti dall’art. 392 c.p.p. Analizzando il dettato normativo delle due disposizioni, anche con riferimento alla loro collocazione topografica nel codice di rito, risulta possibile affermare come tra i concetti di urgenza e non rinviabilità degli atti processuali probatori sussista una perfetta identità concettuale, volendo entrambe le locuzioni esprimere l’*eadem ratio* dell’assunzione anticipata imperniata sul rischio di dispersione della prova⁴⁷. L’affinità tra le due categorie

⁴⁶ S.SAU, *L’incidente probatorio*, cit., pag.100.

⁴⁷ S.SAU, *L’incidente probatorio*, cit., pag.101.

appare oltremodo evidente avendo riguardo del motivo posto a fondamento della tutela offerta dall'incidente probatorio, ovvero la necessità di procedere all'assunzione anticipata della prova in ragione del "pericolo attuale"⁴⁸ che la stessa possa essere pregiudicata dal decorso del tempo. Di fatto, non è possibile scindere l'urgenza dalla sussistenza di un pericolo, così come risulta inverosimile affermare che ad un pericolo sia possibile provvedere senza urgenza⁴⁹. Pertanto, essendo la presenza di un pericolo attuale per l'acquisizione della prova presupposto imprescindibile dell'istituto *de quo*, risulta dimostrato che il concetto di non rinviabilità dell'atto è legato al fattore dell'urgenza⁵⁰.

Per quel che concerne la disciplina dell'incidente, occorre specificare che il codice di rito contempla due tipologie specifiche di urgenza, distinguibili in relazione alla "maggiore o minore prossimità del pericolo"⁵¹. Si può profilare dunque una urgenza c.d. assoluta, in presenza della quale deve procedersi al compimento immediato dell'atto, ricorrendo alla procedura prevista dall'art. 400 c.p.p. che consente l'abbreviazione dei termini del rito, ovvero una urgenza relativa, cui far fronte mediante il ricorso allo strumento del differimento, previsto dall'art. 397 c.p.p.⁵². Infine, confermando quanto sopra detto, possono menzionarsi gli artt. 3, comma 3°; 41, comma 2° e 47, comma 2° c.p.p., recanti nel proprio dettato normativo la medesima locuzione "atti urgenti", prevista nella rubrica dell'art. 467 c.p.p. che a sua volta richiama i casi dell'art. 392 c.p.p. In virtù del richiamo anzidetto, risulta implicita la riconducibilità nel novero degli atti urgenti *ex art. 467 c.p.p.* degli atti probatori previsti dall'art. 392 c.p.p., ovvero delle prove non rinviabili⁵³. Tuttavia, occorre specificare che la sovrapposibilità concettuale tra urgenza e non rinviabilità dell'atto può aversi solo con riferimento alla funzione cautelare⁵⁴ assolta dall'incidente probatorio, essendo da un punto di vista tecnico-giuridico la categoria dell'urgenza molto

⁴⁸ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag.104.

⁴⁹ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, 1936, pag. 21

⁵⁰ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag.105.

⁵¹ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag.106.

⁵² C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, UTET, 2000, pag. 214.

⁵³ M. CHIAVARIO, *Sospensione del processo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 1993, pag. 6

⁵⁴ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag.103.

più vasta di quella della non rinviabilità, poiché riferibile anche ad attività che esulano dalla sfera probatoria.

Avendo provato, l'inscindibilità del legame intercorrente tra il concetto di urgenza e di non rinviabilità degli atti di prova nell'ambito della disciplina giuridica dell'incidente probatorio, occorre ora soffermarsi sulla singola aggettivazione "atto non rinviabile", prevista dal legislatore come principale requisito di accesso alla procedura *de qua*. Costituendo una deroga al principio della separazione funzionale tra fase preliminare e giudizio nello specifico una "parentesi anticipatoria del dibattimento"⁵⁵, l'azionabilità del meccanismo processuale in esame doveva essere necessariamente circoscritta dal legislatore delegato entro rigidi confini, al fine di scongiurare il pericolo di una nuova istruzione formale⁵⁶. In proposito, risultava necessario procedere ad una ridefinizione, maggiormente rigorosa, dei presupposti di ammissibilità dell'incidente originariamente previsti dalla legge delega. Di fatto, la locuzione "prova non rinviabile", originariamente impiegata dalla direttiva n. 40 della legge n. 81 del 1987 come *condicio sine qua non* per l'attivazione della procedura incidentale, nell'accezione comune assumeva un significato ed una portata decisamente troppo ampi e generici, potendo identificare ogni prova che per una qualsiasi causa non fosse differibile al dibattimento. La scelta del delegato, nella formulazione definitiva dell'art. 392 c.p.p., è stata dunque quella di sostituire la suddetta enunciazione con la enucleazione di ipotesi tassative nelle quali fossero ravvisabili, relativamente ai vari mezzi di prova, i caratteri della non differibilità. Così, attuando una interpretazione volutamente restrittiva di quanto disposto dalla direttiva n. 40 della legge-delega, veniva circoscritta l'area di operatività dell'istituto a determinate ipotesi ritenute meritevoli di tutela e come tali "legalmente" non differibili, prevedendo l'indicazione per ciascun mezzo di prova dei presupposti e delle condizioni che ne avrebbero giustificato l'esperimento anticipato e sui quali si sarebbe dovuto sostanziare l'accertamento operato dal giudice. Alla procedura in esame, pertanto, si sarebbe potuto

⁵⁵ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Suppl. ord. n. 2 alla Gazz. Uff.*, Serie generale, n. 250, 1988, p. 81.

⁵⁶ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 61 ss.

ricorrere nei casi di *periculum in mora* per l'assunzione della prova, per la quale non sarebbe stato possibile attendere il dibattimento, ovvero se vi fosse stata incompatibilità tra le attività concernenti l'acquisizione probatoria ed il principio della concentrazione dibattimentale. I mezzi di prova esperibili, invece, sarebbero stati la testimonianza, il confronto, l'esame dell'imputato, la ricognizione, la perizia e l'esperimento giudiziale. Tuttavia, la decisione del legislatore delegato in merito alla nuova formulazione dell'art. 392 c.p.p. non era andata esente da critiche e perplessità della dottrina. Veniva sollevato, infatti, sia il travalicamento dei confini implicitamente segnati dalla delega⁵⁷, sia l'ingiusta compressione del diritto di difendersi mediante la prova, costituzionalmente garantito⁵⁸. Invece, a favore di una impronta maggiormente rigoristica dell'art. 392 c.p.p., vi era chi sosteneva che la predeterminazione tassativa dei mezzi di prova esperibili e delle condizioni di fatto legittimanti il ricorso all'incidente probatorio avrebbe garantito una maggiore coerenza dell'istituto con le fondamenta accusatorie del nuovo processo penale⁵⁹.

Nel decennio successivo all'entrata in vigore del codice di rito vi sono state numerose novelle che hanno progressivamente inciso sulla fisionomia originaria dell'istituto, estendendone l'ambito operativo anche ad ipotesi originariamente non previste dal codice⁶⁰. Rinviando l'analisi delle riforme legislative che hanno "liberalizzato" l'accesso alla procedura dell'incidente probatorio ad una successiva trattazione, occorre infine soffermarsi sulla nuova e definitiva connotazione assunta dalla locuzione "atto non rinviabile". Di fatto, si tratta di un "concetto poliedrico", riferibile ad una pluralità di situazioni in cui, a seguito di una valutazione prognostica ponderata sull'esistenza di pericoli imminenti per l'acquisizione della prova e che ne rendono necessaria l'assunzione anticipata⁶¹, sia prevedibile "la non riassumibilità o utile riassumibilità dell'atto in

⁵⁷ T. MAZZUCA, *L'incidente probatorio*, in *Giust. pen.*, vol. III, 1991, c. 79.

⁵⁸ P. TONINI, *Note critiche sull'incidente probatorio*, in *Il giusto processo*, 1990, pag. 415 ss.

⁵⁹ A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, II' ed., Giappichelli, 1991, pag. 314 – 315.

⁶⁰ M. BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*, Giuffrè, 1994, pag. 224.

⁶¹ M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, II' ed., UTET, 1990, pag. 136.

dibattimento”⁶². Inoltre, è possibile configurare anche un’ulteriore ipotesi di non rinviabilità degli atti, concernente tutte le prove che se assunte in dibattimento ne determinerebbero una protrazione nel tempo eccessiva, in palese contrasto con il principio della concentrazione dibattimentale. Quest’ultima è la c.d. “non rinviabilità funzionale”, riferibile ai casi in cui l’esigenza di procedere all’assunzione anticipata di una prova, da parte p.m., sia sganciata dall’effettiva sussistenza di pericoli attinenti alla genuinità del risultato probatorio ma sia collegata alla necessità di proseguire le indagini in “maniera mirata”, consentendo alla pubblica accusa di determinarsi in ordine all’esercizio dell’azione penale ovvero alla presentazione della richiesta di archiviazione⁶³. Costituisce un’ipotesi di non rinviabilità funzionale la c.d. “perizia di lunga durata”, prevista dal comma 2 dell’art. 392 c.p.p. e che legittima il ricorso all’incidente probatorio in quanto, se venisse disposta in dibattimento, ne determinerebbe una sospensione superiore a sessanta giorni.

Infine, concludendo la disamina dei presupposti codicistici che consentono l’assunzione anticipata di atti a contenuto probatorio, occorre soffermarsi sulla categoria degli “atti non ripetibili”. L’irripetibilità costituisce una “categoria dogmatica”⁶⁴ del procedimento penale, concernente l’impossibilità di reiterare il compimento di un atto probatorio nel corso dello stesso. Nonostante il codice di rito attribuisca alla suddetta locuzione una configurazione unitaria, la stessa può operare sotto diverse prospettive, in relazione alle vicende della prova nel procedimento. Una partizione preliminare può, dunque, essere effettuata in: 1. Irripetibilità “effettiva” o “in concreto”. – 2. Irripetibilità “potenziale” o “in astratto”. – 3. Irripetibilità “normativa”. Può parlarsi di “irripetibilità effettiva” della prova nel caso in cui, al momento della sua valutazione giudiziale, l’atto sia stato già compiuto e non sia ulteriormente reiterabile per fatti o circostanze non prevedibili. Nella situazione ora descritta, il recupero del valore probatorio dell’atto sarà attuato dal giudice ricorrendo al meccanismo comunicativo della “lettura”, previsto ai sensi dell’art.

⁶² S. SAU, *L’incidente probatorio*, cit., pag. 112.

⁶³ S. SAU, *L’incidente probatorio*, cit., pag. 113.

⁶⁴ L. SURACI, *L’incidente probatorio: tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini giuridica, 2017, pag. 32.

512 c.p.p. Problematiche maggiori, con riferimento all'attività dell'interprete, insorgono nel caso in cui la valutazione di (ir)ripetibilità⁶⁵ debba essere disposta per un atto che non è stato ancora compiuto e che, sulla base di un ragionamento prognostico, potrebbe diventare non ripetibile. Si tratta della irripetibilità c.d. "potenziale" o "in astratto", nei confronti della quale la dottrina stenta ad affermare una sicura configurabilità procedurale, dal momento che è insito del concetto di "irripetibilità" la esistenza materiale di un atto che, essendo stato già compiuto, non può più essere utilmente rinnovato nei frangenti della procedura preordinati alla formazione della prova. Inoltre, ulteriori dubbi scaturiscono dal rapporto stridente che si instaura tra i concetti di "atto (potenzialmente) non ripetibile" e "atto non rinviabile". Di fatto, la non ripetibilità presuppone che l'atto, se procrastinato nel tempo, perda la sua efficacia probatoria ovvero non sia più fenomenicamente riproducibile, mentre la non rinviabilità, come già visto, comporta la necessità di procedere all'assunzione anticipata di una prova *ab origine* ripetibile ma che per i fattori contingenti anzidetti non può attendere l'instaurazione del dibattimento⁶⁶. Tra le due categorie, il discrimine giuridico può, dunque, essere individuato con riferimento alla tempistica del compimento dell'atto⁶⁷, potendo essere "potenzialmente non ripetibile" la prova che se non tempestivamente assunta divenga definitivamente irrealizzabile, mentre "non rinviabile" la prova la cui assunzione diventerebbe oltremodo gravosa se dovessero attendersi le tempistiche del dibattimento⁶⁸. Tuttavia, non può escludersi l'ipotesi che un atto sia rinviabile ma al tempo stesso non ripetibile, pertanto, una valutazione di irripetibilità potenziale potrebbe porsi tutte le volte in cui "la funzione conoscitiva dell'atto [...] può utilmente esplicarsi in un contesto connotato da finalità investigative"⁶⁹, nel quale insorgono esigenze probatorie non procrastinabili. Vi sono poi dei casi di non ripetibilità degli atti probatori di creazione legislativa, in quanto tipizzati nella lettera della legge⁷⁰.

⁶⁵ L. SURACI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 33.

⁶⁶ V. GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice*, cit., pag. 690.

⁶⁷ L. SURACI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 34.

⁶⁸ R. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. proc. pen.*, vol. I, 1993, pag. 5.

⁶⁹ L. SURACI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 35.

⁷⁰ L. SURACI, *L'incidente probatorio*, cit., *ibidem*.

È il caso dell'irripetibilità c.d. "normativa", per la quale l'atto da assumere è da un punto di vista naturalistico sia rinviabile che ripetibile, ma la cui esperibilità è stata circoscritta all'interno della fase preliminare del procedimento in forza di una precisa scelta del legislatore, dettata da ragioni legate alla tutela della prova ovvero dell'economia processuale. In merito a quest'ultima connotazione dell'irripetibilità probatoria, costituiscono esempi pertinenti gli istituti di cui agli artt. 360 e 392, 2° comma, c.p.p., disciplinanti gli "accertamenti tecnici non ripetibili" e la "perizia di lunga durata"⁷¹. Riprendendo la tematica degli "atti irripetibili" nella sua portata generale, occorre specificare come sia dottrina che giurisprudenza concordino nell'affermare che l'unica classificazione possibile sia quella fondata sulla distinzione tra le due categorie della "irripetibilità originaria" e della "irripetibilità sopravvenuta", la prima costituente un connotato intrinseco della prova, la seconda una conseguenza dovuta al sopravvenire di accadimenti che ne compromettano la rinnovabilità⁷².

Oltretutto, è stato asserito che la partizione esaminata costituisce "[l]'unico dato sistematico pressoché certo che la dottrina ha ricavato sulla base della scarna previsione legislativa"⁷³. Ai due concetti di irripetibilità originaria e irripetibilità sopravvenuta, inoltre, il codice di rito assegna due "referenti normativi"⁷⁴ ben definiti. Pertanto, risulta necessario menzionare le previsioni contenute negli artt. 431 e 512 c.p.p. La prima disposizione normativa richiamata, cui il codice riserva la definizione delle regole per la formazione del fascicolo del dibattimento, attraverso l'indicazione degli atti che in esso dovranno confluire, costituisce il fondamento giuridico della irripetibilità originaria, consentendo l'inserimento nel fascicolo anzidetto dei verbali degli atti c.d. "non ripetibili", compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore dell'imputato, nonché dei verbali degli atti assunti mediante la procedura dell'incidente probatorio. Nella categoria degli atti non ripetibili, sono

⁷¹ Infatti, nei casi anzidetti, il carattere della non ripetibilità normativa dell'atto permette la partecipazione degli altri soggetti del procedimento al momento formativo della prova, tendenzialmente unilaterale poiché circoscritto alla fase delle indagini preliminari, consentendone la successiva utilizzabilità in dibattimento per la valutazione del giudice.

⁷² L. SURACI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 38 ss.

⁷³ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, 2000, pag. 14.

⁷⁴ L. SURACI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 39.

ricompresi tutti gli atti di prova non riproducibili come fenomeno, o che comunque non possono essere effettuati utilmente più di una volta. In merito a ciò, possono menzionarsi: 1. gli atti a sorpresa (perquisizioni, sequestri e intercettazioni di comunicazioni e conversazioni); – 2. gli accertamenti e rilievi urgenti sullo stato di cose, tracce o luoghi compiuti dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 354, 2° comma, c.p.p. in caso di pericolo di alterazione, dispersione o modificazione degli elementi di prova; –3. gli accertamenti tecnici non ripetibili su persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, disposti dal p.m. ai sensi dell'art. 360, 1° comma, c.p.p. Dunque, si tratta di una specifica categoria di atti probatori, caratterizzati da una “originaria e/o intrinseca irripetibilità, da rivenirsi attraverso una qualificazione *ex ante*”⁷⁵. L'irripetibilità sopravvenuta, invece, trova il suo nucleo centrale nella fattispecie delineata dall'art. 512 c.p.p., la quale, durante lo svolgimento del dibattimento, consente al giudice di disporre, su richiesta di parte, la “lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione”. Differenziandosi dalla prima disposizione richiamata, la fattispecie acquisitiva di cui all'art. 512 c.p.p. costituisce una “eccezionale possibilità di lettura”, in quanto richiede che la non ripetibilità degli atti nati *ab origine* ripetibili scaturisca da fatti o circostanze eccezionali e non programmabili. La previsione legislativa del requisito dell'imprevedibilità degli eventi anzidetti garantisce la coerenza dello schema logico posto dall'art. 512 c.p.p. con la disciplina dell'incidente probatorio, previsto dal legislatore come strumento funzionale al recupero anticipato di prove che, normalmente ripetibili in dibattimento, minaccino per ragioni visibili *ex ante* di non esserlo più⁷⁶. Inoltre, l'irripetibilità *de qua* deve essere di tipo assoluto, ovvero tale da vanificare irrimediabilmente la possibilità di esperire in dibattimento il mezzo di prova⁷⁷, in quanto una semplice difficoltà sopravvenuta nell'assunzione della prova secondo i criteri ordinari non consentirebbe

⁷⁵ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag.123.

⁷⁶ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., pag. 78.

⁷⁷ L. SURACI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 46.

l'applicazione analogica dell'art. 512 c.p.p.⁷⁸ L'accertamento della situazione di non ripetibilità della prova, legittimante la lettura degli atti ai sensi dell'art. 512 c.p.p., è attuato dal giudice di merito, attraverso una libera valutazione retta dai criteri di rigore e logicità⁷⁹. In particolar modo, occorre che quest'ultimo, immedesimandosi nella persona del richiedente la lettura, si riporti ad un dato momento del passato e, tenendo conto delle circostanze di fatto allora note o conoscibili, stabilisca se l'evento che ha reso impossibile la ripetizione dell'atto si sarebbe potuto ragionevolmente prevedere⁸⁰, imponendo il ricorso alla procedura incidentale di cui all'art. 392 c.p.p. ovvero l'acquisizione ex art. 431 c.p.p. Pertanto, tra le due forme di irripetibilità degli atti ora descritte, può essere individuato un "punto di discriminazione [...] d'ordine temporale"⁸¹, coincidente con il momento in cui l'irripetibilità "acquista consistenza" e configurante tra di esse un "rapporto di stretta complementarità e reciproca esclusione"⁸², in quanto l'art. 431 c.p.p. consente l'inserimento *ab initio* degli atti irripetibili nel fascicolo dibattimentale, mentre l'art. 512 c.p.p. garantisce il recupero degli atti da esso rimasti esclusi.

Come è stato possibile finora osservare, nonostante le categorie della non rinviabilità e dell'irripetibilità della prova possano presentare alcuni tratti comuni, esse non sono perfettamente sovrapponibili e devono essere tenute concettualmente distinte⁸³. La distinzione strutturale tra "atti non rinviabili" e "atti non ripetibili" si riverbera anche con riferimento ai regimi di formazione e utilizzazione degli atti stessi. Infatti, se l'incidente probatorio consente nella fase preliminare l'assunzione di prove non rinviabili, ricorrendo al metodo accusatorio di acquisizione della prova proprio del dibattimento, in senso inverso opera la disciplina posta dagli artt. 431 e 512 c.p.p. per gli atti irripetibili, consentendo il trasferimento nella fase dibattimentale di prove acquisite con

⁷⁸ Cass. sez. I, 14 ottobre 1999, n. 13765, Fanuele, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 1516.

⁷⁹ Cass. sez. III, 14 aprile 2004, n. 24195, in *CED cassazione*, n. 230103.

⁸⁰ C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., pag. 178.

⁸¹ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale*, a cura di UBERTIS – VOENA, Giuffrè, 2000, pag. 71.

⁸² C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., pag. 16.

⁸³ Di fatto, non è rinvenibile una "corrispondenza biunivoca"⁸³ come per gli atti urgenti, essendo l'atto non rinviabile solo eventualmente non ripetibile e viceversa. cfr. S.SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 114 ss.

metodo inquisitorio nel corso delle indagini preliminari⁸⁴. Ciononostante, può correttamente affermarsi come il carattere della non rinviabilità della prova non costituisca l'unico fondamento della procedura di assunzione incidentale prevista dall'art. 392 c.p.p. Infatti, pur non essendo espressamente menzionato nella disposizione *de qua* come *conditio* legittimante l'acquisizione anticipata della prova, il requisito della non ripetibilità dell'atto, ai sensi dell'art. 117 delle disposizioni attuative del codice di rito, consente l'espletamento della procedura disciplinata dall'art. 360 c.p.p., che nel suo comma 4° autorizza la persona sottoposta alle indagini di formulare riserva d'incidente probatorio per il compimento dell'atto medesimo.

5. La “liberalizzazione” della procedura: esigenze di tutela comunitarie e risposte dell'ordinamento nazionale

La disciplina giuridica dell'incidente probatorio, delineata dalla direttiva n. 40 della legge-delega n. 81 del 1987 e trasfusa nell'art. 392 c.p.p., è stata oggetto di numerose modifiche correlate a riforme legislative susseguitesi nel tempo.

La fisionomia originaria dell'istituto *de qua* è stata progressivamente erosa dalla stratificazione di novelle, nazionali e comunitarie, che hanno inciso significativamente sia sul funzionamento della procedura, sia sui presupposti fondamentali della stessa, “liberalizzandone” l'accesso.

Le primordiali esigenze di riforma della disciplina dell'incidente sono insorte pochi anni dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, all'alba della “tormentata stagione del 1992”⁸⁵. Difatti, la tassatività della casistica prevista dall'art. 392 c.p.p., nonché la farraginosità estrema della procedura incidentale, rendevano il ricorso all'incidente probatorio eccessivamente oneroso e di poca convenienza per le parti, derivandone dunque uno scarso impiego negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice.

⁸⁴ Inoltre, nonostante i verbali degli atti assunti attraverso il meccanismo dell'incidente confluiscono nel fascicolo formato per il dibattimento *ex art.* 431 c.p.p., degli stessi viene data lettura solo a seguito dell'esame del dichiarante o del perito, salvo che lo stesso non abbia luogo.

⁸⁵ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 64.

In primo luogo, all'emarginazione dell'istituto contribuirono alcune sentenze della Corte costituzionale ed una serie di interventi legislativi che manipolarono il "metabolismo probatorio"⁸⁶ e ridussero l'applicabilità del meccanismo di cui all'art. 392 c.p.p., consentendo che la totalità degli atti acquisiti durante lo svolgimento delle indagini risultasse suscettibile di essere convogliata in dibattimento con valore probatorio. A tal proposito, possono essere menzionati la pronuncia della Corte costituzionale⁸⁷, con la quale venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 500, comma 3 e 4 c.p.p., permettendo la contestazione in udienza e l'acquisizione con valore di prova delle dichiarazioni rese dal testimone al p.m. ovvero alla polizia giudiziaria nella fase delle indagini preliminari, qualora il teste in dibattimento avesse reso dichiarazioni contrastanti, nonché il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, recante "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", che nel comma 2 del suo art. 8 disponeva l'estensione della possibilità di lettura degli atti investigativi ex art. 512 c.p.p. anche alle prove acquisite dalla polizia giudiziaria⁸⁸. Questi provvedimenti, praticamente, resero vano il ricorso all'incidente probatorio, poiché, incidendo sulle modalità di assunzione della prova dichiarativa e sul regime delle contestazioni, consentivano l'utilizzazione in dibattimento con valore di prova di dichiarazioni raccolte in sede di indagine dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria senza alcun regolare contraddittorio. Pertanto, la dottrina dell'epoca riconobbe come il contraddittorio senza immediatezza, tipico della procedura incidentale ex art. 392 c.p.p., fosse di gran lunga preferibile all'unilateralità del dato acquisito dal p.m. nel totale disconoscimento di ogni prospettiva dialogica con la difesa. Si sottolineò, in particolare, che proprio al fine di superare la crisi

⁸⁶ G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, cit., pag. 551.

⁸⁷ C. cost., 18 maggio 1992, n. 254, in *Giur. Cost.*, pag. 1932.

⁸⁸ Dunque, la legislazione novellistica del 1992 segnò la c.d. svolta inquisitoria del procedimento penale, rimuovendo i filtri che presiedevano al principio di separazione delle fasi e generando una gigantesca istruzione sommaria a discapito di tutte le cautele costruite intorno all'incidente probatorio. Infatti, gli atti d'indagine attraverso gli istituti della contestazione, della lettura e degli ulteriori strumenti processuali utilizzabili, confluivano direttamente nel fascicolo per il dibattimento, sacrificando il principio del contraddittorio nella formazione della prova. cfr. G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, cit., pag. 546.

del contraddittorio fosse auspicabile scegliere la via dell'ampliamento dell'incidente probatorio⁸⁹.

Come precedentemente affermato, un importante "spiraglio di rinascita"⁹⁰ per l'incidente probatorio si ebbe con la celebre sentenza della Suprema Corte del 1994⁹¹ della Corte costituzionale. Con tale pronuncia, venne riconosciuta alle parti la possibilità di richiedere ed ottenere l'ammissione della procedura *ex art.* 392 c.p.p. anche in sede di udienza preliminare, essendo la preclusione dell'esperimento dell'incidente probatorio nell'ambito dell'udienza preliminare "priva di ragionevole giustificazione e lesiva dei diritti di azione e difesa"⁹². Dalla decisione del giudice di legittimità costituzionale del 1994 si è sviluppato sul piano culturale un orientamento incline a liberalizzare l'accesso delle parti alla procedura incidentale, al fine di preservare il contraddittorio sulla prova seppur in pregiudizio del principio di immediatezza.

La prima manovra dilatativa dell'ambito di operatività dell'incidente probatorio coincide con l'emanazione della l. 15 febbraio 1996, n. 66, recante "norme contro la violenza sessuale", che con l'art. 13 modificò la disciplina dell'istituto, introducendo nell'art. 392 c.p.p. il comma 1-*bis* e nell'art. 393 c.p.p. il comma 2-*bis*. Il neo-introdotta comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., rappresentativo dell'incidente probatorio c.d. "speciale", avrebbe consentito al pubblico ministero ovvero alla persona sottoposta alle indagini, nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*octies* del Codice penale, di richiedere l'assunzione con le forme dell'incidente probatorio della testimonianza del minore di anni sedici anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1 dell'articolo medesimo. In questo modo, il legislatore ha *de facto* generato una presunzione *iuris et de iure* di non rinviabilità della prova, derivante dall'esigenza preminente di tutelare la

⁸⁹ L. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, pag. 689.

⁹⁰ G. BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Giuffrè, 2006, pag. XX.

⁹¹ C. cost. 10 marzo 1994, n. 77.

⁹² C. cost. 10 marzo 1994, n. 77. cit.

personalità, ancora in via di sviluppo, del soggetto debole per eccellenza, nonché del suo contributo conoscitivo per l'accertamento della verità processuale⁹³.

Il comma 2-*bis* dell'art. 393 c.p.p., invece, statuiva un obbligo specifico per la pubblica accusa, ovvero quello di procedere al deposito di tutti gli atti di indagine compiuti conseguentemente alla presentazione della richiesta di incidente.

La disposizione anzidetta suscitò non pochi dubbi nella dottrina, in quanto non appariva per nulla coerente con il quadro di tutela della personalità e della privacy del minore, delineato dal Legislatore nel comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., la previsione di una completa *discovery* delle indagini svolte dal pubblico ministero. Infatti, attenendosi al solo dato normativo, il comma 2-*bis* dell'art. 393 c.p.p. avrebbe potuto costituire uno strumento pretestuoso nella disponibilità della difesa, impiegabile per vanificare i risultati della fase investigativa.

La ricerca di una soluzione alla problematica in esame si focalizzò, dunque, sul necessario bilanciamento da operare tra i diritti della difesa ed il carattere della segretezza delle indagini preliminari, alla luce oltretutto della presunzione assoluta di non rinviabilità della prova introdotta dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. Di conseguenza, l'interpretazione preferibile del dettato normativo fu quella di non ritenere affatto automatico l'accoglimento della richiesta di incidente, subordinandola al preventivo accertamento del giudice dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge, e di non consentire l'accesso immediato della difesa al materiale investigativo depositato. Solo allorché l'organo giudicante avesse accolto e disposto l'escussione anticipata del minore le parti sarebbero state legittimate a prendere visione degli atti depositati, nel termine di almeno due giorni prima dell'udienza. Tuttavia, il Legislatore del 1996, nell'approntare una rigorosa tutela della personalità del minore attraverso l'istituto di cui all'art. 392 comma 1-*bis*, non doveva aver considerato l'ipotesi di una possibile reiterazione in dibattimento delle dichiarazioni rese in sede di incidente, essendo venuto meno il vincolo della non ripetibilità come *conditio* di accesso alla procedura incidentale⁹⁴.

⁹³ M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in AA.VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla l. 7 agosto 1997, n. 267*, a cura di DALIA - FERRAIOLI, Giuffrè, 1998, pag. 37.

⁹⁴ S.SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 74.

Al fine di evitare la vanificazione di tutte le cautele previste dalla procedura *de qua*, il Legislatore è intervenuto emanando la successiva l. 3 agosto 1998, n. 269, recante “norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”, con la quale è stato esteso ai reati contemplati nella legge n. 66 del 1996 il meccanismo di recupero delineato dall’art. 190-*bis* c.p.p. comma 1, mediante l’aggiunta di un comma 1-*bis* all’articolo medesimo. Secondo quanto disposto dall’articolo anzidetto – integrato dalle previsioni della l. n. 66 del 1996 – le dichiarazioni assunte in sede di incidente probatorio ovvero i verbali delle dichiarazioni acquisite a norma dell’art. 238 c.p.p., sarebbero passibili di una nuova ripetizione in dibattimento solo in presenza di una situazione di assoluta necessità preventivamente valutata dal giudice. Inoltre, la medesima legge, con il suo art. 13, ha ulteriormente modificato il testo del comma 1-*bis* dell’art. 392 c.p.p., inserendo gli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies* del Codice penale nel novero delle disposizioni legittimanti il ricorso alla procedura di assunzione speciale e prevedendo che l’esame del minore vittima del reato, su richiesta sua o del suo difensore, venga effettuato mediante l’uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico ovvero nelle altre forme speciali a norma del comma 5-*bis* dell’art. 398 c.p.p., disciplinante la c.d. “audizione protetta” e che sarà oggetto di ulteriore disamina.

Ulteriori modifiche alla fisionomia originale dell’incidente probatorio, come accennato in precedenza, sono state apportate dai due interventi legislativi del 1997 e del 2000. La l. 7 agosto 1997, n. 267, con il suo art. 4, ha modificato le disposizioni normative di cui agli artt. 392 e 398 c.p.p., relativamente al trattamento giuridico previsto per la persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità altrui, nonché per l’esame delle persone indicate nell’art. 210 c.p.p. La novella ha disposto la possibilità di ricorso all’incidente probatorio indipendentemente dalla sussistenza dei requisiti di non rinviabilità della prova previsti dal comma 1, lett. *a) e b)* dell’art. 392 c.p.p., nello specifico l’infermità o altro grave impedimento del dichiarante, ovvero il pericolo di subornazione dello stesso. Dunque, il dispositivo che nella legge del 1996 era stato limitato alla sola ipotesi della testimonianza del minore infrasedicenne,

circoscritta nell'ambito dei procedimenti penali per i reati di abuso sessuale, diviene norma generale nella riforma del 1997⁹⁵. Così, eliminando la preclusione dettata dal requisito della non differibilità al dibattimento della prova, l'accesso alla procedura *ex art. 392 c.p.p.* veniva definitivamente "liberalizzato", realizzando il duplice intento di evitare la dispersione della prova mediante la sua acquisizione tempestiva e, allo stesso tempo, garantire l'ossequio del principio del contraddittorio, seppur in pregiudizio dei principi di oralità e immediatezza propri del dibattimento.

Successivamente, il legislatore con l. 7 dicembre 2000, n. 367 ha interamente riformato la disciplina processuale delle investigazioni compiute dal difensore di parte, mediante l'aggiunta di un titolo VI-*bis* al libro V del codice di rito. In particolar modo, l'art. 11 della riforma in esame, introduttivo di ben nove disposizioni codicistiche dall'art. 391-*bis* al 391-*decies*, ha riconosciuto al difensore di parte, ai sensi del comma 11 dell'art. 391-*bis* c.p.p., il potere di azionare la procedura dell'incidente probatorio per sentire il dichiarante che si sia avvalso della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni, prevista dal comma 3°, lett. *d*) dell'articolo medesimo, anche fuori delle ipotesi di non rinviabilità disciplinate dall'art. 392 c.p.p. La previsione anzidetta costituisce un'alternativa all'audizione disposta dal p.m. a norma del comma 10° dell'articolo medesimo, richiesta dal difensore e celebrata alla presenza di quest'ultimo, che sarà tenuto a formulare le domande per primo, ed alla quale è possibile ricorrere nel caso in cui la persona in grado di riferire circostanze utili per l'attività investigativa rifiuti di rispondere o di rendere dichiarazioni. Nell'attività d'investigazione difensiva, dunque, l'incidente probatorio può costituire soltanto un "mezzo succedaneo"⁹⁶ nella disponibilità del difensore, cui ricorrere in soluzione del vano esperimento del più celere strumento dell'audizione congiunta con la pubblica accusa. Essendo concettualmente e giuridicamente fondato su "presupposti *naturaliter* totalmente diversi"⁹⁷ dall'incidente ordinario, l'istituto previsto dal comma 11 dell'art. 391-*bis* c.p.p.

⁹⁵ S.SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 79 ss.

⁹⁶ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 84.

⁹⁷ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., *ibidem*.

è configurabile come una forma *sui generis* di incidente probatorio, assimilabile allo strumento di cui all'art. 392 c.p.p. solo per quel che concerne la sua "meccanica" di funzionamento.

Riprendendo nuovamente l'analisi dell'evoluzione normativa dell'incidente probatorio "speciale" ex art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., occorre procedere con la disamina delle principali riforme di carattere sovranazionale che hanno interessato la procedura *de qua* ed il suo sviluppo nella legislazione interna. In ambito europeo, infatti, già dai primi anni Ottanta del secolo scorso, sono state numerose le iniziative volte a riconoscere in favore della vittima vulnerabile specifiche garanzie e "nuovi spazi di manovra" all'interno del processo penale⁹⁸.

La prima tappa, del percorso legislativo eurocomunitario, che ha portato all'affermazione del ruolo della vittima nel processo, è stata la Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di crimini violenti firmata a Strasburgo nel 1983 e dalla quale è scaturita la produzione di una serie di raccomandazioni del Consiglio dei Ministri esortanti i governi degli Stati membri a riconoscere e tutelare la posizione della vittima su molteplici versanti, in particolar modo già dai primi contatti con la polizia giudiziaria. Tuttavia, in quanto prive di contenuto precettivo, le suddette raccomandazioni non hanno significativamente inciso sulla normativa interna degli Stati membri, limitandosi dunque a fornire indicazioni circa le attribuzioni da riconoscere alla vittima.

Una nuova e più rigorosa affermazione del ruolo della vittima nel panorama legislativo europeo si è avuta il 15 marzo 2001, con l'adozione della decisione quadro 2001/220/GAI da parte del Consiglio d'Europa. Infatti, la suddetta decisione mirava ad individuare determinati meccanismi di tutela della vittima lungo tutto l'arco del procedimento, soffermandosi specificamente sulla tutela delle vittime "particolarmente vulnerabili". Nel novero dei diritti che gli Stati membri avrebbero dovuto garantire, il legislatore europeo riservava negli artt. 3 e 8 della decisione quadro una precisa considerazione al diritto della

⁹⁸ F. CERQUA, *Fonti deboli e processo penale: i congegni di protezione dei dichiaranti particolarmente vulnerabili*, Maggioli, 2018, pag. 16 ss.

vittima ad essere ascoltata durante il procedimento, limitando il numero delle audizioni a quanto effettivamente necessario per la prosecuzione dello stesso e prevedendo l'assenza di contatti con l'imputato, se non per specifiche esigenze procedurali. Ciò che veniva affermato era, dunque, un embrione della tutela giuridica prevista in favore delle vittime di reato contro la c.d. "vittimizzazione secondaria", ovvero quel fenomeno in forza del quale la vittima di reato è portata a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto. Tuttavia, pur costituendo "uno dei più compiuti tentativi di armonizzazione nell'ambito processuale penale"⁹⁹, l'assenza di efficacia diretta della decisione e la scarsa propensione di molti Stati membri a adeguarsi alla normativa comunitaria hanno contribuito a "frustrare gli obiettivi della decisione stessa"¹⁰⁰.

In linea di continuità con il percorso legislativo di tutela, inaugurato dalla decisione quadro 2001/220/GAI, si pone una fondamentale pronuncia della Corte di Giustizia, dalla quale è scaturita una protezione specifica per le vittime di reato minorenni. Occorre dunque menzionare la c.d. "sentenza Pupino"¹⁰¹ in cui, a seguito del sollevamento da parte del giudice nazionale di una questione pregiudiziale vertente sull'art. 35 TUE oggi abrogato, la Grande Sezione della Corte era stata chiamata a valutare la compatibilità dell'art. 392, comma 1-*bis* con gli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 2001/220/GAI, atteso l'obbligo per il giudice di interpretare il diritto interno in modo conforme alle decisioni quadro dell'Unione. A giudizio della Corte, i summenzionati articoli andavano interpretati nel senso che doveva essere riconosciuta al giudice nazionale la possibilità di sentire le vittime in età infantile, specialmente nei reati di maltrattamenti, con modalità tali da garantirne un'adeguata protezione. Nello specifico, veniva prevista l'obbligatorietà del ricorso ad una procedura speciale di assunzione della prova, da attivare nei casi di audizione di "vittime

⁹⁹ S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in AA.VV. *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di Allegrezza – Belluta – Gialuz – Lupària, Giappichelli, 2012, pag. 9

¹⁰⁰ S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, cit., *ibidem*.

¹⁰¹ C. giust., Grande Sezione, 16 giugno 2005, C-105/03.

particolarmente vulnerabili”, seppur nel rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento dello Stato membro interessato¹⁰².

L’effetto più evidente, ma non immediato, della vicenda Pupino è dunque consistito nell’aver indotto legislatore del 2009 ad operare un’ulteriore estensione della disciplina giuridica dell’incidente probatorio prevista dal comma 1-bis dell’art. 392 c.p.p., attraverso l’emanazione della l. 23 aprile 2009, n. 38. Con quest’ultimo intervento legislativo è stato annoverato il reato di maltrattamenti *ex art. 572 c.p.* nel catalogo delle fattispecie criminose legittimanti il ricorso all’incidente speciale, realizzando, dunque, la terza estensione consecutiva dell’ambito oggettivo di operatività dell’istituto in un arco temporale di cinque anni, dopo le leggi 11 agosto 2003, n. 228 e 6 febbraio 2006, n. 38, introduttive dei reati di cui agli artt. 600, 600 *quater*-1, 601, 602 e 612-*bis* c.p. Inoltre, eliminando il riferimento normativo del minore infrasedicenne, originariamente previsto dall’art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., il perimetro di tutela garantito dalla procedura *de qua* è stato ampliato fino a ricomprendere tutti i soggetti deboli, minorenni e maggiorenni, offesi dal reato. Sulle orme della citata pronuncia della Corte di Giustizia si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, ritenendo possibile l’esame del minorenne con incidente probatorio speciale anche in procedimenti per reati diversi dall’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.¹⁰³.

Il triennio 2012 – 2015 è stato infine caratterizzato da una fiorente attività di produzione legislativa, nazionale e comunitaria, focalizzata sulla protezione della vittima “vulnerabile” nel processo penale. Per quel che concerne la disciplina dell’incidente probatorio speciale, occorre menzionare l. 10 ottobre 2012, n. 172, con la quale il legislatore ha adeguato la normativa dell’ordinamento alla Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, firmata a Lanzarote il 25 ottobre 2007, che ha nuovamente esteso l’ambito oggettivo di applicabilità dell’istituto, aggiungendo al catalogo di fattispecie criminose previste dal comma 1-*bis* dell’art. 392 c.p.p. i reati di cui agli artt. 600-*quater* e 609-*undecies*

¹⁰² art. 8, decisione quadro 2001/220/GAI.

¹⁰³ Cass. sez. VI, 11 marzo 2008, n. 23705 in *CED cassazione*, n. 240321.

del Codice Penale. La tappa finale nel percorso di liberalizzazione dell'incidente probatorio, inaugurato con la l. n. 66 del 1996, è stata raggiunta con l'emanazione del d. lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, attuativo delle disposizioni previste dalla direttiva comunitaria 2012/29 UE¹⁰⁴. Il citato intervento legislativo ha significativamente riformato il tessuto normativo del codice di rito, introducendo l'art. 90-*quater* c.p.p. come "statuto" della vittima particolarmente vulnerabile e aggiungendo al comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. la previsione secondo la quale il p.m. può richiedere che si proceda ad incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa dal reato che «in ogni caso (...) versa in condizione di particolare vulnerabilità»¹⁰⁵, indipendentemente dunque dalla tipologia reato per cui si procede.

L'incidente probatorio "speciale" costituisce, dunque, la sede privilegiata dal legislatore per ricevere le dichiarazioni della vittima vulnerabile, al fine di consentirne un'uscita dal procedimento quanto più celere possibile.

Di tutta evidenza è la configurazione di una deviazione significativa dal principio cardine accolto dal codice di rito, secondo cui la prova si forma in dibattimento nel confronto dialettico tra le parti e solo eccezionalmente nella fase delle indagini preliminari ovvero dell'udienza preliminare, capovolgendo in tal modo il rapporto regola-eccezione¹⁰⁶. Tuttavia, in considerazione delle garanzie del giusto processo sancite per la prova dichiarativa ai sensi degli artt. 6 CEDU. e 111 Cost., il Legislatore, perseguendo l'obiettivo finale della protezione giuridica della personalità del minore, non ha avuto remore a rinunciare al principio di immediatezza scegliendo la via del "male minore"¹⁰⁷.

Tutela della vittima "particolarmente vulnerabile" e salvaguardia della prova ai fini dell'accertamento della verità processuale, costituiscono le due esigenze fondamentali sulle quali poggia l'istituto dell'incidente probatorio speciale e

¹⁰⁴ F. CERQUA, *Fonti deboli e processo penale*, cit., pag. 24.

¹⁰⁵ La medesima estensione soggettiva è stata applicata dal decreto anche al meccanismo di recupero processuale della prova dichiarativa, delineato dall'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p.

¹⁰⁶ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, in AA.VV. *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di Cesari, Giuffrè, 2015, pag. 159.

¹⁰⁷ L. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, cit. pag. 690

che, come tali, saranno oggetto di una disamina più approfondita nel corso della trattazione che segue.

CAPITOLO II

L'ACQUISIZIONE ANTICIPATA DEL SAPERE DI SOGGETTI DEBOLI

SOMMARIO: 1. Tutela della persona e preservazione della genuinità della prova: la *ratio* sottesa all'incidente probatorio "speciale". – 2. *segue*: Esigenze di protezione dal processo: il pericolo di vittimizzazione secondaria e ripetuta. – 3. *segue*: La necessità di procedere all'assunzione della testimonianza *post factum*: i possibili pregiudizi del contributo probatorio legati al decorso del tempo e alle pressioni psicologiche di carattere suggestivo. – 4. I confini oggettivi e soggettivi di applicabilità dell'istituto.

1. Tutela della persona e preservazione della genuinità della prova: la *ratio* sottesa all'incidente probatorio "speciale"

L'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto dalla l. n. 66 del 1996 e progressivamente riformato fino al d.lgs. n. 212 del 2015, consente di procedere con incidente probatorio, su richiesta del pubblico ministero ovvero della persona sottoposta ad indagine, per l'acquisizione – con le forme previste per il dibattimento – della testimonianza del minore degli anni diciotto nei procedimenti concernenti i reati a sfondo sessuale, previsti dalla disposizione stessa, nonché del maggiorenne che sia anche persona offesa dei delitti medesimi o che versi in una condizione soggettiva di particolare vulnerabilità.

Si tratta di una ipotesi di incidente probatorio assolutamente "speciale"¹⁰⁸, in quanto è quella che si allontana maggiormente dalla disciplina ordinaria descritta dall'art. 392 c.p.p., la quale pone a fondamento dell'esperibilità dell'istituto la sussistenza dei rigidi e tipizzati canoni della non rinviabilità ed urgenza dell'assunzione probatoria.

Il meccanismo *de quo*, individuato dal legislatore quale sede privilegiata per raccogliere il contributo conoscitivo del dichiarante vulnerabile – minorenni

¹⁰⁸ Risulta preferibile utilizzare il termine anzidetto per indicare l'istituto previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. rispetto ad altri conati dalla dottrina, quali "incondizionato" o "liberalizzato", che risultano evocativi di posizioni a favore dell'automaticità dello strumento incidentale, non unanimemente condivise. cfr. M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, cit., pag. 157 ss.

e maggiorenne – incardina la sua *ratio* di funzionamento sulla necessità di apprestare un’adeguata tutela del dichiarante stesso in ragione di due esigenze specifiche: da un lato, preservare la dignità, la riservatezza e l’integrità psico-affettiva del testimone vulnerabile dai pericoli di vittimizzazione secondaria e ripetuta, rendendo residuale la sua partecipazione alla fase dibattimentale – che potrebbe, inevitabilmente, avere un impatto traumatico sulla psiche dello stesso – e, dall’altro, salvaguardare la genuinità della prova da assumere dai rischi di inquinamento del contributo conoscitivo legati al decorso del tempo, al fine di provvedere ad un accertamento quanto più veritiero ed attendibile del fatto di reato oggetto del procedimento¹⁰⁹.

Chiaramente, poiché la Costituzione prevede il metodo dialettico quale principio fondante l’epistemologia processuale, è compito del legislatore ordinario garantire delle forme differenziate di attuazione del contraddittorio che risultino parimenti efficaci, attraverso un’operazione di bilanciamento dei vari interessi e diritti coinvolti. Non sarebbe, infatti, costituzionalmente legittimo un modello di escussione del testimone vulnerabile che, al fine di tutelare a pieno la sua integrità psico-fisica, escludesse del tutto il diritto delle parti al confronto nella formazione della prova¹¹⁰, ad esempio, non permettendo alla persona sottoposta alle indagini di partecipare all’udienza in cui si svolge l’incidente probatorio¹¹¹. Dunque, anche il principio del contraddittorio trova una sua specifica garanzia di realizzazione nel momento in cui debba procedersi all’acquisizione anticipata del contributo probatorio di un soggetto vulnerabile, in particolar modo mediante la previsione di cui all’art. 393, comma 2-*bis*, c.p.p., che sancisce l’obbligo per il pubblico ministero di procedere al deposito di tutti gli atti di indagine svolti al momento della presentazione della richiesta di incidente speciale, con la relativa possibilità per la difesa di prenderne visione

¹⁰⁹ Prima si cristallizza il contributo dichiarativo, più lo si sottrae ai pericoli di dispersione e di inquinamento probatorio, ineluttabilmente legati al decorso del tempo ed alle alterazioni sulla memoria del testimone. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell’incidente probatorio*, cit. *ibidem*.

¹¹⁰ C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 268, la quale ritiene che «nessun interesse o bene giuridico in potenziale contrasto con le ragioni del contraddittorio possa del tutto prevalere su questo, negandolo».

¹¹¹ Diritto, oltretutto, espressamente garantitogli dall’art. 401, comma 3°, c.p.p.

ed estrarne copia, ovvero dell'obbligo di documentazione "rafforzata" dell'audizione del teste vulnerabile *ex art. 398, comma 5-bis, c.p.p.*¹¹², nonché quella dell'art. 403, comma 1-*bis*, c.p.p., ai sensi del quale le prove assunte con incidente probatorio «non sono utilizzabili nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente (...) da indizi di colpevolezza se il suo difensore non ha partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile».

Pertanto, all'interno del perimetro di tutela delineato dall'incidente probatorio speciale, protezione della persona e preservazione della genuinità della prova sono due finalità tra loro non disgiunte, poiché più è garantita la posizione soggettiva del dichiarante, maggiore è l'affidabilità della prova da raccogliere. In ogni caso, anche qualora il giudice dovesse ritenere di rinviare l'escussione del dichiarante alla fase dibattimentale – laddove non sussistente una situazione di assoluta "indifferibilità" della prova tale da giustificare l'azionabilità dell'istituto in esame – quest'ultima potrà avvenire, ove ne ricorrano le condizioni, nelle forme dell'esame c.d. "attutito" o "protetto", mediante l'applicazione delle importanti cautele previste dall'art. 498, comma 4°, 4-*bis*, 4-*ter*, c.p.p. A tal riguardo, l'idea di fondo è quella di introdurre una "barriera" personale o fisica tra il testimone e le parti, rappresentata – a seconda delle esigenze del caso concreto – dalla conduzione dell'esame da parte del presidente, con l'ausilio di un familiare nel caso del dichiarante minorenni o di un esperto in psicologia infantile, ovvero dall'utilizzo di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico *ex art. 498, comma 4-ter, c.p.p.*¹¹³

Infine, con l'introduzione dell'art. 90-*quater*, c.p.p. – ad opera del d.lgs. n. 212 del 2015 – quale statuto giuridico della persona offesa versante in "condizione di particolare vulnerabilità", il sistema di protezione delineato dagli

¹¹² La quale costituisce una vera e propria garanzia posta a salvaguardia del principio di oralità ed immediatezza dell'assunzione probatoria.

¹¹³ Si tratta di misure di tutela che appaiono sufficientemente idonee a bilanciare i diversi valori che vengono in essere, salvaguardando la genuinità del contributo dichiarativo e, allo stesso tempo, ammortizzando l'impatto che la rigidità dell'esame incrociato potrebbe avere sulla personalità del teste, collocandolo in una sorta di «campana di vetro». cfr. C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 270. L'opzione ideale sarebbe, infatti, quella di creare un ambiente "sterile", depurato dalle contaminazioni del contesto processuale e dei suoi protagonisti.

artt. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. e 498, comma 4°, 4-*bis* e 4-*ter*, c.p.p. viene sganciato dalla sussistenza di un procedimento per i reati *ivi* tassativamente elencati, potendo «in ogni caso» trovare applicazione previa verifica della situazione di debolezza soggettiva anzidetta. Ciò che ne deriva, dunque, è la configurazione di un sistema di tutela processuale in cui la persona offesa – minorenni e maggiorenni – diviene destinataria di specifici strumenti di protezione a condizione che versi in uno *status* di particolare vulnerabilità, accertato preventivamente dall'autorità procedente attraverso una valutazione *case by case*¹¹⁴.

2. segue: Esigenze di protezione dal processo: il pericolo di vittimizzazione secondaria e ripetuta

L'esigenza principale che ha indotto il legislatore del 1996 ad introdurre nell'ordinamento processuale l'istituto dell'incidente probatorio speciale è stata proprio quella di tutelare la posizione soggettiva del dichiarante debole – *ab initio* il minorenni vittima di violenza sessuale – dai pregiudizi, intaccanti la sua integrità psico-fisica, derivanti direttamente dalla partecipazione al procedimento penale nel ruolo di testimone del fatto di reato. In merito a ciò, il pericolo che lo strumento *de quo* è chiamato prima di tutto a scongiurare è quello della c.d. “vittimizzazione secondaria” della fonte di prova vulnerabile.

A differenza della vittimizzazione c.d. “primaria”, inerente alla verifica di conseguenze pregiudizievoli – di natura fisica, mentale, economica e sociale – derivanti direttamente dal reato subito¹¹⁵, la vittimizzazione secondaria rappresenta quella forma di pregiudizio che si manifesta nel momento in cui la persona offesa dal reato viene chiamata a rendere una testimonianza nel processo avente per oggetto il reato medesimo¹¹⁶.

¹¹⁴ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., pag. 106 ss.

¹¹⁵ Si tratta di una pluralità di effetti connotati da una negatività considerevole per la vittima. Infatti, quest'ultima, immediatamente dopo il fatto criminoso, entra in uno stato mentale di ansia che può sfociare in veri e propri traumi psicologici. In tal senso, L. PEPINO – D. SCATOLERO, *Vittime del delitto e vittimologia*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 1, pag. 188.

¹¹⁶ M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÀRIA, *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri*

Il fenomeno della vittimizzazione secondaria può manifestarsi nei modi più vari. In particolar modo, esso può consistere nella maturazione di un profondo senso di vergogna e disagio nella persona del testimone, chiamato a dover ripercorrere l'esperienza criminosa vissuta, al quale può aggiungersi il timore di non ricordare i fatti con precisione, nonché il senso di ansia e paura suscitato dall'idea di dover confrontarsi nuovamente con l'autore del reato, rendendo l'esperienza dell'audizione innanzi all'autorità giudiziaria un nuovo trauma psicologico solo per il fatto di doverla affrontare¹¹⁷.

Al concetto di vittimizzazione secondaria, oltretutto, è da affiancarsi quello della c.d. vittimizzazione "ripetuta", intendendo, in quest'ultimo caso, quella particolare situazione nella quale una vittima subisce – o tende a subire – ulteriori danni o traumi in seguito all'iniziale atto criminale. Questo fenomeno può verificarsi in diverse circostanze e può essere causato da vari fattori all'interno del sistema giudiziario, in particolar modo dalle lungaggini del procedimento ovvero dall'inadeguatezza delle misure di protezione previste dal sistema processuale, dando luogo a numerose implicazioni dannose come l'erosione della fiducia del soggetto debole nei confronti del sistema giudiziario, la difficoltà nel rendere una testimonianza chiara e coerente, oppure, la probabile insorgenza di un disturbo da stress post-traumatico (PTSD).

Sul piano normativo, l'esigenza di tutelare i soggetti deboli del reato – quali vittime o meri testimoni – dai pregiudizi scaturenti direttamente dal processo si è manifestata anzitutto a livello europeo con la Decisione quadro 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI del Consiglio dell'Unione Europea – integralmente sostituita dalla direttiva n. 2012/29 UE – la quale, nel suo art. 8, par. 1, disponeva – in via generale – l'onere per ogni Stato membro di assicurare «un livello adeguato di protezione alle vittime di reati ed eventualmente ai loro

delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia, Giappichelli, 2012, pag. 59 ss. Il quale osserva che «la tutela della vittima e quella del teste vulnerabile [...] sono spesso sovrapponibili».

¹¹⁷ A. M. GIANNINI - E. TIZZANI, *I bisogni delle vittime del crimine: proposta per un modello esplicativo*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, n. 2, 2009, pag. 42 ss.

Tuttavia, talvolta può delinearsi un paradosso. Mentre gli esperti denunciano i rischi di vittimizzazione secondaria e ripetuta derivanti dall'esposizione processuale, soprattutto quando ripresa dai *mass media*, la vittima può anche ricercare il palcoscenico mediatico in modo ossessivo, aspirando ad un riconoscimento che diventa compagno dell'ottenimento di giustizia, se non l'unica forma di ristoro conseguibile.

familiari o alle persone assimilabili, in particolare per quanto riguarda la sicurezza e la tutela dell'intimità della vita privata, qualora le autorità competenti ritengano che esista una seria minaccia di atti di ritorsione o prova certa di un serio intento di intromissione nella sfera della vita privata», concedendo ai sistemi giuridici interni un ampio potere discrezionale in merito alla scelta delle concrete modalità di attuazione degli obiettivi prefissati. Al riguardo, la citata disposizione, testualmente, recitava che «ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento».

Certamente, la circostanza che maggiormente espone il dichiarante debole – testimone o vittima del reato – al rischio di una sua vittimizzazione secondaria o ripetuta si verifica nel momento in cui quest'ultimo è chiamato a rendere la sua versione dei fatti dinanzi all'autorità giudiziaria. Infatti, è stato efficacemente osservato che «la deposizione testimoniale [...] ostacola quel processo di rimozione della sofferenza legata al reato, ritardando il [...] ciclo dell'oblio»¹¹⁸.

Sempre nell'ambito della legislazione di matrice comunitaria, si possono registrare due livelli di trattamento volti a salvaguardare l'integrità psico-fisica della vittima e del testimone vulnerabile durante lo svolgimento della vicenda processuale penale¹¹⁹. Il primo opera in via generale e prescrive la tempestiva audizione del dichiarante, condotta da persone specializzate e in luoghi idonei, in modo tale da consentire lo sviluppo di un sentimento di fiducia del soggetto escusso con i propri interlocutori, evitando altresì le ripetizioni non necessarie delle audizioni nel corso delle indagini e durante il giudizio, nonché il contatto visivo diretto tra aggressore e aggredito, mediante l'utilizzo delle più sofisticate tecnologie di comunicazione. In aggiunta, viene imposta una disciplina

¹¹⁸ S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada*, cit., pag. 18 ss.

¹¹⁹ M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, cit., pag. 82 ss.

particolarmente limitativa della pubblicità delle udienze e che, soprattutto, inibisca la sottoposizione del teste vulnerabile a domande superflue sulla sua vita privata. Il secondo modello di trattamento, invece, prevede un livello più articolato di tutela, destinato ad operare specificamente nei confronti dei dichiaranti minorenni. In questo caso, le fonti europee si sono ispirate ai canoni dettati dalla Convenzione di Lanzarote, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il 12 luglio 2007¹²⁰. Partendo dall'assunto che i procedimenti penali contro i reati compiuti a danno di minori debbano essere considerati «*a priority and carried out without any unjustified delay*», la Convenzione prescrive che le audizioni del testimone minorenne debbano avere luogo immediatamente dopo la segnalazione dei fatti alle autorità competenti, in locali adatti allo scopo e alla presenza di operatori con formazione specifica in materia. Si impone, altresì, la riduzione allo stretto indispensabile delle occasioni in cui il minore viene sentito, prevedendo la possibilità per lo stesso di essere accompagnato da un rappresentante o da un adulto di sua scelta, nonché di essere ascoltato in aula senza essere fisicamente presente, ricorrendo alle più idonee strumentazioni tecnologiche di comunicazione. Inoltre, nelle particolari ipotesi di procedimenti contro reati di tratta o legati allo sfruttamento sessuale di soggetti non adulti, la Convenzione prescrive che gli Stati membri adottino tutti gli accorgimenti necessari affinché le deposizioni della vittima – o del mero testimone minorenne – possano essere videoregistrate, in modo tale da poter essere impiegate come prova nel procedimento penale senza dover procedere a delle nuove e potenzialmente superflue audizioni.

Le istanze europee volte a tutelare la persona del dichiarante debole dai pericoli di vittimizzazione secondaria e ripetuta sono state tradotte – in ottemperanza degli obblighi assunti dallo Stato – nell'ambito della legislazione interna in una serie di provvedimenti legislativi di riforma¹²¹ che, dal 2012 al 2015, hanno

¹²⁰ «*Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*», adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il 12 luglio 2007, aperta alla firma il 25 ottobre 2007. L'Italia ne ha sottoscritto il testo in data 7 novembre 2007, ratificandone il contenuto con l. 1° ottobre 2012, n. 172.

¹²¹ Il riferimento è alla l. 1° ottobre 2012, n. 172, la l. 15 ottobre 2013, n. 119 e al d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

progressivamente modificato le disposizioni del codice di rito concernenti l'esame del testimone vulnerabile, tanto nella fase delle indagini preliminari quanto in quella del dibattimento. In merito a ciò, sono da menzionarsi le previsioni di cui all'art. 398, commi *5-bis*, *5-ter* e *5-quater*, c.p.p. che consentono di ricorrere alle particolari modalità di assunzione "protetta" e di documentazione "rafforzata" del contributo probatorio del dichiarante vulnerabile, durante lo svolgimento dell'incidente probatorio *ex art.* 392, comma *1-bis*, c.p.p. nella fase delle indagini, nonché la normativa prevista per l'escussione dibattimentale del teste dall'art. 498, commi 4° e *4-ter*, c.p.p. – concernenti l'esame "protetto" e l'esame "schermato" – applicabile anche nell'ambito della procedura incidentale in forza del richiamo esplicito previsto dall'art. 401, comma 5°, c.p.p.

La necessità di tutelare le fonti di prova deboli dai pericoli di vittimizzazione secondaria e ripetuta, oltretutto, riflette i suoi effetti anche con riferimento allo spazio operativo del sindacato compiuto dal giudice delle indagini preliminari sull'accettazione della richiesta di incidente probatorio speciale presentata dal pubblico ministero, rendendone pressoché automatico l'accoglimento in presenza dei presupposti applicativi previsti dall'art. 392, comma *1-bis*, c.p.p. e prevedendo la sanzione dell'abnormità per il provvedimento del giudice che, arbitrariamente, rigetti l'istanza sollevata dalla pubblica accusa. Quest'ultimo tema, in particolar modo, è stato oggetto di numerose pronunce e statuizioni della Suprema Corte, che si sono avvicinate anche in tempi recenti e che per le quali si rinvia ad una successiva trattazione.

3. segue: La necessità di procedere all'assunzione della testimonianza *post factum*: i possibili pregiudizi del contributo probatorio legati al decorso del tempo e alle pressioni psicologiche di carattere suggestivo

La seconda esigenza di tutela, posta a fondamento dell'operatività dell'istituto dell'incidente probatorio speciale, concerne la preservazione del contributo conoscitivo del dichiarante debole dalle possibili implicazioni negative attinenti al funzionamento della memoria, correlate al decorso del tempo nonché

all'iniziale interazione del dichiarante stesso con soggetti non specificamente formati e potenzialmente capaci di alterare il ricordo di quanto percepito, attuando delle pressioni psicologiche di tipo suggestivo. In particolar modo, la proficua assunzione e valutazione di una testimonianza non può prescindere dall'esame di due elementi specifici, la narrazione del fatto storico e l'attendibilità del dichiarante, entrambi strettamente influenzabili dalle vicende *post factum* intaccanti la memoria di quest'ultimo, specialmente se versante in uno *status* di particolare vulnerabilità e, come tale, bisognoso di essere ascoltato quanto prima possibile rispetto alla verifica del fatto di reato.

Dunque, per comprendere al meglio la necessità di procedere all'acquisizione anticipata della prova – ricorrendo allo strumento dell'incidente probatorio speciale – al fine di preservarne la genuinità e l'utilità, occorre effettuare una breve digressione sulla nozione di “memoria” e sui suoi peculiari aspetti di funzionamento.

La memoria è quel meccanismo neuropsicologico che permette di fissare, conservare e rievocare esperienze e informazioni, acquisite dal contesto in cui ci si viene a trovare ovvero scaturenti dal pensiero e dagli stati emotivi¹²².

Il suo funzionamento è basato sull'intreccio delle funzioni del *ricordare* e del *narrare*, partendo dal recupero di una serie di dati ed informazioni, codificati e consolidati nella memoria stessa, che vengono uniti in modo tale da conferire un senso – strettamente personale – alla narrazione del ricordo. Pertanto, ogni narrazione è, fondamentalmente, un processo ricostruttivo del fatto storico che si vuole ricordare. Da ciò consegue che il ricordo comunicato non è mai la riproduzione oggettiva di un evento. Inoltre, la rievocazione di un ricordo viene sensibilmente influenzata dall'operato di numerosi fattori, quali: la distanza

¹²² L. DE CATALDO NEUBURGER, *Testimoni e testimonianze deboli*, Cedam, 2006, pag. 19 ss. Le classificazioni della memoria, inoltre, sono delle più varie. Possono menzionarsi a riguardo le nozioni di memoria *a breve* termine (o memoria di fissazione dell'evento) e memoria *a lungo* termine, a sua volta distinta in memoria *dichiarativa* (avente ad oggetto la rappresentazione concettuale di un evento, con attribuzione ad esso di un certo significato, e la rievocazione di determinati episodi della vita collocati in una data dimensione spazio-temporale) e memoria *procedurale* (concernente le modalità di apprendimento e ritenzione attraverso le quali si formano i ricordi e che non subisce l'effetto erosivo dell'età).

temporale dall'evento¹²³, la complessità inferenziale del fatto e dal suo grado di salienza, la carica emotiva implicata nell'evento¹²⁴, l'*encoding specificity*¹²⁵, la ripetizione del racconto in momenti distinti e, infine, la c.d. "interferenza sull'oblio"¹²⁶.

A livello processuale, la comunicazione del ricordo di un evento con funzione probatoria, da parte della persona che lo ha percepito e vissuto, costituisce la finalità principale perseguita dal mezzo di prova testimoniale.

Nel caso della testimonianza del minore di età – soggetto vulnerabile per antonomasia – la criticità maggiore che intacca l'accuratezza e la genuinità della narrazione, parallelamente all'effetto degradante del decorso del tempo sulla memoria, è costituita dall'incidenza delle possibili pressioni psicologiche di carattere suggestivo attuabili da soggetti non specificamente formati prima dell'intervento dell'autorità giudiziaria procedente. Al riguardo, può essere opportunamente citata la vicenda giudiziaria che nel 2006 ha visto coinvolte alcune maestre e membri del personale scolastico dell'asilo nido Olga Rovere del comune di Rignano Flaminio, indagati e successivamente imputati per la commissione di presunti abusi sessuali sugli alunni. In primo luogo, effettuati i dovuti accertamenti durante lo svolgimento delle indagini preliminari, il gip di Tivoli disponeva l'applicazione della misura custodiale cautelare a carico degli indagati. Tuttavia, in esito a richiesta di riesame di quest'ultimi, il Tribunale della libertà di Roma, con ordinanza 10 maggio 2007, annullava il provvedimento disponente la misura adducendo che il materiale indiziaro agli atti fosse insufficiente ed anche contraddittorio, tale da non integrare la soglia di gravità richiesta dall'art. 273 c.p.p. Più specificamente, veniva sollevato che le denunce degli abusi, raccontate dalle vittime minorenni con particolare sovrabbondanza di dettagli, erano avvenute con modalità temporali-espositive

¹²³ Da cui si evince la necessità di procedere ad un'acquisizione della prova quanto più vicina alla verifica del fatto di reato.

¹²⁴ Un disturbo tipico dei dichiaranti – dopo che hanno vissuto un evento traumatico – è il disturbo post-traumatico da stress, in cui i soggetti possono accusare amnesie momentanee risolubili con l'aiuto di uno specialista.

¹²⁵ Viene così intesa l'abilità di un soggetto nel riprodurre correttamente un'informazione.

¹²⁶ Ovvero quella forma di inibizione della rievocazione del ricordo più antico data dall'apprendimento di nuove informazioni.

“particolari”, se non “sospette”, dal momento che i genitori si erano più volte riuniti, scambiandosi informazioni sul crescendo delle accuse¹²⁷. Per ottenere l’annullamento dell’ordinanza del Tribunale, il Procuratore della Repubblica proponeva ricorso per Cassazione, deducendo il difetto di motivazione del provvedimento di revoca della misura e sostenendo che gli elementi probatori, se valutati complessivamente, assumevano significato univoco, dimostrante la sussistenza dei requisiti richiesti dall’art. 273 c.p.p. La Suprema Corte¹²⁸, dichiarava inammissibile il ricorso perché manifestamente infondato, sostenendo in particolar modo che la conclusione del Tribunale, circa il non certo collegamento tra la situazione di disagio dei bambini e gli abusi sessuali presumibilmente perpetrati, ha una sua coerenza ed è compatibile con le conoscenze scientifiche in materia. Di fatto, pur essendo pacifico l’assunto secondo il quale i bambini piccoli non mentono consapevolmente e la loro fantasia attinge pur sempre ad un patrimonio conoscitivo, essi possono essere dichiaranti attendibili solo se lasciati liberi di raccontare, divenendo di conseguenza altamente malleabili in presenza di suggestioni etero-indotte ovvero se interrogati con domande inducenti, tendendo a conformarsi alle aspettative del loro interlocutore. Pur non essendo stata provata dalla difesa la sussistenza di una specifica cospirazione tra i genitori (e non rientrando nelle competenze della Corte la valutazione delle prove) non è stata esclusa l’ipotesi di un “contagio dichiarativo”, ovvero un sofisticato meccanismo psicologico, come seri studi nel settore hanno confermato, che si configura come uno scambio di informazioni e dati tra individui che porta a modifiche anche radicali nelle convinzioni relative a quanto accaduto e, nella sua forma estrema, determina il formarsi di convincimenti che non corrispondono alla realtà dei fatti.

Nel caso di specie, il contagio potrebbe essere stato innescato dalle domande manipolatorie dei genitori, alle quali i bambini hanno fornito risposte

¹²⁷ Oltretutto, la consulenza psicologica, disposta ai sensi dell’art. 196, comma 2°, c.p.p., era stata realizzata senza le cautele previste dalla Carta di Noto¹²⁷ al fine di assicurare la genuinità delle dichiarazioni dei minori. Inoltre, l’esperto nominato dal Pubblico Ministero aveva effettuato indagini non di sua competenza, servendosi di un metodo non controllabile e non considerando che i sintomi del disagio patito dai minori potessero derivare da altre cause oltre il presunto abuso subito.

¹²⁸ Cass. sez. III, 18 settembre 2007, n. 37147, in *CED cassazione*, n. 237555.

compiacenti, ed essersi incrementato con il passaggio tra gli adulti di conoscenze, aspettative e preoccupazioni. Pertanto, i Giudici del Tribunale, come rilevato dalla Corte, non hanno preso una decisa posizione sul tema, limitandosi a rilevare che le denunce dei genitori erano "se non sospette, sicuramente particolari perché, prima di avvisare l'autorità, si erano più volte riuniti, confrontandosi a vicenda e scambiandosi informazioni, anche alla presenza dei figli". La possibilità che gli adulti avessero influenzato con domande suggestive la spontaneità del racconto dei bambini ha avuto poi conferma in almeno due casi, precisamente nelle videoregistrazioni fornite dall'accusa, in cui i Giudici del Tribunale hanno rilevato atteggiamenti prevaricatori dei genitori, evidenziando una "forte e tenace pressione sui minori" ed "una forte opera di induzione e di suggerimento nelle risposte".

Il pericolo del contagio dichiarativo, rilevato nella vicenda giudiziaria ora esaminata, è affiancato da due ulteriori forme di alterazione della genuinità e dell'attendibilità del contributo probatorio reso dal testimone vulnerabile, maggiorenne ed ancor più spesso minorenni. Possono essere citati, dunque, i pericoli della "progressione dichiarativa" e dei "falsi ricordi"¹²⁹.

Per "progressione dichiarativa" si intende la particolare tendenza, legata al decorso del tempo, della dichiarazione a connotarsi di nuovi dettagli e sfumature, fino a diventare un racconto spesso molto diverso da quello reso in occasione delle prime interviste. Specialmente nel caso del dichiarante minorenni, prima del raggiungimento di una certa maturazione psicofisica – generalmente collocata intorno agli otto anni – rileva non tanto la sua capacità cognitiva, ma la sua spiccata tendenza ad incorporare informazioni *post factum* nel proprio patrimonio mnestico¹³⁰. Conseguentemente, i dati che entrano in maniera più o meno regolare nel patrimonio conoscitivo dello stesso saranno alterati da ulteriori suggerimenti, stimoli e sollecitazioni successive, al punto tale

¹²⁹ F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone*, cit., pag. 144 ss.

¹³⁰ cfr. art. 2.19, Linee Guida Nazionali, *L'ascolto del minore testimone*, redatte dalla *Consensus Conference*, Roma, 2010.

che il ricordo narrato potrebbe essere la commistione di fatti realmente accaduti ed eventi immaginari¹³¹.

Per quanto riguarda, invece, il pericolo dei “falsi ricordi”, quest’ultimo concerne l’inclinazione di un soggetto a colmare le lacune presenti nella narrazione del proprio ricordo con elementi ed informazioni estranei al fatto e che presumibilmente non si sono mai verificate¹³². La problematica in esame può essere ricondotta all’influenza di una serie di cause, c.d. “interne” ed “esterne”, sulla situazione psico-emotiva del soggetto, capaci di distorcere la natura delle sue dichiarazioni. Sono “variabili interne” lo stress subito, specie se in tenera età, al momento della memorizzazione dell’evento, o successivamente ad essa, nonché le errate interpretazioni, i fraintendimenti e le successive elaborazioni della vicenda¹³³. Per “variabili esterne”, invece, si intendono tutte le sollecitazioni provenienti, in maniera più o meno consapevole, dal contesto in cui il dichiarante si viene a trovare e dall’interazione con i diversi soggetti che con esso di rapportano nel processo di estrazione del contributo conoscitivo.

Contagio dichiarativo, progressione dichiarativa e falsi ricordi sono, pertanto, tre fenomeni psichici strettamente correlati alla, tendenzialmente, elevata suggestionabilità del soggetto chiamato a rendere la testimonianza.

Il fenomeno psichico della suggestione può essere definito come la particolare propensione di una persona, soprattutto qualora si trovi in una condizione di particolare vulnerabilità, a lasciarsi influenzare dal flusso di conoscenza proveniente da un altro soggetto, con inevitabili ripercussioni sul ricordo dell’evento e, nel contesto processuale, sull’accuratezza ed attendibilità della

¹³¹ Si può parlare, a riguardo, di *memoria in progress* del testimone minore, caratterizzata dunque da una notevole ed evidente inclinazione a confondere o modificare il ricordo con eventi immaginari, frutto di suggestioni e pressioni esterne ovvero informazioni acquisite dopo il fatto. cfr. G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, pag. 1026.

¹³² G. GULOTTA – L. DE CATALDO – F. PINO – L. MAGRI, *Il bambino come prova negli abusi sessuali*, in Aa. Vv., *Psicologia della prova*, a cura di C. CABRAS, Giuffrè, 1996, pag. 164 ss. Anche in questo caso, si tratta di una tendenza che si manifesta maggiormente nei bambini ed è dovuta all’elevata suggestionabilità cui sono naturalmente esposti.

¹³³ Nel caso specifico del minore, poi, la dichiarazione può essere anche influenzata dall’operato dell’immaginazione, che riesce a distorcere alcune parti del racconto e viene impiegata come “meccanismo di difesa”. cfr. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, II ed., Cedam, 2005, pag. 395.

testimonianza. Tale fenomeno può assumere una portata più o meno rilevante a seconda della posizione del soggetto che assume le vesti del dichiarante, se sia esso, quindi, vittima o mero testimone del reato, nonché in relazione alle caratteristiche psico-fisiche dello stesso. Nello specifico, si ritiene che il livello di suggestionabilità aumenti con il diminuire dell'età, configurandosi come un fattore di "rischio" da tenere in debita considerazione nel caso in cui il soggetto da cui ricevere il contributo probatorio sia minorenne¹³⁴.

Per le ragioni ora prospettate, dunque, risulta oltremodo necessario procedere all'acquisizione del contributo conoscitivo della fonte di prova vulnerabile quanto prima possibile rispetto alla verifica del fatto di reato, ricorrendo allo strumento dell'incidente probatorio *ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p.*, con l'applicazione di tutte le cautele necessarie per ridurre lo *stress* emotivo in cui versa il dichiarante stesso e prevenire l'alterazione del ricordo dell'evento legata ai fattori sopraesposti, ad esempio, avvalendosi della presenza di un esperto in psichiatria e psicologia infantile – che affianchi il giudice durante la conduzione dell'esame testimoniale – ovvero prevedendo lo svolgimento dell'udienza incidentale presso apposite strutture specializzate, secondo quanto disposto dagli artt. 498, comma 4° e 398, comma 5-*bis*, c.p.p.

4. I confini oggettivi e soggettivi di applicabilità dell'istituto

Come si è avuto modo di affermare in precedenza, l'istituto dell'incidente probatorio c.d. "speciale", disciplinato dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., incardina la sua *ratio* sull'esigenza di acquisire – in un momento anticipato alla fase delle indagini preliminari – il contributo probatorio del dichiarante vulnerabile, specialmente se minore d'età, al fine di tutelarne la dignità, la riservatezza e l'integrità psicofisica, rendendone residuale la partecipazione alla fase dibattimentale.

¹³⁴ Nelle linee guida nazionali stilate dalla *Consensus Conference* di Roma sull'ascolto del minore testimone, del 2010, si legge che «secondo alcune ricerche, a 4 anni le domande suggestive inducono risposte errate in percentuale pressoché doppia rispetto a 10 anni e pressoché tripla rispetto all'adulto».

Alle finalità di tutela anzidette, da considerarsi senz'altro preminenti, si affianca quella ulteriore di presidiare la genuinità della prova dai pericoli di dispersione ed inquinamento, ineluttabilmente legati al decorso del tempo e all'interferenza di soggetti non debitamente formati e specializzati¹³⁵.

Pertanto, già dal momento della sua istituzione, ad opera della l. n. 66 del 1996, l'istituto *de quo* è stato designato quale sede privilegiata per l'acquisizione delle dichiarazioni rese dal testimone versante in uno stato di particolare vulnerabilità e, anzitutto, per raccogliere la testimonianza della fonte di prova minorenni in determinati reati tassativamente previsti. A tal riguardo, dunque, si è altresì venuta a configurare una deviazione significativa dal principio cardine accolto dal codice di rito, ovvero la regola secondo cui la prova in dibattimento, nel confronto dialettico tra le parti, è solo eccezionalmente nella fase preliminare al giudizio; di conseguenza, il rapporto regola-eccezione subisce un radicale capovolgimento.

La scelta di sacrificare il principio di immediatezza, consentendo l'acquisizione della prova in una fase antecedente al giudizio, tuttavia, è stata rimessa dal legislatore alla sussistenza nel caso di specie di determinati requisiti – o limiti – di carattere soggettivo ed oggettivo. L'ambito “soggettivo” di operatività dell'incidente probatorio speciale ricomprende due categorie determinate di soggetti, quali il minore, testimone o vittima di determinate fattispecie delittuose, ovvero il dichiarante maggiorenne che rivesta la qualifica di persona offesa in taluno dei medesimi reati previsti per il minorenni, oppure che – trovandosi sempre nella posizione processuale anzidetta – versi in una condizione di “particolare vulnerabilità” ai sensi dell'art. 90-*quater* c.p.p., indipendentemente dalla tipologia di reato per cui si procede.

L'applicabilità dell'istituto è stata circoscritta dal legislatore processuale anche da un punto di vista “oggettivo”, mediante la previsione di determinate fattispecie delittuose cui ricollegare l'attivazione della procedura di assunzione incidentale della prova. Originariamente previsto per i soli delitti di violenza

¹³⁵ Le due esigenze non sono disgiunte ma, al contrario, vanno di pari passo, poiché, essendo maggiormente tutelata la personalità del dichiarante, più elevata sarà anche l'affidabilità del suo contributo probatorio.

sessuale, l'incidente speciale – con una serie di provvedimenti successivi alla l. n. 66 del 1996 – ha progressivamente esteso il suo raggio di applicazione, includendo, nell'ordine, i delitti di pedofilia, quelli legati al fenomeno della tratta di esseri umani, le fattispecie criminose relative al reato di pornografia virtuale, il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi nonché gli atti persecutori e, da ultimo, i reati concernenti la detenzione di materiale pornografico e di adescamento di minorenni. Si tratta di una elencazione tassativa, in quanto lo strumento probatorio opera solo nei procedimenti per i reati indicati nell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.¹³⁶.

Inoltre, a limitare ulteriormente il perimetro di operatività dello strumento in esame vi è la possibilità di esperirlo per l'assunzione di un unico mezzo di prova: la testimonianza. A tal riguardo, risulta assolutamente incomprensibile l'esclusione degli altri mezzi di prova a contenuto dichiarativo operata dal legislatore, quali la ricognizione, il confronto, l'esperimento giudiziale e la perizia, ai quali debba partecipare il dichiarante in stato di vulnerabilità. Difatti, da un punto di vista sostanziale, è di tutta evidenza l'assimilabilità della testimonianza con taluni dei sopracitati mezzi di prova. Per quanto riguarda il confronto, va precisato che la problematica dell'esclusione dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. concerne la sua effettuazione tra persone informate sui fatti e/o vittime, mentre non coinvolge quello con l'imputato, da ritenersi a priori inammissibile per chiare esigenze di tutela del testimone vulnerabile¹³⁷. Delle considerazioni analoghe devono essere fatte per la ricognizione, addirittura definita come “la particolare testimonianza di colui che

¹³⁶ La previsione in esame, tuttavia, nonostante i molteplici interventi legislativi ampliativi, continua ad apparire eccessivamente rigida, non rispondendo ad alcuna logica di tutela l'esclusione di taluni gravi delitti come, ad esempio, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'incesto e la sottrazione d'incapace, l'abuso di mezzi di correzione, l'omicidio doloso e i reati associativi legati alla prostituzione. cfr. H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, in AA.VV., *La vittima e la spada*, Giappichelli, 2012, pag. 107. Addirittura, è stata prospettata anche la necessità di un ricorso generalizzato al meccanismo *de quo* a prescindere dalla tipologia di reato per cui si procede. cfr. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Utet, 1997, pag. 87.

¹³⁷ In questo caso, si tratta di un divieto implicito, anche se, secondo MORO, *Manuale di diritto minorile*, IV ed., Zanichelli, 2008, pag. 490, non appare affatto scontato che non possa procedersi ad un confronto tra dichiarante vulnerabile e imputato, pertanto, sarebbe auspicabile che un tale divieto venga introdotto esplicitamente.

viene richiesto di identificare una persona, una cosa, una voce, un suono o qualsiasi altro oggetto di percezione sensoriale, dichiarando se la cosa, la persona o l'oggetto presentatogli dal giudice con opportune cautele... sia lo stesso di cui ha parlato allorché ha riferito una passata esperienza”¹³⁸. Tra l'altro, non includendo la ricognizione tra i mezzi di prova espletabili in via anticipata *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p., si sottovaluta la sua natura di atto non procrastinabile, contrariamente a quanto prescritto dal comma 1°, lett. g dell'articolo medesimo, dovendosi tener conto – come per la testimonianza – dei riflessi negativi incidenti sulla memoria dal decorso del tempo, da cui la necessità di procedere all'espletamento dell'atto quanto più possibile in prossimità dell'evento da rievocare¹³⁹. Malgrado le considerazioni anzidette, va ricordato che il silenzio legislativo serbato sui mezzi di prova esaminati non può essere colmato in via analogica, poiché lo strumento della riserva di legge costituisce la garanzia minima da apprestare laddove vengano toccati aspetti processuali che, seppur indirettamente, comprimono il diritto al contraddittorio.

Invece, con riferimento all'oggetto della deposizione del dichiarante, da escutere in sede di incidente probatorio, il codice di rito non prevede limitazioni di alcun tipo. La testimonianza, pertanto, potrà concernere qualsiasi *thema probandum*, più o meno innocuo sotto il profilo della scabrosità dei fatti narrati, specie se si voglia esaminare il soggetto su conoscenze e percezioni acquisite *ante* o *post factum*¹⁴⁰. Invero, l'art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p., applicabile anche all'incidente probatorio in forza del richiamo previsto dall'art. 401, comma 5°

¹³⁸ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007, pag. 469.

¹³⁹ M. BARGIS, *Commento all'art. 13*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI, III ed., Cedam, 2002, pag. 498, nota n.7. Nonostante la scelta del legislatore di non tipizzare le cause di non rinviabilità della ricognizione consenta di “avvicinare” le ragioni di urgenza di cui all'art. 392, comma 1°, lett. g, c.p.p. alle situazioni legittimanti l'applicazione del comma 1-*bis* della stessa norma alla testimonianza, comunque, non può ritenersi che le due fattispecie siano del tutto coincidenti, poiché la valutazione dell'urgenza comporta l'impiego di una certa discrezionalità del giudice, che sarebbe preclusa, invece, in ordine all'assunzione della testimonianza del soggetto vulnerabile. cfr. C. CESARI, *Il minorente fonte di prova*, cit., pag. 167. *Contra*, G. PIZIALI, *Reati contro la libertà sessuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 200 ss. secondo cui tra le ragioni d'urgenza *ex art.* 392, comma 1°, lett. g, c.p.p., sono sempre da ricomprendere le condizioni previste per l'assunzione della testimonianza ai sensi del comma 1-*bis*.

¹⁴⁰ C. CONTI, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di 16 anni*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 9, pag. 27.

c.p.p. alla normativa dibattimentale, dispone il divieto di domande attinenti alla vita privata e sessuale della persona offesa, al fine di tutelarne la riservatezza e la dignità¹⁴¹.

Una volta prospettate, dunque, le caratteristiche generali dell'incidente probatorio speciale e le esigenze di tutela poste a fondamento dello stesso, occorre focalizzare la successiva trattazione sugli aspetti più specifici della disciplina, in particolar modo sui confini di carattere soggettivo ed oggettivo che giustificano l'azionabilità dell'istituto *de quo* all'interno della fase delle indagini preliminari.

¹⁴¹ La prescrizione in esame, tuttavia, non appresta alcuna garanzia particolarmente rilevante in favore del soggetto vulnerabile chiamato a rendere una deposizione testimoniale, sia perché gli accertamenti sulla vita privata e sessuale sono da considerare ammissibili se necessari alla ricostruzione del fatto, sia perché l'inosservanza del divieto, essendo priva di sanzione, non è fonte di alcuna conseguenza significativa sul piano processuale. cfr. M. BARGIS, *Commento all'art. 15 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, pag. 523 ss.

CAPITOLO III

I DESTINATARI DELLA TUTELA OFFERTA DALL'INCIDENTE PROBATORIO "SPECIALE"

SOMMARIO: 1. I dichiaranti "deboli": il minore, persona offesa o mero testimone del reato. – 2. Il maggiorenne in stato di particolare vulnerabilità. – 3. L'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto: i delitti lesivi della libertà individuale, dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 al d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. – 4. Lo *status* di particolare vulnerabilità del testimone. – 5. La pronuncia della Corte di Giustizia sul "caso Pupino": questione riguardante il ricorso alla procedura incidentale anche al di fuori dei casi tassativi previsti dal codice.

1. I dichiaranti "deboli": il minore, persona offesa o mero testimone del reato

In primo luogo, nella platea dei dichiaranti vulnerabili – nei confronti dei quali l'ordinamento processuale riconosce l'applicabilità della tutela offerta dall'istituto dell'incidente probatorio speciale – le fonti di diritto interno e sovranazionale riservano un'attenzione specifica all'assunzione della deposizione del minore d'età, considerata vera e propria *species* del *genus* "testimonianza" in ragione della necessità di proteggere la fragile personalità di quest'ultimo, nonché principale esigenza di tutela che, con la l. 15 febbraio 1996, n. 66, ha condotto alla liberalizzazione dell'impiego dell'incidente probatorio¹⁴². A tal riguardo, l'inquadramento del dichiarante minorenni come soggetto di diritti e destinatario di specifiche misure di protezione all'interno dell'ordinamento giuridico si è avuta, anzitutto, a livello costituzionale, ove in termini più o meno espliciti anche i diritti inviolabili dei minori vengono enucleati. La prima disposizione che viene in rilievo è quella di cui all'art. 2 Cost., affermando il c.d. "principio personalista", in virtù del quale anche il minore, in quanto persona, viene a costituire oggetto di attenzione e tutela non solo come singolo individuo ma anche all'interno delle formazioni sociali che

¹⁴²L. CAMALDO, *La testimonianza del minorenne nel processo penale, nuove modalità di assunzione della testimonianza e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, pag. 175.

concorrono allo sviluppo della sua personalità¹⁴³. Con riferimento, invece, alle disposizioni costituzionali tutelanti in maniera più diretta e specifica la posizione del minore, un richiamo opportuno è da fare alla previsione dell'art. 30 Cost., che disciplina la tutela del minore all'interno del nucleo familiare, inteso non come istituzione ma come formazione sociale, ed a quella dell'art. 31, comma 1°, Cost., ai sensi del quale lo Stato è costituzionalmente obbligato alla protezione della famiglia, agevolandone la formazione e l'adempimento dei relativi compiti.

In tal senso, assumono fondamentale importanza anche le disposizioni dell'art. 31, comma 2° e del successivo art. 32 Cost. La prima, enuncia in termini inequivocabili l'obbligo dello Stato di proteggere l'infanzia e la gioventù, predisponendo gli istituti necessari all'adempimento dello scopo, mentre la seconda pone la tutela della salute quale fondamentale diritto dell'individuo, oltre che oggetto d'interesse per la salvaguardia della collettività. Dal combinato disposto delle due norme si profila, dunque, un quadro decisamente chiaro di protezione del minore che si trovi coinvolto in un procedimento penale, in qualità di testimone o di vittima del reato. Difatti, la tutela della giovane età del dichiarante, unitamente a quella della sua integrità psico-fisica, richiede l'applicazione di un trattamento differenziato rispetto a quello degli adulti, volto all'acquisizione del contributo probatorio con modalità confacenti alle peculiarità del caso considerato e nel rispetto della sua fragile personalità, ancora in fase di sviluppo.

Inoltre, il dettato costituzionale che impone la tutela delle garanzie processuali fondamentali e del diritto di difesa, ai sensi degli artt. 111 e 24 Cost., si arricchisce di significato se letto alla luce dell'obbligo di protezione dell'infanzia e della gioventù previsto dall'art. 31 Cost., richiedendo la

¹⁴³ Spunti di tutela in favore del minore si rinvengono anche nella disposizione di cui all'art. 3 Cost., disciplinante il "principio di uguaglianza", che impone di trattare in maniera eguale situazioni uguali ed in maniera differente situazioni diverse, come la posizione del minore rispetto quella dell'adulto, restando comunque salvo il rispetto dei principi della "parità di dignità sociale" e di "uguaglianza davanti la legge", a prescindere dall'età e senza alcuna distinzione di sesso, razza, lingua, religione, credo politico e condizioni personali e sociali. cfr. F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale: il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età*, Cedam, 2017, pag. 21 ss.

predisposizione di una serie di misure tali da consentire al minore di partecipare in sicurezza a tutte le fasi del procedimento che lo vedono coinvolto.

Pertanto, sul piano della tutela processuale e relativamente alla salvaguardia della fragile personalità del minorenne, mediante una acquisizione “protetta” del suo contributo probatorio dichiarativo, il legislatore del 1996 introduceva nell’ordinamento giuridico l’istituto dell’incidente probatorio “speciale”, mediante l’aggiunta di un comma 1-*bis* all’art. 392 c.p.p.

Quali ulteriori misure di tutela previste dall’ordinamento in favore del dichiarante minorenne – attuabili nella fase preliminare del procedimento – possono essere menzionate le disposizioni di cui agli artt. 351, comma 1-*ter*, 362, comma 1-*bis* e 391-*bis*, comma 5-*bis* c.p.p. che impongono alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero e al difensore che svolgono indagini o investigazioni difensive di avvalersi di un esperto in psicologia o psichiatria infantile nel momento in cui debbano assumere informazioni da minorenni che siano testimoni o vittime di determinati delitti di violenza sessuale¹⁴⁴.

Come si è già avuto modo di esaminare, l’operatività dell’istituto introdotto dal legislatore del 1996 è stata nel corso del tempo progressivamente estesa in ragione della normativa europea¹⁴⁵ di tutela e protezione dei dichiaranti vulnerabili dai pericoli di vittimizzazione secondaria e ripetuta, venendo riconosciuto – nell’ordinamento interno – uno spiccato *favor* nei confronti dell’incidente probatorio speciale, individuato quale sede privilegiata per procedere all’ascolto dei soggetti anzidetti già nella fase delle indagini, al fine di evitare una nuova e potenzialmente dannosa audizione nelle fasi successive del procedimento.

¹⁴⁴ La tutela processuale del minorenne si estende anche alla fase dibattimentale, in particolar modo possono essere citati l’art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p., il quale prescrive lo svolgimento del dibattimento a porte chiuse nel caso in cui la persona offesa sia minorenne, l’art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p., che estende le previsioni di cui all’art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. al dibattimento quando debba procedersi all’esame di testimoni minorenni, l’art. 498, comma 4-*ter* c.p.p. che disciplina le particolari modalità protettive per lo svolgimento dell’esame del minore vittima di reati in materia sessuale e, infine, l’art. 190-*bis*, comma 1-*bis* c.p.p. avente ad oggetto l’estensione delle disposizioni di cui al comma 1 del medesimo articolo quando si proceda per reati in materia sessuale e l’esame testimoniale richiesto riguardi un minore di anni diciotto ovvero una persona ritenuta particolarmente vulnerabile.

¹⁴⁵ v. d. q. 2001/220/GAI; d. q. 2002/475/GAI; conv. Eur. 25 ottobre 2007, Lanzarote; d. q. 2009/913/GAI; dir. 2012/29 UE;

Tuttavia, con riferimento all'ascolto del minore d'età, vi è da chiedersi se l'applicabilità dello strumento anzidetto – unitamente alle misure protettive che lo contraddistinguono – sia da riferire ai soli casi in cui quest'ultimo assuma la qualità di vittima del reato ovvero se la procedura incidentale operi anche a favore del mero testimone. La questione in esame è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte costituzionale¹⁴⁶, chiamata a decidere sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice per le indagini preliminari del tribunale di Macerata, investito della richiesta del pubblico ministero di procedere con incidente probatorio *ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p.* all'assunzione della testimonianza di un minore, persona offesa dal reato di cui all'*art. 609-quater c.p.*, e di un altro minore a conoscenza di circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti in quanto testimone della vicenda delittuosa. Il dubbio dell'autorità giudiziaria concerneva la conformità a Costituzione della disposizione *de qua* – in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost. – nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio debba riguardare il soggetto minore che non sia anche persona offesa dal reato.

A parere del giudice rimettente, non sarebbe legittima l'equiparazione operata dalla norma tra la figura della vittima di reato minore e il mero testimone minore. Infatti, una tale estensione sottrarrebbe il teste all'ordinaria escussione in sede dibattimentale, senza che ciò possa trovare giustificazione né nella condizione di testimone del minore, né nella gravità dei reati per i quali si procede, né, infine, nella necessità di tutelare a priori e indistintamente il minore che non sia la persona offesa dal reato. L'irragionevolezza di una tale previsione risiederebbe, in particolar modo, nel fatto che l'anticipazione dell'audizione testimoniale in sede predibattimentale avverrebbe indipendentemente da ogni valutazione concreta dell'autorità giudiziaria circa: la specificità del singolo caso, la prevedibilità delle possibili conseguenze traumatiche dell'audizione e la necessità effettiva di un'anticipata audizione.

¹⁴⁶ C. cost., sent. 5 febbraio 2021, n. 14. con nota di F. TRIBISONNA, in *ius penale*, 9 marzo 2021.

La Corte costituzionale, con la sentenza in esame, pur riconoscendo la plausibilità del dubbio sollevato dal giudice *a quo*, dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata. Infatti, seppur da un lato la questione è da ritenere ammissibile, poiché l'interpretazione della disposizione censurata – secondo cui il giudice sarebbe sempre tenuto ad ammettere la testimonianza del minore in sede incidentale su richiesta del pubblico ministero, anche su sollecitazione della persona offesa – trova un riscontro effettivo nella giurisprudenza di legittimità¹⁴⁷, dall'altro lato è da considerare non fondata, in quanto la previsione di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. – che equipara il contributo testimoniale del minore persona offesa a quello del minore mero testimone – è giustificata dalla presunzione di una condizione di vulnerabilità comune a entrambe le categorie di soggetti, derivante dall'essere chiamati a rendere dichiarazioni su fatti legati all'intimità e connessi alle violenze subite o alle quali si è assistito. Tale presunzione è conforme ai dati dell'esperienza giuridica interna e comunitaria, oltre che sintetizzati nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. Oltretutto, non si ravvisa una violazione dei canoni costituzionali nemmeno considerando che tale procedura rappresenti un'eccezione al principio di immediatezza del giudizio penale, poiché l'assunzione anticipata della prova è bilanciata dal rispetto di modalità particolari di audizione del minore¹⁴⁸, le quali tutelano sia la libertà e la dignità della persona, che il diritto di difesa dell'indagato ed il principio del contraddittorio sulla prova¹⁴⁹. Le considerazioni anzidette giustificano la dichiarazione della Corte di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., in riferimento a entrambi i

¹⁴⁷ Cass. sez. III, 26 luglio 2019, n. 34091, in *CED cassazione* n. 277686-01 ; Cass. sez. III, 22 novembre 2019, n. 47572, in *CED cassazione* n. 277756-01, che hanno qualificato come abnorme il provvedimento del giudice che rigetta la richiesta di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., e Cass. sez. VI, 2 settembre 2020, n. 25996, in *CED cassazione* n. 279171, che ha statuito sull'impugnabilità del rigetto della richiesta di incidente probatorio.

¹⁴⁸ Difatti, il combinato disposto degli artt. 398, comma 5-*bis*, e 498, commi 4° e 4-*bis*, c.p.p. permette al giudice di graduare il livello di partecipazione delle parti, garantendo un contraddittorio pieno quando l'esame diretto del minore non nuoce alla sua serenità ed evitando forme protette se la condizione del testimone o la natura della testimonianza non le giustificano.

¹⁴⁹ In tal senso, l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., il quale dispone nella sua parte finale l'obbligo di documentazione integrale con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva delle dichiarazioni testimoniali, generando un'ulteriore garanzia per i diritti dell'indagato.

parametri evocati dall'ordinanza di rimessione. Ne consegue, dunque, che l'elemento rilevante, capace di segnare lo spartiacque fra una testimonianza ammissibile o meno in sede incidentale – in presenza di una delle ipotesi delittuose tassativamente considerate – è dato proprio dall'età del dichiarante e non dal ruolo da questi rivestito rispetto ai fatti oggetto della narrazione.

Si è osservato, infatti, come l'espressione utilizzata dalla disposizione codicistica di riferimento non sia volta ad individuare la sola figura del minore persona offesa dal reato, ma anche dell'eventuale testimone *tout court* di uno dei gravi delitti indicati dalla norma, le cui dichiarazioni devono essere assunte, in entrambi i casi, attraverso il mezzo probatorio della testimonianza.

Pertanto, l'esigenza di protezione della personalità ancora *in fieri* del minore, tale da giustificare l'assunzione anticipata della prova, sussiste sia nel caso in cui il minore sia il titolare del bene giuridico offeso dalla norma incriminatrice violata, sia nella diversa evenienza in cui costui sia mero testimone dei fatti di particolare gravità indicati dalla stessa. In entrambi i casi, si pone, infatti, la primaria necessità di evitare che il trascorrere del tempo possa neutralizzare o minare la genuinità del contributo conoscitivo che gli stessi sono in grado di fornire – per aver subito direttamente o per avere assistito ai fatti contestati – nonché di tutelarne la fragile integrità psicologica, di garantirne la riservatezza e, allo stesso tempo, di scongiurare il pericolo di condizionamento, spesso derivante proprio dall'ambiente familiare di provenienza.

Infine, non può che osservarsi come l'estensione della possibilità di sentire il minore in incidente probatorio, sia nel caso in cui costui sia persona offesa dal reato che in quello in cui sia mero testimone, si desuma da un ulteriore dato di carattere letterale. Al proposito, basta considerare che il legislatore quando ha voluto riferirsi esclusivamente alla persona offesa lo ha fatto in maniera esplicita. Infatti, l'odierna dizione «testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne», presente nel comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., non può essere interpretata diversamente se non nel senso di voler includere solo nella prima categoria gli eventuali testimoni, minori d'età, che non cumulino in sé anche la qualità di persone offese dal reato.

2. Il maggiorenne in stato di particolare vulnerabilità

Nonostante l'attenzione del legislatore italiano e della comunità internazionale si sia concentrata per lungo tempo sulla protezione del minore, ritenuto il soggetto debole per antonomasia, in tempi più recenti si è verificata un'apertura significativa delle forme di tutela previste dall'ordinamento processuale penalistico anche nei confronti dei dichiaranti maggiorenni, i quali si trovino in una condizione di "particolare vulnerabilità".

In proposito, il primo intervento legislativo, volto a una riforma organica delle garanzie processuali, si è concretizzato con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella l. 23 aprile 2009, n. 38. Con tale normativa, sono state inserite nel codice di procedura penale disposizioni urgenti in materia di sicurezza e contrasto alla violenza di genere, che hanno esteso alle vittime maggiorenni di reati sessuali, atti persecutori o maltrattamenti in ambito familiare la facoltà di rendere testimonianza in via anticipata attraverso l'incidente probatorio speciale¹⁵⁰. Le principali innovazioni riguardavano l'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., venendo riconosciuta la possibilità alla pubblica accusa – anche su istanza dell'offeso dal reato, ovvero al soggetto indagato – di richiedere l'attivazione della procedura prevista per l'incidente probatorio, al di fuori dei casi stabiliti dal comma 1° dell'articolo medesimo ed in relazione al tassativo elenco delittuoso previsto, non soltanto per ottenere l'escussione anticipata del dichiarante minorenni ma anche del soggetto maggiore d'età che sia persona offesa dal reato per cui si procede. La *ratio legis* dell'ampliamento normativo anzidetto pareva essere quella di tutelare la riservatezza della persona offesa, poiché nei procedimenti per reati sessuali è maggiormente percepita la necessità di garantire l'intimità della vittima, in particolar modo nell'ottica di evitare una nuova deposizione nel corso del giudizio. Ciononostante, anche a seguito di quest'opera di riforma legislativa, l'ascolto della persona offesa maggiorenne continuava – comunque – ad essere svolto, in sede di incidente

¹⁵⁰ L. ALGERI, *Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista*, in *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, a cura di P. FELICIONI e A. SANNA, Giuffrè, 2019, pag. 172.

probatorio, con le forme previste dalla legge per l'acquisizione della testimonianza, ovvero ricorrendo alla *cross examination* delle parti.

L'istituto *de quo*, oltretutto, era attivabile per l'assunzione della testimonianza del maggiorenne nel solo caso in cui quest'ultimo avesse rivestito la qualifica di vittima nei procedimenti per taluno dei reati tassativamente previsti dalla norma corrispondente¹⁵¹. Detta restrizione, infatti, avrebbe determinato una carenza di tutela per quei soggetti che, pur non potendo accedere alla procedura prevista dal riformato comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., si trovassero comunque in una condizione di vulnerabilità.

Dunque, negli anni immediatamente successivi all'emanazione del d.l. n. 11 del 2009, vennero adottati i principali provvedimenti legislativi di modifica della normativa in esame. In particolare, con l'attuazione della Direttiva 2011/36/UE sulla "prevenzione e repressione della tratta di esseri umani," il legislatore, tramite il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, ha aggiunto all'art. 398 c.p.p. il comma 5-*ter*, riconoscendo – su istanza di parte – la possibilità di procedere all'escussione della testimonianza in sede di incidente probatorio speciale attraverso "modalità protette" solamente nel caso in cui «fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede»¹⁵². In tal modo, le particolari tecniche di protezione previste *ab initio* per la testimonianza del dichiarante minorenni venivano estese anche agli adulti in condizione di "particolare vulnerabilità", facendo venir meno così l'originario disallineamento rispetto all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. Infatti, quest'ultimo, pur ammettendo l'incidente probatorio speciale per le persone offese da uno dei reati

¹⁵¹ Con il riconoscimento di specifiche garanzie all'adulto vulnerabile, si è venuta a ridimensionare quella tutela originariamente assicurata al minore, indipendentemente dal fatto che egli rivesta il ruolo di vittima o di semplice testimone del reato. Infatti, lo stato di vulnerabilità per l'adulto è solitamente circoscritto alla sua particolare situazione di vittima di alcune specifiche categorie di reati (come i reati a sfondo sessuale, i maltrattamenti in ambito familiare e gli atti persecutori) o alla presenza di condizioni patologiche. cfr. T. RAFARACI, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalità*, 2010, pag. 259 ss.

¹⁵² L'assenza di un riferimento normativo esplicito alla qualifica di "persona offesa" lascia intendere che le garanzie anzidette possono essere estese anche al maggiorenne che sia mero testimone del reato.

inclusi nel catalogo della medesima disposizione, prevedeva comunque per tali soggetti l'assunzione della prova con le forme di acquisizione ordinarie¹⁵³.

Successivamente, il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 ha poi aggiunto l'ultimo periodo al comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., ai sensi del quale «in ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza».

L'accesso all'istituto in esame, nell'attuale formulazione della normativa di riferimento, è quindi esteso a tutte le persone maggiorenni, offese dal reato, che versino in una situazione di vulnerabilità¹⁵⁴. Tuttavia, ciò che lascia interdetti della vigente disciplina dell'incidente probatorio speciale è che – per quanto sia stato esteso l'ambito di operatività dell'istituto dello stesso – permanga nel dettato normativo della disposizione in esame il riferimento esplicito alla qualifica di “persona offesa dal reato” relativamente alla posizione del dichiarante maggiorenne, restando, dunque, i soli minorenni gli unici soggetti a poter beneficiare in maniera piena ed effettiva della tutela disposta dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. anche ove gli stessi siano solo meri testimoni del reato per cui si procede.

In conclusione, è possibile notare come, nonostante le novelle apportate dal d.lgs. n. 212 del 2015, il c.d. “statuto del dichiarante vulnerabile” continui ad essere irragionevolmente incoerente. Se, infatti, il fondamento della procedura in analisi è quello di tutelare la dignità e la personalità individuale del testimone debole, oltre che di garantire la genuinità del contributo probatorio reso al

¹⁵³ Ora, grazie alla nuova norma, non solo tali soggetti sarebbero stati ascoltati con l'osservanza di particolari modalità protettive, ma con l'ulteriore previsione che queste possano essere adottate ogni qualvolta che il dichiarante si trovi in una condizione di vulnerabilità.

¹⁵⁴ Questa qualificazione, tuttavia, che si sgancia dal tipo di reato subito e tassativamente predeterminato, deve essere accertata mediante una valutazione *case by case* ai sensi dell'art. 90-*quater* c.p.p., che attiene prima alla verifica dell'effettiva esistenza di una condizione di debolezza e, di conseguenza, all'individuazione delle protezioni che meglio rispondono alle concrete esigenze di protezione del soggetto, con l'ulteriore specificazione che tra gli indici determinanti lo *status* di vulnerabilità – del soggetto da cui ricevere il contributo probatorio – vi sono anche quello dell'infermità o della deficienza psichica. cfr. F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone*, cit., pag. 286 ss.

procedimento, rimane oscuro il motivo per il quale il legislatore debba escludere dalla protezione sopracitata il dichiarante maggiorenne che non rivesta anche la qualifica di vittima dei reati contemplati dalla norma.

Si auspica, pertanto, un nuovo intervento riformatore che razionalizzi la materia, consentendo a tali soggetti di richiedere e ottenere l'attivazione della procedura incidentale per l'assunzione della prova. Inoltre, sarebbe opportuno garantire a questi soggetti l'assistenza di un "esperto" nella fase di acquisizione di "sommarie informazioni" da parte delle autorità inquirenti, poiché, analogamente, gli artt. 351, comma 1-*ter*, e 362, comma 1-*bis* c.p.p. limitano tale facoltà al soggetto qualificato come persona offesa dal reato, prevedendo, tra l'altro, che la stessa «in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini». Non si può dire lo stesso, tuttavia, per l'assunzione di informazioni da parte del difensore *ex art. 391-bis*, comma 5-*bis* c.p.p., nel quale non si rinviene alcun riferimento alla persona offesa – maggiorenne – vulnerabile.

3. L'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto: i delitti lesivi della libertà individuale, dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 al d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212

Per quanto riguarda il catalogo delle fattispecie delittuose in presenza delle quali è possibile ricorrere alla procedura dell'incidente probatorio speciale, originariamente, l'art. 13 della legge 15 febbraio 1996, n. 66 limitava questa possibilità ai più efferati delitti contro la libertà personale dell'individuo, nella specie quelli di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), anche aggravata (art. 609-*ter* c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), corruzione di minorenne (art. 609-*quinquies* c.p.) e violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.).

Successivamente, ulteriori interventi legislativi hanno esteso il ricorso alla procedura anche ad altre fattispecie di reato, sempre concernenti la tutela della libertà sessuale della persona.

A tal riguardo, la prima legge che è intervenuta ad ampliare il raggio d'azione dell'istituto *de quo* è stata la legge 3 agosto 1998, n. 269, recante “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”, il cui art. 13 ha esteso l'applicabilità dell'incidente probatorio speciale ai procedimenti relativi ai delitti di prostituzione minorile (art. 600-*bis*, c.p.), di pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) e di iniziative turistiche finalizzate allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqüies* c.p.). Anche in tale circostanza, tuttavia, non sono mancate le critiche riguardanti la tecnica di redazione della norma, che non appariva adeguata nella parte in cui escludeva ingiustificatamente il riferimento alle fattispecie di reato aggravate di cui all'art. 600-*sexies*, commi 1°, 2° e 3°, c.p., diversamente da quanto disposto dal legislatore del 1996, il quale aveva, invece, espressamente richiamato anche l'ipotesi di violenza sessuale aggravata¹⁵⁵. Al proposito, l'unica spiegazione che era stata paventata in dottrina per dare un senso all'incomprensibile svista del legislatore era quella relativa alla considerazione che le aggravanti descritte nell'art. 600-*sexies* c.p. – data la loro chiara riferibilità alle principali fattispecie in tema di pedofilia previste dagli artt. 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quinqüies* c.p. – potevano ritenersi, implicitamente, sussunte nella previsione del comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p.; a tale conclusione dovrebbe, comunque, pervenirsi pur nel silenzio del legislatore, «argomentando dalla *ratio* sottesa alla previsione di queste circostanze, chiaramente legata alla necessità di conferire una maggiore tutela nei confronti di persone dalla giovanissima età vittime di reati caratterizzati da una maggiore gravità»¹⁵⁶.

Le ulteriori critiche – ancor più incomprensibili e difficilmente superabili in sede interpretativa – emerse all'indomani dell'entrata in vigore della legge contro la pedofilia, riguardavano l'esclusione dal novero dei reati legittimanti l'accesso alla procedura speciale dell'art. 601, comma 2°, c.p. (concernente la tratta di minori a fini di sfruttamento sessuale), ed hanno dovuto attendere fino

¹⁵⁵ V. N. GALATINI – G. DI PAOLO, *Commento all'art. 13 della legge 3 agosto 1998, n. 269*, in Aa. Vv., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, 2002, pag. 724.

¹⁵⁶ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 153.

all'entrata in vigore della legge 11 agosto 2003, n. 228, recante "Misure contro la tratta di persone". In particolare, l'art. 15 di tale legge estendeva la possibilità di procedere ad incidente probatorio *ex art. 392*, comma 1-*bis*, c.p.p. nei casi di: delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.), di tratta di persone (art. 601 c.p.) e di acquisto o alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

A seguito di un successivo intervento legislativo, operato con l'art. 14 l. 6 febbraio 2006, n. 38, la norma sull'incidente probatorio ha subito ulteriori modificazioni mediante la precisazione, dopo l'indicazione del reato di pornografia minorile *ex art. 600-ter* c.p., della dicitura «anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater* 1 c.p.».

Ancora, l'art. 9, comma 1, lett. *b*), del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 – convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009, n. 38 – da un lato, ha esteso la possibilità di accedere alla procedura incidentale, fuori dei casi di non rinviabilità, qualora occorresse sentire un soggetto minorenni – quindi anche superiore a sedici anni, sia esso persona offesa o testimone – ovvero una persona offesa maggiorenne, dall'altro, ha aggiunto all'elenco ulteriori delitti, ossia gli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) e i maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), trattandosi di reati che avevano assunto particolare gravità e rilevanza in quegli anni, specialmente a seguito della "vicenda Pupino".

Una riforma rilevante del dettato normativo codicistico si è avuta, oltretutto, con la legge n. 172 del 1° ottobre 2012 – ratificante la Convenzione di Lanzarote – che ha, di fatto, sostituito il comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., tanto da prevedere, nella prima parte la seguente dicitura: «Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater* 1, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1°». Operando un confronto con la precedente previsione, emerge chiaramente come siano stati aggiunti

all'elenco dei delitti quelli di detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.) e di adescamento di minori (art. 609-*undecies* c.p.), mentre sia stato eliminato il riferimento – forse sovrabbondante – alle ipotesi aggravate del reato di violenza sessuale (art. 609-*ter* c.p.). Se – con riferimento alla prima fattispecie introdotta – si può ritenere che il legislatore abbia inteso colmare una lacuna che inspiegabilmente caratterizzava la precedente versione della disposizione in esame, per quanto concerne la previsione di cui all'art. 609-*undecies* c.p. quest'ultima costituisce una nuova fattispecie incriminatrice, elaborata in sede di ratifica della citata convenzione internazionale al fine di rispondere all'esigenza di sanzionare il fenomeno – sempre più frequente – dell'adescamento mediante artifici, lusinghe e minacce anche attraverso l'uso delle nuove tecnologie su internet – il cosiddetto “grooming” – nei confronti di minori, allo scopo di coinvolgerli in attività a sfondo sessuale¹⁵⁷.

Ancora una volta, dunque, la scelta operata dal legislatore del 2012 ha confermato la possibilità di ricorrere allo strumento incidentale incondizionato solo in presenza di delitti riguardanti la sfera sessuale. La suddetta impostazione della norma, tuttavia, continuava a sollevare numerose critiche da parte della dottrina, poiché non era dato comprendere il motivo per il quale in altri gravi casi come, ad esempio, quelli di abuso dei mezzi di correzione e di disciplina (art. 571 c.p.)¹⁵⁸, di sottrazione di persone incapaci (art. 574 c.p.)¹⁵⁹, di incesto (art. 564 c.p.), di omicidio doloso (art. 575 c.p.), di sequestro di persona, semplice o a scopo di estorsione (artt. 605 e 630 c.p.), di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o di quella direttamente finalizzata allo

¹⁵⁷ L. CAMALDO, *La testimonianza del minorenne nel processo penale, nuove modalità di assunzione della testimonianza e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, pag. 175.

¹⁵⁸ Si ricordi che Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 529, in *Giur. cost.* 2002, pag. 4346 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., sollevata con riferimento agli art. 2 e 3 Cost., nella parte a cui non prevedeva che si potesse procedere ad incidente probatorio per assumere la testimonianza di bambini di età infantile nel corso di un procedimento penale per abuso dei mezzi di correzione e disciplina.

¹⁵⁹ Si tratta di un'eventualità menzionata anche da Cass., Sez. V, 7 luglio 1992, n. 9538, in *CED cassazione* n. 192259.

sfruttamento della prostituzione (art. 3, comma 1, n. 7 legge 20 febbraio 1958, n. 75) ecc. non si fosse proceduto ad estendere l'applicabilità dell'istituto¹⁶⁰. Si trattava di una serie di gravi lacune nel dettato codicistico che, tuttavia, non potevano essere colmate né attraverso un'interpretazione analogica, in quanto le fattispecie di reato erano tassativamente individuate dalla norma, né tramite un intervento della Corte di Cassazione o della Corte costituzionale. Ciò risulta evidente dal fatto che, nonostante l'opportunità di una tale estensione sia stata talvolta sostenuta da entrambe le corti, solo il legislatore avrebbe potuto modificare la normativa vigente, ampliando – se del caso – il catalogo dei delitti di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. In merito a ciò, autorevole dottrina aveva osservato come non sarebbe stato azzardato ipotizzare l'estensione della previsione *de qua*, tale da farla diventare la regola nel caso dell'audizione di un minore testimone, prescindendo dalla tipologia del reato oggetto del procedimento¹⁶¹. In effetti, non solo il “dato” sessuale non poteva essere considerato in passato sufficiente per una differenziazione con altre ipotesi criminose, che avessero ad oggetto beni giuridici diversi, ma neanche il catalogo così come formulato sembrava in grado di esaurire il ventaglio di possibili situazioni in cui dovesse essere assicurata una piena tutela della personalità del minorenne *ex artt. 2 e 31, comma 2°*, Cost. nell'assunzione del relativo

¹⁶⁰ In questi casi – prevalentemente in relazione alla necessità di acquisizione della prova e non di tutela della vittima – si può ricorrere all'audizione anticipata della persona offesa, procedendo da un'interpretazione estensiva della condizione di “grave impedimento” descritta nell'art. 392, comma 1, lett. *a*, c.p.p. e operando, dunque, una valutazione *ex ante* circa la possibile irreperibilità della persona da sentire. cfr. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, cit., pag. 272 ss.

¹⁶¹ Sull'estensione del modello incidentale speciale ad ogni caso in cui sia coinvolto un minore v. G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Giappichelli, 1997, pag. 87; P. BARTOLO, *I profili processuali*, in *I reati sessuali*, a cura di F. COPPI, Giappichelli, 2000, pag. 291; L. CAMALDO – G. DI PAOLO, *La Corte costituzionale nega l'estensione dell'incidente probatorio per assumere la testimonianza del minorenne al di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 872.

Tuttavia, altra parte della dottrina mette in guardia da una simile operazione, osservando come non può sottacersi come in ogni estensione dell'incidente probatorio “speciale”, compromettendo la natura eccezionale dell'istituto, altera gli equilibri interni del sistema. Cfr. M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in *Aa. Vv.*, *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. CESARI, Giuffrè, 2008, pag. 128.

contributo conoscitivo¹⁶². D'altro canto, in dottrina era stata paventata una soluzione secondo cui anche qualora non si ritenesse opportuno estendere in maniera così ampia il novero delle ipotesi delittuose nelle quali è consentito il ricorso all'incidente probatorio speciale per assumere la testimonianza di un soggetto minorenne – ampliando la fascia dei reati fino ad includere, perlomeno, le fattispecie che tutelano interessi omogenei rispetto a quelli considerati, come tutti i reati commessi in ambito familiare – si sarebbe potuto quantomeno valutare di operare tale estensione nel caso in cui a dover essere sentito non fosse un generico testimone, ma la persona offesa dal reato minore d'età¹⁶³.

In alternativa, ancora, si riteneva che si sarebbe potuto aggirare il rigido dettato normativo valorizzando la disposizione dell'art. 392, comma 1°, lett. a, c.p.p. e ricomprendere nella situazione di grave impedimento indicata dal codice – e tale da legittimare il ricorso ordinario alla procedura incidentale – il peggioramento delle facoltà mnemoniche e la sofferenza psicologica dei bambini causati da un audizione in sede dibattimentale¹⁶⁴.

Infine, grazie alla citata novella del 2015¹⁶⁵, il legislatore ha in qualche modo operato sulla scia del primo dei suggerimenti indicati e, in verità, in

¹⁶² Al contrario, osserva L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, cit., pag. 180 che «dato che la presunzione *iuris et de iure* del rischio di dispersione o di inquinamento della prova e strettamente collegata alle caratteristiche psicologiche del minore, i cui ricordi con il passare del tempo e stato dimostrato che decadono molto più velocemente di quelli degli adulti oppure possono essere più facilmente inquinati dalla suggestione: questo si verifica in ogni caso a prescindere dal reato a cui il minore abbia assistito». Al proposito, evidenzia l'autore «sarebbe stata migliore soluzione non limitare li nuovo caso a singoli e tassativi procedimenti penale, in quanto l'esigenza di tutela della personalità del minore e della genuinità della prova devono essere garantite in ogni procedimento penale, a prescindere dal tipo di reato. lasciando alla valutazione delle parti la scelta se in relazione allo specifico procedimento e alla specifica situazione concreta, ricorrere alla assunzione anticipata delle dichiarazioni del minore».

¹⁶³ Per simili considerazioni, cfr., tra gli altri, M. BARGIS, *Note in tema di esame testimoniale*, in, *Studi di diritto processuale penale*, vol. II, *Questioni europee e "ricadute italiane"*. Giappichelli, 2007. pag. 271

¹⁶⁴ Cfr. sul punto, le osservazioni di E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul "caso Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 1175.

¹⁶⁵ D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, recante “Attuazione 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/GAP”, in *Gazz. Uff.* 05/01/2016, n. 3 in vigore dal 20 gennaio 2016.

maniera per certi versi ancor più ampia, non facendo oggetto del proprio intervento solo i soggetti minorenni ma tutti coloro che, vittime di reato, si trovino nella cd. “condizione di particolare vulnerabilità”. Ciò è stato possibile mediante l’aggiunta – ad opera dell’art. 1, comma 1°, lett. a) del d.lgs. n. 212 del 2015 – di un periodo finale all’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., a mente del quale: «In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all’assunzione della sua testimonianza»¹⁶⁶. Come accennato, si tratta di una previsione resa necessaria dall’adeguamento dell’ordinamento nazionale alla direttiva 2012/29/UE in tema di vittime di reato, che non ha sostituito la precedente previsione – limitata al novero di fattispecie delittuose attinenti alla sfera dei reati sessuali o intrafamiliari e soggettivamente indirizzata ai minorenni *tout court* e alle vittime adulte – ma che ad essa si è affiancata, allargando ulteriormente lo spettro di tutela offerto dell’istituto dell’incidente probatorio speciale al fine di tutelare appieno la personalità del dichiarante debole, nonché la genuinità del suo contributo probatorio.

4. Lo status di vulnerabilità del testimone

Come affermato in precedenza, l’ultimo requisito di tipo oggettivo che legittima il ricorso alla procedura di assunzione incidentale della prova *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p. è lo *status* c.d. di “particolare vulnerabilità” del soggetto chiamato a rendere la testimonianza, il quale prescinde dalla fattispecie di reato oggetto del procedimento.

Il concetto di “vulnerabilità” della vittima/testimone del reato è identificabile come un parametro di relazione tra l’autore della deposizione

¹⁶⁶ Per quel che concerne il tema della testimonianza del minore, ciò comporta che ogni qualvolta il minore sia coinvolto in un procedimento penale in quanto vittima, con maggiore probabilità egli potrà essere sottoposto ad audizione in sede incidentale a prescindere dalla fattispecie delittuosa per la quale si stia procedendo, ma valorizzando una serie di altri indici – quali in *primis* l’età anagrafica – tali da consentirne l’inquadramento nella succitata condizione di vulnerabilità. cfr. TRIBISONNA, *L’ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, cit., pag. 275.

testimoniale e l'esposizione ad un pericolo di volta in volta determinato. Può essere efficacemente descritto come la predisposizione di un soggetto 'a ferirsi' ovvero 'ad essere ferito', in relazione alla tipologia della minaccia in atto nonché alle esigenze di protezione rispetto ai pericoli di vittimizzazione primaria (che deriva direttamente dalla commissione del reato), di vittimizzazione secondaria (dovuta alla rievocazione di eventi traumatici da parte del soggetto all'interno delle dinamiche processuali) e di vittimizzazione ripetuta (che si verifica quando la stessa persona è esposta ad una pluralità di episodi criminali in un dato scorcio temporale)¹⁶⁷.

Le istanze legislative volte a garantire una maggiore tutela, sostanziale e processuale, dei soggetti versanti in condizioni di "particolare vulnerabilità" si sono manifestate anzitutto a livello europeo, attraverso l'emanazione di una serie di direttive e regolamenti comunitari. In proposito, per quel che concerne l'individuazione della platea di destinatari della tutela anzidetta, accanto ad un nucleo centrale di vittime particolarmente vulnerabili – costituito dal minore vittima dell'abuso, dello sfruttamento sessuale e della tratta di esseri umani, nonché dalla donna vittima di violenza sessuale e domestica¹⁶⁸ – può essere individuato un circolo esterno di dichiaranti deboli, suddivisibile a sua volta nei due sottoinsiemi delle fonti di prova "soggettivamente" e "oggettivamente" vulnerabili¹⁶⁹. Il primo ricomprende quella categoria di soggetti che potrebbe subire un pregiudizio dalla partecipazione al procedimento penale in virtù di proprie peculiari condizioni soggettive, a nulla rilevando la tipologia di reato per cui si procede¹⁷⁰. Invece, nel sottoinsieme delle vittime "oggettivamente vulnerabili" sono annoverate tutte quelle vittime il cui *status* di debolezza

¹⁶⁷ S. ALLEGREZZA, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, pag. 63 ss.

¹⁶⁸ cfr. art. 19, par. 4, directive n. 93/2011; art. 11 ss., directive n. 36/2011; R (2005)5 – R (2006)1 Comitato dei ministri agli Stati membri; artt. 53 ss. Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica 2011.

¹⁶⁹ S. ALLEGREZZA, *Lo scudo e la spada*, cit., pag. 67.

¹⁷⁰ Questo gruppo di vittime "soggettivamente vulnerabili" ricomprende anzitutto il minore, per il quale è possibile configurare una vera e propria presunzione di vulnerabilità dovuta al pregiudizio per la personalità dello stesso in fase di sviluppo, ed in secondo luogo la vittima che soffre di un'infermità fisica o mentale, per la quale lo status di vulnerabilità non è presunto ma valutato in relazione alle circostanze del caso concreto, nonché alla natura della patologia.

dipende prevalentemente, se non esclusivamente, dalla tipologia del reato¹⁷¹. Risulta necessario specificare, tuttavia, che il circolo esterno di vittime “soggettivamente” e “oggettivamente” vulnerabili non deve essere concepito in termini statici, potendo esso ricomprendere anche altre categorie di vittime, come quelle appartenenti a minoranze sessuali¹⁷².

Nel maggio 2011, la Commissione europea ha presentato un pacchetto legislativo volto a rafforzare i diritti delle vittime di reato nell’Unione.

Al riguardo, merita di essere segnalata una proposta di direttiva concernente l’istituzione di norme minime relative ai diritti, l’assistenza e la protezione delle vittime di reato¹⁷³. Sotto il profilo specifico della definizione dello *status* di vulnerabilità del dichiarante – vittima o testimone del reato – la proposta di direttiva, con un approccio parzialmente innovativo, introduceva un sistema binario. Per un verso, venivano individuate due categorie determinate di vittime vulnerabili, in relazione ai criteri identificativi tradizionali: 1. I minori e i disabili, ai sensi dell’art. 18, par. 1, lett. *a* e *b*. – 2. Le vittime di violenza sessuale e della tratta di esseri umani, ai sensi dell’art. 18, par. 2, lett. *a* e *b*.

Per altro verso, invece, veniva richiesta la predisposizione di un meccanismo di valutazione individuale, finalizzato a determinare l’esposizione delle singole vittime al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta o di intimidazione, in

¹⁷¹ Anzitutto, debbono essere ricomprese le vittime di reati terroristici, ai sensi della decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI, del 13 giugno 2002, in secondo luogo le vittime della criminalità organizzata e, infine, le vittime di reati di stampo razzista e xenofobo, che secondo quanto disposto dal considerando n.11 della decisione quadro del Consiglio 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sono “particolarmente vulnerabili e riluttanti ad intentare un’azione giudiziaria”. cfr. Cons. n.11, decisione quadro 2008/913/GAI, 28 novembre 2008. Come si può agevolmente constatare, le esigenze di tutela delle vittime nelle ipotesi anzidette non sono strettamente collegate alla prevenzione del pericolo di vittimizzazione secondaria, quanto del pericolo di vittimizzazione “ripetuta”. In questo caso, la ritrosia delle vittime a collaborare con la giustizia non dipende dai pericoli derivanti dal processo in sé ma dalle conseguenze potenzialmente negative del loro contributo all’accertamento giudiziale, derivanti da fattori esterni.

¹⁷² Invece, un discorso diverso deve essere fatto per le c.d. “*cross-border victims*”, ossia le persone vittime di reato in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o in cui non risiedono. Si tratta di una categoria di vittime che necessitano di una peculiare assistenza linguistica e di specifiche garanzie per la presentazione della denuncia e per la raccolta di dichiarazioni testimoniali, ma per le quali non sembra configurabile un particolare rischio di vittimizzazione secondaria o ripetuta, né la ricomprensione nella fascia più esterna delle vittime vulnerabili in senso tecnico.

¹⁷³ COM (2011) 275 def.

relazione alle loro caratteristiche personali ovvero alle circostanze legate alla tipologia della fattispecie delittuosa oggetto del procedimento¹⁷⁴. Lo strumento anzidetto avrebbe dovuto tener conto, da un lato, della gravità del reato e del grado di danno apparente subito dalla vittima e, dall'altro, dei fattori che avrebbero concorso all'aumento delle possibilità di un'ulteriore vittimizzazione o intimidazione nel corso del processo, in particolar modo: età, genere, identità di genere, appartenenza etnica, razza, religione, orientamento sessuale, stato di salute, disabilità, difficoltà di comunicazione, relazione con la persona indagata o imputata o dipendenza da essa, nonché un'eventuale esperienza pregressa di vicende criminose, riservando un'attenzione specifica ai reati di terrorismo data la varia natura degli stessi¹⁷⁵.

Tuttavia, nel corso dei lavori preparatori, l'impianto complessivo della proposta di direttiva venne significativamente rivisitato. Infatti, nel testo approvato il 21 giugno 2012 dal Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER) venne abbandonata la scelta della logica binaria, poiché, fondando la categorizzazione delle vittime vulnerabili sulla base della sola condizione soggettiva, si sarebbe realizzata una involontaria discriminazione di trattamento. Oltretutto, in recepimento di una opinione espressa dal Comitato economico e sociale europeo, la qualifica di "vittime vulnerabili" venne sostituita con il concetto di "Vittime con esigenze specifiche", superando dunque la presunzione di vulnerabilità di alcune categorie di vittime ed attribuendo una funzione centrale alla valutazione individuale del giudice, diretta a determinare nel caso concreto sia la condizione di debolezza, che le misure specifiche idonee alla tutela.

Il c.d. *individual assessment* – originariamente previsto nella proposta di direttiva e successivamente mantenuto nel testo approvato Comitato dei rappresentanti permanenti – rappresenta la soluzione principale al pericolo della

¹⁷⁴ In particolar modo, si trattava di uno strumento valutativo elaborato sulla scorta della consapevolezza che le vittime sono individui che reagiscono al reato in maniera diversa e che, come tali, hanno differenti fragilità ed esigenze di protezione, pertanto, come veniva affermato nella relazione alla proposta della Commissione, "una vittima può [...] essere vulnerabile pur non rientrando in una specifica categoria di vittime vulnerabili".

¹⁷⁵ Che vanno dal terrorismo di massa a quello mirato contro particolari individui.

creazione di una gerarchia di vittime vulnerabili e deve essere compiuto tenendo conto dei desideri della vittima, compresa la sua eventuale volontà di non avvalersi di misure speciali, nonché di alcuni indici codificati, quali: 1. Le caratteristiche personali della vittima, precedentemente individuate nella relazione alla proposta di direttiva della Commissione. – 2. La tipologia ovvero la natura del reato. – 3. Le circostanze del reato e la gravità del pregiudizio subito.

Sempre in ambito comunitario, la sola presunzione di vulnerabilità che è stata mantenuta è quella riguardante i minori, i quali presentano sempre delle esigenze di tutela rispetto ai pericoli di vittimizzazione secondaria e ripetuta ovvero di intimidazione, fermo restando l'obbligo per il giudice di procedere ad una valutazione individuale per determinare il *quomodo* delle misure specifiche da applicare nel singolo caso. Quello che si profila a livello europeo, dunque, è un approccio "elastico" alla definizione della condizione di vulnerabilità, finalizzato a ridurre i rischi di "etichettatura" delle vittime, nonché ad estendere l'ambito di operatività degli strumenti di tutela in favore del soggetto offeso, in qualunque modo, dal reato all'interno del procedimento che lo vede coinvolto, evitando la verifica di ulteriori pregiudizi¹⁷⁶.

Nell'ordinamento processuale penalistico italiano, lo statuto del "dichiarante vulnerabile" – intendendo con questa locuzione tanto la persona offesa dal reato quanto il testimone che versa in condizioni di particolare vulnerabilità – è previsto dall'art. 90-*quater* c.p.p.¹⁷⁷ Il legislatore nazionale, conformandosi alle istanze di tutela dell'ordinamento comunitario, ha voluto tipizzare la *conditio* della "particolare vulnerabilità" all'interno di una disposizione normativa esplicita al fine di consentire l'applicazione di

¹⁷⁶ S. ALLEGREZZA, *Lo scudo e la spada*, cit., pag. 73.

¹⁷⁷ Introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, in attuazione delle disposizioni previste dalla direttiva comunitaria 2012/29 UE, ai sensi del quale «...la condizione di particolare vulnerabilità (...) è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato». cfr. art. 90-*quater*, 1 comma c.p.p.

determinate forme di tutela in favore del testimone vulnerabile, divenuto vero e proprio soggetto di diritti all'interno del processo penale¹⁷⁸. A tal riguardo, la definizione di cui all'art. 90-*quater* c.p.p. dispiega la sua efficacia protettiva sia nella fase iniziale, che nella fase finale del giudizio penale, ribadendo l'obbligo per il giudice di procedere ad una valutazione *case by case* in merito alla sussistenza, o meno, di una situazione di debolezza¹⁷⁹. Nell'ambito delle indagini preliminari, infatti, il riferimento alla condizione di "particolare vulnerabilità" del dichiarante, inserito negli artt. 351, comma 1-*ter*, 362, comma 1-*bis*, 391-*ter*, comma 3-*ter* e 392, comma 1-*bis*, genera un'estensione significativa dell'applicabilità delle cautele previste dall'ordinamento processuale, in forza, dunque, di una circostanza personale del soggetto chiamato a rendere dichiarazioni.

Per quel che riguarda il perimetro di operatività dell'incidente probatorio "speciale" – come si è già avuto modo di affermare – la particolare vulnerabilità del soggetto chiamato a rendere dichiarazioni consente al pubblico ministero, ovvero alla persona sottoposta alle indagini, di richiedere l'attivazione della procedura incidentale per l'assunzione della sua testimonianza anche in assenza del parametro oggettivo richiesto nella prima parte del comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p.¹⁸⁰.

In linea di continuità con la tutela predisposta nella fase preliminare del giudizio dalle disposizioni sopracitate, la "particolare vulnerabilità" descritta dall'art. 90-*quater* c.p.p. genera un'estensione – soggettiva – dell'applicabilità degli strumenti di tutela processuale anche nella fase del dibattimento, con riferimento specifico all'adozione delle modalità protette per la conduzione dell'esame dibattimentale, ai sensi dell'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p., ed al divieto di una nuova escussione del testimone che abbia già reso dichiarazioni

¹⁷⁸ L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000, pag. XII;

¹⁷⁹ Viene, dunque, richiamato il metodo dell'*individual assessment* elaborato a livello europeo.

¹⁸⁰ Intendendo, dunque, il riferimento alla tipologia di reati oggetto del procedimento, nello specifico i più efferati delitti di violenza sessuale. L'esenzione anzidetta è facilmente riconoscibile dall'impiego della locuzione «in ogni caso» nella parte finale della disposizione *de qua*.

in sede di incidente probatorio ovvero in dibattimento nel contraddittorio tra le parti, previsto dall'art. 190, commi 1° e 1-*bis*, c.p.p.¹⁸¹

5. La pronuncia della Corte di Giustizia sul “caso Pupino”: questione riguardante il ricorso alla procedura incidentale anche al di fuori dei casi tassativi previsti dal codice

Una volta analizzati i presupposti di tipo oggettivo e soggettivo previsti dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., legittimanti l'accesso alla procedura di assunzione incidentale della prova, occorre esaminare la questione – che ha suscitato non pochi dubbi e perplessità della dottrina – concernente l'ampliamento dell'operatività dell'istituto dell'incidente probatorio speciale anche al di fuori del tassativo elenco di fattispecie criminoso previste dal medesimo comma 1-*bis*, nel momento in cui debba procedersi all'acquisizione del contributo dichiarativo di un dichiarante minore d'età. Quest'ultima, infatti, si ricollega ad una specifica esigenza di riforma – di tipo estensivo – scaturita dalle problematiche che sono venute in rilievo a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 16 giugno 2005 – causa C-105/3 – conclusiva del c.d. “vicenda Pupino”.

Il caso in esame ha avuto origine dall'avvio di un procedimento penale contro un'insegnante, imputata per il reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina nei confronti di alcuni alunni di età inferiore a cinque anni.

Durante lo svolgimento delle indagini preliminari, il pubblico ministero richiedeva l'attivazione dell'incidente probatorio speciale per assumere – ricorrendo alle modalità protette specificamente previste per la procedura – la testimonianza degli otto bambini, vittime del reato. Tuttavia, tale richiesta veniva rigettata dal giudice per le indagini preliminari, poiché la fattispecie delittuosa oggetto del procedimento non rientrava tra quelle per le quali il comma 1° bis ammette il ricorso alla procedura incidentale e, conseguentemente, alle modalità di acquisizione protetta del contributo probatorio. Pertanto, dopo

¹⁸¹ Con la precisazione che un nuovo esame è da considerarsi ammissibile se avete ad oggetto fatti o circostanze diverse da quelli indicati nelle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono assolutamente necessario, sulla base di esigenze specifiche.

aver sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 392 comma 1-*bis* e 398 comma 5-*bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevedevano detta possibilità – e sulla quale la Corte si era pronunciata con una sentenza che la dichiarava in parte infondata ed in parte inammissibile¹⁸² – il giudice per le indagini preliminari ha investito della questione la Corte di Giustizia dell'Unione, prospettando nel rinvio un contrasto delle disposizioni codicistiche anzidette con gli artt. 2, 3 e 8 n. 4 della decisione quadro 2001/220/GAI, individuante le norme minime di tutela della vittima nel processo penale.

Le questioni sottoposte alla Corte del Lussemburgo erano due: la prima riguardava l'efficacia delle decisioni quadro nell'ordinamento interno, mentre la seconda, più rilevante in questo contesto, concerneva l'interpretazione delle norme della decisione quadro e la conformità della disciplina italiana – che limita l'accesso all'incidente probatorio per raccogliere la testimonianza dei minori a un numero tassativo di casi – rispetto alla normativa europea. La legittimità della normativa interna era parametrata alla decisione quadro; la Corte, dunque, affermava il principio della c.d. “interpretazione conforme”¹⁸³, secondo il cui il giudice deve interpretare le norme interne in maniera, per quanto possibile, conforme alla decisione in esame¹⁸⁴; in particolar modo, quando è necessario raccogliere la testimonianza di soggetti vulnerabili – come i minorenni nel caso di specie – si deve operare con «modalità che consentano di garantire loro un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza pubblica e prima della tenuta di quest'ultima»¹⁸⁵.

L'obiettivo della decisione quadro è quello di garantire alle vittime di reato, specialmente se versanti in uno stato di particolare vulnerabilità, un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione,

¹⁸² Corte cost, 9 ottobre 2002, n. 529.

¹⁸³ L'obbligo di interpretazione conforme, però, incontra un limite, non potendo portare ad un'interpretazione *contra legem* della normativa nazionale. Nel caso specifico, le modalità di assunzione della testimonianza devono essere compatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato membro interessato e rispettare il diritto ad un processo equo, così come sancito dall'art. 6 della CEDU.

¹⁸⁴ Si giunge quindi a riconoscere al giudice remittente un potere diretto di colmare una lacuna normativa, che, come tale, può essere sanata solo dal legislatore; G. FRIGO, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida dir.*, 2005, pag. 76.

¹⁸⁵ C.G.U.E., 16 giugno 2005, Pupino, in *Foro it.*, 2006, pag. 606.

assicurando loro la possibilità di rendere la propria testimonianza in condizioni protette e tutelanti la loro dignità personale¹⁸⁶. A tal riguardo, la Corte di Giustizia individuava l'istituto dell'incidente probatorio come soluzione adeguata a conciliare la normativa interna con quella europea, poiché permettente l'assunzione anticipata della testimonianza del dichiarante minorenni con modalità protette. Lo strumento *de quo* appariva, quindi, l'unica soluzione per risolvere la questione della compatibilità tra normativa interna e disciplina sovranazionale, consentendo l'acquisizione della deposizione già nel corso delle indagini, con lo stesso valore di prova, ma secondo modalità diverse da quelle previste per l'udienza pubblica¹⁸⁷.

Tuttavia, nell'emanazione della citata sentenza, la Corte non ha tenuto conto della tutela che il teste vulnerabile può ricevere anche in sede dibattimentale, mediante l'audizione protetta prevista dall'art. 498 c.p.p. e le ulteriori misure di tutela che derogano alla pubblicità dibattimentale (art. 472, comma 4°, c.p.p.) ed escludono le riprese delle immagini (artt. 472 e 147 disp. att.)¹⁸⁸. Difatti, l'attenzione del giudice europeo si è focalizzata essenzialmente sull'incidente probatorio, essendo l'unico istituto che il nostro ordinamento contempla per consentire l'assunzione della prova in una fase in cui, di regola, non sarebbe possibile, al fine di consentire un'uscita quanto più celere e cautelata del dichiarante dal procedimento penale. Ad ogni modo, bisogna considerare che la deroga alla regolare assunzione della prova in dibattimento, attuata dall'istituto in esame, costituisce un'evenienza del tutto eccezionale che, in quanto tale, dovrebbe essere circoscritta ad ipotesi tassative. Infatti, ammettere un incidente probatorio incondizionato se, da un lato, potrebbe tutelare

¹⁸⁶ Oltretutto, ai sensi dell'art. 34 del TUE, l'effetto vincolante delle decisioni quadro è limitato al solo risultato da raggiungere, "salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

¹⁸⁷ Così il punto 55 della sentenza in esame.

¹⁸⁸ Per tali considerazioni, S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi, V. Manes, Bologna University press, 2007, pag. 65. Della stessa opinione anche L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, pag. 3544.

maggiormente gli interessi della vittima vulnerabile¹⁸⁹, dall'altro, darebbe luogo ad una intollerabile compressione del principio dell'immediatezza e, quindi, del contraddittorio, con la conseguente rinuncia ad un metodo che permette di "ridurre il più possibile lo scarto tra verità giudiziale e verità storica"¹⁹⁰.

Una nuova estensione dell'applicabilità della procedura *ex art. 392, comma 1-bis*, c.p.p. non sembra, quindi, ragionevole e come tale da prendere in considerazione da parte del legislatore, poiché la Corte di Giustizia europea sembra "non aver compreso appieno le ragioni sistematiche che nel nostro ordinamento impongono di non estendere ad *infinitum* l'operatività di un istituto, quello dell'incidente probatorio, che, per quanto mutato nei suoi tratti funzionali (...), merita comunque di rimanere una eccezione all'ordinario dipanarsi dell'*iter* dibattimentale"¹⁹¹. Un ulteriore conferma in tal senso proviene dalla precedentemente citata sentenza della Corte costituzionale del 2002, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione relativa all'incostituzionalità dell'art. 392 comma 1-*bis*, con riferimento ai parametri di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione. Per quanto riguarda il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, la decisione della Corte è stata fondata sulla base della estrema gravità dei reati presi in considerazione dal comma 1-*bis*, per i quali è certamente maggiore l'esigenza di protezione della personalità del minore; quanto alla denunciata violazione dell'art. 2 della Costituzione, la non fondatezza deriva dal fatto che il ricorso all'incidente probatorio non è che una «scelta legittima»¹⁹² del legislatore, non una misura obbligata e costituzionalmente necessaria al fine di tutelare la personalità del minore.

Pertanto, nel tentativo di perseguire ad ogni costo l'armonizzazione tra le legislazioni processuali non è stato tenuto conto, nella sentenza pronunciata dal giudice europeo, delle specifiche caratteristiche dell'ordinamento giuridico

¹⁸⁹ S. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pag. 643, si mostra favorevole all'utilizzo della procedura incidentale per ogni tipo di reato proponendo di lasciare alle parti la possibilità di scegliere se procedere all'assunzione anticipata della prova in relazione alle condizioni specifiche del singolo caso.

¹⁹⁰ G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. VII, 2001, pag. 4

¹⁹¹ L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia*, cit., pag. 3545.

¹⁹² Corte cost, 9 ottobre 2002, n. 529.

interno, in quanto l'interpretazione delle disposizioni nazionali in conformità con l'ordinamento comunitario incontra, nel caso di specie, un limite invalicabile nel principio di immediatezza, poiché le deroghe al siffatto principio sono presidiate dalla tassatività della casistica in cui le stesse sono possibili¹⁹³.

L'incidente probatorio è qualificabile, nell'ipotesi di cui al comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., come “luogo elettivo”¹⁹⁴ per soddisfare le due esigenze che vengono in rilievo, quali la tutela della personalità del dichiarante debole e della genuinità della prova da assumere. In merito a ciò, si commetterebbe un errore nel momento in cui si dovesse ritenere che la liberalizzazione dell'accesso a tale istituto comporti la garanzia di un contributo probatorio “non inquinato”.

La *ratio* di tale diniego si rinviene – come precedentemente affermato – nella necessità di evitare una inaccettabile compressione del principio del contraddittorio, perché non si può pretendere di eliminare l'immediatezza e, parallelamente, preservare il contraddittorio sulla prova, nonostante la sussistenza di strumenti specifici di attuazione del suddetto principio previsti per la procedura incidentale di assunzione della prova nei casi dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., quali l'integrale *discovery* degli atti di indagine ai sensi dell'art. 393, comma 2-*bis*, c.p.p., ovvero l'obbligo di registrazione fonografica e audiovisiva della deposizione testimoniale previsto dall'art 398, comma 5-*bis*, c.p.p., per le quali si rinvia alla trattazione che segue.

¹⁹³ S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”*, cit., pag. 83. L'Autrice accoglie la tesi dell'esistenza di uno stretto legame tra il contraddittorio e l'immediatezza; quindi, rifiuta un'estensione dei casi di incidente probatorio speciale, poiché condurrebbe ad una applicazione analogica di una norma derogatoria di un canone fondamentale del processo, quindi eccezionale. A. FABBRICATORE, *Caso Pupino*, cit., pag. 641, sottolinea invece l'aspetto positivo della decisione della Corte di Giustizia, che consiste proprio nell'aver compiuto un passo avanti nel tentativo di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri.

¹⁹⁴ G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., pag. 1027.

CAPITOLO IV

LA FASE PRELIMINARE DELLA PROCEDURA

SOMMARIO: 1. La richiesta d'incidente probatorio: legittimazione e confini cronologici per la presentazione. – 2. *segue*: La presentazione della richiesta di incidente probatorio nell'udienza preliminare. – 3. Le problematiche concernenti il rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale da parte del giudice per le indagini. – 4. La *discovery* integrale degli atti di indagine *ex art. 393, comma 2-bis c.p.p.*

1. La richiesta d'incidente probatorio: legittimazione e confini cronologici per la presentazione

Nel corso delle indagini preliminari, la richiesta di accesso alla procedura di assunzione anticipata della prova – prevista per l'incidente probatorio *ex art. 392 c.p.p.* – può essere avanzata dal pubblico ministero e dalla persona sottoposta alle indagini, ai sensi dell'art. 393, comma 1° c.p.p., durante lo svolgimento della fase delle indagini preliminari e, eventualmente, anche in quella dell'udienza preliminare. In merito a ciò, la dottrina si è spesso interrogata relativamente alla possibilità, o meno, per la pubblica accusa di richiedere l'attivazione del meccanismo in esame anche nell'ipotesi in cui sia in corso un procedimento penale a carico di un soggetto ignoto. Alcuni ritengono che tale evenienza sia da ritenere ammissibile¹⁹⁵, per altri, invece, sarebbe necessaria la nomina di un difensore per il presunto indagato, anche se di esso ancora non si conosce l'identità¹⁹⁶. Infine, vi è chi sostiene che tale possibilità sia da escludere, poiché non risulterebbe possibile attuare il contraddittorio richiesto dall'istituto stesso dell'incidente probatorio¹⁹⁷, imponendo all'accusa – dunque – di procedere all'acquisizione dell'elemento di prova attraverso le forme stabilite per gli atti d'investigazione. Tra l'altro, il giudice per le indagini – nel momento in cui accerta l'ammissibilità della richiesta del pubblico ministero, nonché per salvaguardare un impiego adeguato dello strumento *de quo* – dovrebbe

¹⁹⁵ I. BORASI, *L'anticipazione dell'assunzione probatoria nel processo penale: evoluzione e prospettive future*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, pag. 24

¹⁹⁶ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 168

¹⁹⁷ G. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, cit., pag. 9;

verificare, anzitutto, la sussistenza delle condizioni necessarie per individuare i soggetti interessati dall'espletamento della procedura, soprattutto al fine di garantire una coerenza sistematica con le disposizioni di cui all'art. 403, comma 1-*bis* c.p.p., previsto come presidio di tutela a favore delle persone successivamente coinvolte nell'assunzione della prova¹⁹⁸. Inoltre, per quanto riguarda legittimazione del presunto indagato alla proposizione della richiesta di incidente probatorio, la giurisprudenza di merito e la dottrina maggioritaria ne sostengono l'inammissibilità ove manchi la prova che le indagini a suo carico siano in corso¹⁹⁹. Tuttavia, in dottrina si rilevano anche opinioni contrastanti, le quali stabiliscono che – in merito a ciò – non verrebbe integrata alcuna delle cause d'inammissibilità previste agli artt. 392, comma 1° e 393, comma 3° c.p.p. Pertanto, al soggetto che perviene a conoscenza, in qualsiasi modo, della pendenza di un procedimento penale a suo carico, deve essere assicurato il diritto di richiedere l'attivazione dell'incidente probatorio, “sin dalle prime indagini al fine di poter acquisire anche la prova negativa della propria responsabilità”²⁰⁰. Tra i soggetti legittimati sollevare istanza di incidente probatorio, pur non essendo espressamente indicato il difensore dell'indagato, la dottrina maggioritaria riconosce comunque ad esso tale facoltà, sulla base del combinato disposto degli artt. 61-99 c.p.p.²⁰¹.

La richiesta di incidente probatorio deve rispettare – a pena di inammissibilità – i requisiti tassativamente elencati dall'art. 393, comma 2° c.p.p., concernenti in primo luogo i termini entro cui la richiesta stessa deve essere presentata al giudice per le indagini preliminari. In merito al profilo anzidetto, la richiesta deve essere presentata entro i termini previsti per la conclusione delle indagini preliminari *ex* artt. 405, 406 e 407 c.p.p., e comunque «in un tempo sufficiente per l'assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi». La *ratio* insita nella previsione di un limite temporale entro cui

¹⁹⁸ P. RENON, *Sub art. 392 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI, Cedam, 2005, pag. 1169

¹⁹⁹ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 192-193

²⁰⁰ F. COPPI, *In tema di ammissibilità dell'indagine preliminare in assenza di prova circa l'esistenza di indagini preliminari in corso*, in *Giust. It.*, 1990, pag. 1441

²⁰¹ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 82

presentare la richiesta di incidente probatorio risponde all'esigenza di prevenire la dilatazione dei termini imposti dalla disciplina codicistica per la conclusione della fase delle indagini preliminari, rafforzata, oltretutto, dalla comminazione della sanzione dell'inutilizzabilità per gli atti espletati una volta sopraggiunta la scadenza dei termini anzidetti. Si tratta, tuttavia, di una prescrizione normativa suscettibile di essere derogata dalle disposizioni di cui al comma 4°, dell'art. 393 c.p.p. Infatti, qualora dovesse rendersi indispensabile un prolungamento del termine per le indagini prima dell'esecuzione della procedura, oppure, il termine scada durante l'esecuzione stessa, il giudice può – con decreto motivato – concederne una proroga limitatamente per il tempo indispensabile all'assunzione della prova, a condizione che «la richiesta di incidente probatorio non avrebbe potuto essere formulata anteriormente». A tal riguardo, occorre specificare che l'accoglimento della richiesta di proroga è subordinato al preventivo accertamento di una difficoltà di tipo oggettivo nello svolgimento della procedura incidentale entro il termine di legge ordinario.

Compiuti gli accertamenti necessari, la proroga del termine per le indagini sarà concessa dal giudice precedente per il tempo strettamente necessario all'assunzione della prova. La dottrina, in proposito, ha opportunamente osservato che la disciplina *de qua* assolve una duplice funzione: in primo luogo, garantire l'acquisizione della prova al fine di prevenirne la dispersione e, in secondo luogo, circoscrivere i tempi di svolgimento delle indagini, rispettando la tempestività della richiesta²⁰².

Da un punto di vista prettamente contenutistico, invece, l'art. 393, comma 2° c.p.p. prescrive che all'interno della richiesta vengano riportate le informazioni necessarie al fine di consentire al giudice per le indagini di decidere circa l'accoglimento o meno dell'istanza. In particolar modo, devono essere indicati dalla parte istante: la prova da assumere, i fatti che ne costituiscono oggetto e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale, le persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova e, infine, le circostanze che rendono la prova “non rinviabile” al dibattimento – secondo quanto disposto dall'art. 393, comma 1°, lett. *a)*, *b)*, e *c)*, c.p.p. – con l'ulteriore

²⁰² M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. It. dir e proc. pen.*, 1990, pag. 1335-1336.

previsione che, qualora la richiesta di incidente probatorio provenga dal pubblico ministero, questi dovrà anche dare indicazione dei nominativi dei difensori delle persone interessate all'assunzione della prova, della persona offesa e del suo difensore, ai sensi dell'art. 393, comma 2°, c.p.p. Con riferimento ai requisiti richiesti dalle lettere *a* e *c* della disposizione sopracitata, la dottrina ha formulato numerose interpretazioni. L'orientamento più rigoroso ritiene che queste debbano avere ad oggetto le indicazioni analitiche dell'elemento di prova da assumere, le ragioni della sua rilevanza e le circostanze che ne rendono evidente la sua non rinviabilità al dibattimento, in modo tale da salvaguardare – attraverso il vaglio preventivo del giudice sulla rilevanza ed ammissibilità della richiesta – il carattere eccezionale dello strumento *de quo*²⁰³. Contrariamente, secondo una differente interpretazione, i requisiti anzidetti dovrebbero essere riportati in forma sommaria²⁰⁴, almeno nel caso di testimonianza di cui all'art. 392, comma 1°, lett. *b* c.p.p., al fine di evitare che il soggetto sottoposto ad indagine possa svolgere un'attività d'inquinamento probatorio, pervenendo a conoscenza dei motivi descritti in dettaglio. Per altri ancora, l'istanza, pur non dovendo essere particolarmente dettagliata, né eccessivamente generica, dovrebbe comunque essere dotata di un contenuto di specificità sufficiente a consentire al giudice delle indagini – il quale è all'oscuro degli atti del procedimento – di decidere con cognizione di causa sull'ammissibilità della richiesta, ed alla controparte la possibilità di esercitare il proprio diritto al contraddittorio sulla prova²⁰⁵.

In linea con quest'ultimo orientamento interpretativo dottrinale, si pone anche la giurisprudenza di merito, secondo la quale le parti avrebbero un onere di allegazione specifica, ed il giudice avrebbe solo il potere di ammettere la prova sulla base dei requisiti oggettivi indicati dalle stesse. A tal proposito, la peculiarità della procedura di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. – concernente l'incidente probatorio “atipico” – consiste nel fatto che quest'ultimo esoneri la parte richiedente dall'onere di dimostrare ai fini dell'ammissibilità dell'istanza

²⁰³ G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI, Cedam, 1996, pag. 451- 452

²⁰⁴ G. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, cit., pag. 10

²⁰⁵ A. CRISTIANI, *Vademecum del difensore nel nuovo processo penale*, Giappichelli, 1991, pag. 89; G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Giuffrè, 1994, pag. 241.

la sussistenza dei requisiti di non rinviabilità della prova – previsti dalle lettere *a* e *b* dell'art. 392, comma 1°, c.p.p. e dall'art. 393, comma 1°, lett. *a* c.p.p. – dovendosi limitare, invece, ad indicare la sola presenza dei presupposti di legittimazione richiesti dalla legge, costituiti dalla tipologia di delitti per cui è in corso il procedimento e dalla minore età del dichiarante, oppure, dal fatto che quest'ultimo, ove maggiorenne, sia persona offesa dal reato ovvero si trovi in una condizione di particolare vulnerabilità²⁰⁶. Oltretutto, quale ulteriore prescrizione caratterizzante la disciplina speciale procedura in esame – a norma del comma 2-*bis* dell'art. 393 c.p.p. – con la presentazione richiesta di incidente probatorio *ex art.* 392, comma 1-*bis* c.p.p., il pubblico ministero procede contestualmente anche al deposito di tutti gli atti d'indagine compiuti fino a quel momento.

Per quanto riguarda, invece, le interazioni delle parti con i soggetti da escutere a seguito della presentazione della richiesta, la dottrina sostiene che, nel momento in cui viene presentata l'istanza di incidente probatorio, in conformità con il dettato normativo dell'art. 430-*bis* c.p.p., la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e il difensore non possano più procedere all'assunzione di informazioni dalle persone indicate nell'istanza medesima²⁰⁷. In caso di violazione di tale divieto, le informazioni raccolte saranno affette da inutilizzabilità ai sensi del comma 1° della disposizione in esame.

Il medesimo divieto viene meno qualora la prova sia stata già assunta, ovvero nel caso in cui essa non sia stata ammessa o eseguita. La *ratio* della norma, secondo la dottrina prevalente, è quella di tutelare l'autenticità delle dichiarazioni rese da un soggetto che, dovendo essere successivamente esaminato dal giudice per le indagini, potrebbe essere esposto a suggestioni o indebite influenze se fosse consentito l'esame da parte di altri soggetti in via preventiva. Infatti, l'art. 430-*bis* del codice di procedura penale, sebbene inserito nel contesto normativo dell'udienza preliminare, è applicabile anche nell'ipotesi – certamente più frequente – in cui la richiesta di incidente probatorio venga formulata durante la fase delle indagini preliminari. Inoltre, benché la norma

²⁰⁶ M. BARGIS, *Commento all'art. 13*, cit., pag. 502.

²⁰⁷ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 183

menzioni espressamente il solo mezzo di prova testimoniale (art. 430-*bis*, comma 2°, c.p.p.), si ritiene corretto estendere il divieto di assunzione di informazioni non solo ai testimoni, ma anche agli imputati che devono essere esaminati secondo la procedura incidentale, compresi i soggetti previsti dall'art. 210 c.p.p.²⁰⁸

Posto che la legittimazione all'avanzamento della richiesta di incidente probatorio è espressamente riconosciuta dal codice di rito tanto al pubblico ministero, quanto alla persona sottoposta alle indagini, per quel che concerne, invece, i diritti della persona offesa dal reato – secondo quanto disposto dall'art. 394 comma 1° c.p.p. – quest'ultima può unicamente sollecitare la pubblica accusa a promuovere l'attivazione della procedura; il pubblico ministero, tuttavia, non è tenuto ad accogliere automaticamente la richiesta.

Nello specifico, l'opportunità di esperire la procedura *de qua* dovrà essere oggetto di un attento scrutinio da parte della pubblica accusa, circa la sua reale necessità ed utilità nel caso concreto; qualora la richiesta della persona offesa non dovesse venir accolta dal pubblico ministero, egli dovrà pronunciarsi con decreto motivato, da notificare alla stessa ai sensi dell'art. 394, comma 2° c.p.p. Pertanto, può correttamente affermarsi che – in merito all'attivazione del meccanismo di acquisizione probatoria in commento – la persona offesa sia titolare unicamente di uno *ius postulandi*, anche se in dottrina non manca chi ritiene che sulle determinazioni del pubblico ministero debba assumere un peso rilevante la volontà della persona offesa, con la conseguenza che si dovrebbe procedere al suo ascolto in sede d'incidente probatorio «ogni qual volta ella ne faccia richiesta»²⁰⁹, al fine di dare voce ai bisogni della vittima e ridurre gli effetti della vittimizzazione secondaria. In aggiunta, occorre evidenziare che – a seguito dell'entrata in vigore della l. 7 dicembre 2000, n. 397 – la persona offesa può, a mezzo del proprio difensore, richiedere la procedura incidentale per assumere la testimonianza di una persona informata sui fatti che, a fronte di una precedente

²⁰⁸ P. RENON, Sub art. 393 c.p.p., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI, Cedam, 2005, pag. 1348 ss.

²⁰⁹ A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, 2015, pag. 882.

richiesta di rilasciare dichiarazioni, si sia avvalsa della facoltà di non rispondere, secondo quanto previsto dall'art. 391-*bis*, comma 11° c.p.p.

Per quanto esposto, è possibile affermare che si delineano due distinte “fasi” processuali: la prima, nella quale alla persona offesa viene attribuito un ruolo meramente sollecitatorio nei confronti del pubblico ministero e, infine, una seconda, in cui le viene riconosciuto un vero e proprio potere di autotutela. Successivamente, nell'udienza preliminare, si assiste a un'ulteriore estensione del perimetro dei soggetti legittimati ad avanzare l'istanza di incidente probatorio, poiché, in tale contesto, l'iniziativa processuale non è riservata esclusivamente al pubblico ministero e all'imputato, ma può essere esercitata anche dalla persona offesa costituitasi parte civile.²¹⁰ Tra l'altro, il potere di stimolo nei confronti del pubblico ministero può essere esercitato anche dagli enti e dalle associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato; infatti, essi – sulla base di quanto disposto dall'art. 91 c.p.p., sono titolari delle stesse prerogative riconosciute alla persona offesa²¹¹.

La richiesta di incidente probatorio dovrà essere depositata presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari e notificata a cura di chi l'ha proposta, secondo i casi, al pubblico ministero ed alle persone indicate nell'art. 393, comma 1°, lett. *b*) c.p.p., con successivo deposito in cancelleria della prova della notificazione, come prescritto dall'art. 395, c.p.p. La notificazione della richiesta riveste un ruolo essenziale, poiché funzionale all'instaurazione del contraddittorio tra le parti, come tale, requisito imprescindibile per la validità giuridica dell'istituto e dell'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte.

Al fine di garantire la semplificazione e la celerità del procedimento, la notificazione deve essere eseguita direttamente dalla parte richiedente. In particolare, il pubblico ministero è tenuto a notificare la richiesta alle persone nei confronti delle quali si procede in relazione ai fatti oggetto della prova;

²¹⁰ P. RENON, *Sub art. 394 c.p.p.*, *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2005, pag. 1349.

²¹¹ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 196; G. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, cit., pag. 9; G. NEPPI MODONA, *Indagini*, cit., pag. 449; P. DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 87

invece, qualora la richiesta provenga dalla persona sottoposta a indagini, quest'ultima dovrà darne tempestiva comunicazione all'accusa.²¹²

Per quanto riguarda la persona offesa dal reato, l'orientamento maggioritario della dottrina esclude che essa debba essere ricompresa nel novero dei destinatari della notifica della richiesta di incidente probatorio, poiché non è titolare di un autonomo potere di iniziativa, né legittimata a partecipare al contraddittorio cartolare, sebbene possa assistere all'assunzione della prova nell'udienza indetta dal giudice delle indagini²¹³. Diversamente, la parte minoritaria della dottrina adotta una posizione opposta, sostenendo un'interpretazione estensiva dell'art. 395 c.p.p. tale da includere tra i soggetti destinatari della notificazione anche la persona offesa, qualora la richiesta provenga dal pubblico ministero.

Nella prassi giudiziaria, è emersa una questione circa la necessità, o meno, di una nuova notificazione in caso di reiterazione di una richiesta di incidente probatorio precedentemente rigettata. La giurisprudenza di merito, offrendo una soluzione positiva, ha ritenuto che l'obbligo previsto dall'art. 395 c.p.p. sussista anche in ipotesi di mera reiterazione della richiesta di incidente probatorio, e che l'inadempimento di tale obbligo determini la revoca del provvedimento di ammissione della procedura incidentale.²¹⁴ Nel caso in cui la richiesta di incidente probatorio non venga notificata, la dottrina ha sollevato numerose interpretazioni²¹⁵. Una prima corrente interpretativa, fondata su una lettura letterale del codice, sostiene che il carattere tassativo delle cause di inammissibilità della richiesta implichi che l'invalidità non possa essere invocata in caso di inosservanza dell'obbligo di notificazione. Un'altra corrente, invece, ritiene che seppur in assenza di un'esplicita previsione normativa la notificazione sia comunque necessaria affinché la richiesta possa considerarsi ammissibile. Infine, un ulteriore orientamento dottrinale sostiene che la mancata osservanza dell'obbligo di notificazione configuri una violazione del diritto di

²¹² S. SAU, *Sub art. 395, Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Giuffrè, 2010, pag. 4899

²¹³ M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit., pag. 350; K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., pag. 617;

²¹⁴ S. SAU, *Codice di procedura penale commentato*, IV, Giuffrè, 2010, pag. 4901.

²¹⁵ S. SAU, *Sub art. 395, Incidente probatorio*, cit., pag. 4902.

intervento delle parti, determinando così una nullità generale ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p. – a regime intermedio – relativamente al diritto di assistenza dell'indagato, con conseguente rilevabilità anche d'ufficio entro il termine previsto dall'art. 180 c.p.p.

Le indicazioni dell'art. 393, comma 1°, lett. a), b), e c), c.p.p., nel loro insieme, concorrono a delineare l'oggetto della futura attività acquisitiva, *il thema probandum*, il quale potrà essere integrato successivamente dalle parti attraverso la presentazione di deduzioni – finalizzate a confutare l'ammissibilità e la fondatezza della richiesta – ex art. 396, comma 1°, c.p.p.

Il comma 1° dell'art. 396 c.p.p. prevede che, oltre alle deduzioni, possano essere depositati oggetti, prodotti documenti e indicati ulteriori fatti rilevanti ai fini probatori, nonché ulteriori persone nei confronti delle quali si debba procedere. Si configura, pertanto, un contraddittorio di tipo cartolare, ulteriormente arricchito da un reciproco obbligo informativo tra le parti ai sensi dell'art. 396, comma 2°, c.p.p., a norma del quale «copia delle deduzioni è consegnata dalla persona sottoposta alle indagini alla segreteria del pubblico ministero, che comunica senza ritardo al giudice le indicazioni necessarie per gli avvisi. La persona sottoposta alle indagini può prendere visione ed estrarre copia delle deduzioni da altri presentate».

Il codice di procedura attribuisce al pubblico ministero uno specifico strumento di tutela nel caso in cui la richiesta di incidente probatorio venga avanzata dalla persona sottoposta alle indagini e la sua esecuzione pregiudichi lo svolgimento di uno o più atti investigativi. Tale strumento è il “differimento” della procedura, disciplinato dall'art. 397 c.p.p. L'istituto opera il senso unidirezionale²¹⁶; infatti, può essere richiesto solo dalla pubblica accusa a fronte della richiesta di incidente probatorio presentata dalla difesa. La *ratio* di tale norma risulta agevolmente configurabile: lo strumento *de quo* assolve la funzione di tutelare la segretezza delle indagini preliminari svolte dal pubblico ministero, in particolar modo prevenendo l'impiego della procedura incidentale, ad opera dell'indagato, per svelare anticipatamente gli elementi probatori

²¹⁶ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 226; v. anche G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 248

raccolti durante le indagini (il c.d. incidente grimaldello). Tuttavia, l'interesse dell'accusa alla riservatezza degli atti d'indagine non è salvaguardato in maniera assoluta ed incondizionata. Infatti, attuando un bilanciamento con il diritto della persona sottoposta alle indagini all'acquisizione della prova ad essa favorevole – nel caso in cui il differimento proposto dall'accusa possa pregiudicare l'assunzione della prova stessa – viene fatta prevalere una regola di giudizio che privilegia il diritto alla prova delle parti²¹⁷. La richiesta di differimento, ai sensi del comma 2° dell'art. 397 c.p.p., deve essere depositata – a pena di inammissibilità – nella cancelleria del giudice delle indagini entro il termine di cui all'art. 396, comma 1°, c.p.p. e deve presentare: l'indicazione dell'atto o degli atti investigativi che verrebbero pregiudicati dall'incidente richiesto dall'indagato, nonché la causa del pregiudizio ed il termine del differimento richiesto. La durata del differimento risulta, dunque, correlata al tempo considerato indispensabile per attuare gli atti esposti al pregiudizio, nonché per evitare che la richiesta dell'accusa sia un espediente dilatorio dei termini delle indagini preliminari²¹⁸. Viene ritenuto necessario un “nesso di immediata consequenzialità” tra la prova da assumere mediante incidente probatorio difensivo ed il pregiudizio che potrebbe derivare all'atto d'indagine, da cui l'onere per il pubblico ministero di allegare la causa del pregiudizio; pertanto, il giudice delle indagini sarà chiamato a verificare la sussistenza e la natura del rapporto anzidetto²¹⁹. Quest'ultimo, inoltre, potrebbe anche accettare di differire l'udienza di incidente probatorio solo con riferimento a determinati mezzi di prova. In tal caso, lo stesso provvederà ad emettere due provvedimenti distinti, uno ex art. 397, commi 4° e 5° c.p.p. e l'altro ai sensi dell'art. 398 c.p.p. Il giudice – se non dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio – disporrà, con ordinanza da comunicare alle parti, l'accoglimento, il rigetto ovvero l'inammissibilità della richiesta di differimento del pubblico

²¹⁷ V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo nel caso delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989, pag. 40.

²¹⁸ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 204.

²¹⁹ A. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CANZIO – FERRANTI – PASCOLINI, Giuffrè, 1989, pag. 34.

ministero. In dottrina sono state sollevate alcune perplessità con riferimento alla mancanza di contraddittorio prima che il giudice disponga o meno il differimento, tuttavia, tale scelta è stata ritenuta opportuna, poiché in linea con l'esigenza di preservare la riservatezza delle indagini preliminari.

In caso di accoglimento, l'udienza di svolgimento dell'incidente probatorio richiesto dalla difesa verrà fissata dal giudice "non oltre il termine strettamente necessario al compimento degli atti investigativi" da parte della pubblica accusa. L'ordinanza di accoglimento della richiesta è comunicata immediatamente al pubblico ministero ed è notificata per estratto alle persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova, i quali sono informati solo del differimento e della data dell'udienza di assunzione della prova²²⁰.

Invece, nel caso in cui venga pronunciata l'inammissibilità (per violazione dei requisiti indicati dall'art. 397 comma 2° c.p.p.) ovvero il rigetto (per infondatezza delle ragioni addotte) della richiesta di differimento, la relativa ordinanza dovrà essere comunicata immediatamente al solo pubblico ministero²²¹, in quanto il contenuto dell'istanza presentata è costituito anche dall'indicazione degli atti d'indagine. Di conseguenza, una tale *discovery* – seppur parziale – pregiudicherebbe inevitabilmente la segretezza delle indagini, oggetto della tutela offerta dal differimento²²². Sia la richiesta di differimento, che l'ordinanza che la dispone, devono essere depositate integralmente all'udienza stabilita per lo svolgimento dell'incidente probatorio, ai sensi dell'art. 397 comma 4° c.p.p. Solo in tale sede potrà essere svelato il contenuto della richiesta del pubblico ministero, poiché gli atti d'indagine ritenuti a rischio saranno ormai stati compiuti²²³.

Infine, ai sensi dell'art. 398, comma 1°, c.p.p., il giudice – entro due giorni dal deposito della prova della notifica e, comunque, dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 396, comma 1°, c.p.p. – disporrà con ordinanza l'accoglimento, l'inammissibilità o il rigetto della richiesta di incidente probatorio, dandone in

²²⁰ E. LUPO, *L'incidente probatorio, incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale*, in *Quad. CSM*, vol. II, n. 28, 1989, pag. 216.

²²¹ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 250.

²²² S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 233.

²²³ E. LUPO, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 216

questi ultimi due casi immediata comunicazione al pubblico ministero e notificandola alle persone interessate. La valutazione del giudice circa l'ammissibilità e la fondatezza della richiesta concerne, per il primo giudizio, l'ossequio dei criteri previsti dall'art. 393, commi 1° e 2° c.p.p. – ovvero i requisiti temporali e contenutistici indicati nella normativa codicistica per richiesta stessa – mentre, con riferimento al parametro della fondatezza, la sussistenza nel caso di specie dei presupposti sostanziali richiesti per l'incidente probatorio²²⁴. Il giudice delle indagini preliminari, inoltre, dovrà attenersi in tale giudizio alle disposizioni generali in materia di ammissibilità delle prove, escludendo – ai sensi dell'art. 190 c.p.p. – «le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti» e valutando, in base al presupposto della tassatività dei casi in cui è ammesso ricorrere alla procedura *de qua*, se la richiesta concerne un mezzo di prova normativamente previsto.

Con l'ordinanza che accoglie la richiesta di incidente, il giudice, secondo quanto disposto dal comma 2°, lett. a), b) e c) dell'art. 398 c.p.p., darà indicazione: dell'oggetto della prova, nei limiti della richiesta e delle deduzioni presentate, delle persone interessate alla sua assunzione e della data dell'udienza, la quale dovrà necessariamente tenersi entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento. In aggiunta, sulla base della previsione di cui all'art. 124 disp. att. c.p.p., il giudice, con l'ordinanza di accoglimento della richiesta di incidente, dispone la citazione delle persone che devono essere presenti all'udienza di assunzione della prova e, nel caso in cui si debba procedersi ad una perizia, provvede alla nomina del perito. L'art. 398, comma 3° c.p.p. prevede poi che, nel termine di almeno due giorni prima della data dell'udienza e su iniziativa del giudice delle indagini, deve essere notificato l'avviso riportante l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui si svolgerà la procedura incidentale all'indagato, alla persona offesa dal reato e ai difensori, ed è comunicato al pubblico ministero entro lo stesso termine. La *ratio* della disposizione anzidetta è quella di permettere la partecipazione dei soggetti all'udienza, necessaria quindi tanto per il difensore della persona sottoposta alle

²²⁴ M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit., pag. 353.

indagini, che per la pubblica accusa²²⁵. Oltretutto, l'art. 4 comma 2° della l. 7 agosto 1997, n. 267 ha ulteriormente esteso il contenuto del comma 3° dell'art. 398 c.p.p., inserendo la previsione sulla base della quale l'avviso deve essere accompagnato dall'avvertimento che le parti possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni rese in precedenza al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria dalla persona da esaminare, nel termine di due giorni antecedenti l'udienza di assunzione della prova. Relativamente a ciò, in dottrina è stato osservato che, nel caso in cui l'incidente probatorio venga richiesto e disposto durante la fase dell'udienza preliminare, la relativa ordinanza, se pronunciata fuori udienza, deve essere notificata a tutte le parti formalmente costituite e legittimate a partecipare alla procedura incidentale, comprese la parte civile, il responsabile civile ed il civilmente obbligato per la pena pecuniaria²²⁶. Nel caso in cui debba procedersi a più incidenti probatori, questi – a norma del comma 4° dell'art. 398 c.p.p. – sono assegnati alla medesima udienza, sempre che non ne derivi un ritardo nella trattazione. Invece, ove ricorrano ragioni d'urgenza e l'udienza di incidente probatorio non possa essere svolta nella circoscrizione del giudice competente, quest'ultimo potrà – ai sensi dell'art. 398, comma 5° c.p.p. – delegare il giudice per le indagini preliminari del luogo dove la prova deve essere assunta.

Merita di essere segnalata, oltretutto, la normativa dei provvedimenti da assumere in situazioni di urgenza. La disciplina dell'incidente probatorio richiede – essenzialmente – lo svolgimento dalla procedura in maniera celere e secondo termini temporali cadenzati; tuttavia, il legislatore processuale – ove si presenti una situazione d'urgenza per l'acquisizione della prova – ha riconosciuto al giudice delle indagini il potere di disporre, con decreto motivato, l'abbreviazione «nella misura necessaria» dei termini di cui agli artt. 396, comma 1°, 397, comma 1° e 398, comma 3° c.p.p., ai sensi dell'art. 400 c.p.p. I termini che possono oggetto di riduzione concernono la presentazione delle deduzioni sulla richiesta di incidente probatorio, l'istanza di differimento e la

²²⁵ S. SAU, *Sub art. 398, Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Giuffrè, 2010, pag. 4926.

²²⁶ S. SAU, *Sub art. 398*, cit., pag. 4926.

notifica alle persone interessate dell'avviso riportante l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo di svolgimento dell'udienza incidentale. Il provvedimento di abbreviazione dei termini ha carattere obbligatorio, pertanto, deve essere adottato d'ufficio dal giudice nel caso in cui possa prevenire che il decorso dei termini ordinari comprometta l'acquisizione della prova²²⁷. Dalla normativa ora analizzata è possibile evincere un ampio potere discrezionale in capo al giudice delle indagini; in ogni caso, deve comunque ritenersi che lo stesso debba garantire alle parti un tempo minimo necessario per poter comparire all'udienza di assunzione della prova.

2. segue: La presentazione della richiesta di incidente probatorio nell'udienza preliminare

Come in precedenza affermato, la Corte costituzionale – con la pronuncia del 1994²²⁸ – ha esteso la possibilità di richiedere l'attivazione dell'incidente probatorio anche nella fase dell'udienza preliminare; ciò ha comportato la configurazione di due ambiti in cui l'istituto *de quo* può operare, pur risultandone due procedimenti diversi sia per natura, che per finalità, essendo che le indagini preliminari e l'udienza preliminare sono due fasi distinte del processo, disciplinate ognuna dalle proprie regole²²⁹. In proposito, un parte della dottrina ha osservato che la sentenza della corte ha riconosciuto la possibilità di presentare istanza di incidente probatorio nell'udienza preliminare finché essa non venga a concludersi con una decisione di rinvio a giudizio dell'imputato ovvero di non luogo a procedere²³⁰. Secondo un altro filone, invece, tale istanza deve considerarsi proponibile fino ai soli atti introduttivi dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 419 c.p.p.²³¹ In aggiunta, lo svolgimento

²²⁷ P. L. VIGNA, *Sub art. 400 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, IV, Giappichelli, 1990, pag. 498; v. anche P. RENON, *Sub art. 400 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2005, pag. 1370

²²⁸ Corte cost. 10 marzo 1994, n. 77

²²⁹ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 135:

²³⁰ U. PIERRO, *Incidente probatorio e udienza preliminare*, in *Annali dell'Istituto di diritto e procedura penale dell'Università di Salerno*, 1995, pag. 158.

²³¹ U. PIERRO, *Incidente probatorio e udienza preliminare*, cit. *ibidem*.

dell'incidente probatorio nella fase processuale in commento presenta una serie di problematiche attuative, dalle quali è scaturita la decisione dell'orientamento maggioritario della dottrina a ritenere che, durante lo svolgimento della procedura incidentale, il giudice debba sospendere l'udienza preliminare stessa, al fine di garantire un rapporto coerente tra i due istituti e salvaguardare il principio di economia processuale, consentendo alle parti di fare scelte difensive opportune, con specifico riferimento all'opzione per il ricorso a riti alternativi²³². Invece, in antitesi con la corrente interpretativa anzidetta si è posta la giurisprudenza di legittimità, la quale ha riconosciuto al giudice dell'udienza preliminare la possibilità di emettere un provvedimento con il quale disporre la prosecuzione dell'udienza stessa anche nel caso in cui sia pendente un incidente probatorio, in quanto le due udienze – preliminare e incidentale – avrebbero percorsi distinti; lo svolgimento dell'incidente probatorio, infatti, non dilaterrebbe la fase dell'udienza preliminare, né precluderebbe l'accesso ai riti alternativi²³³.

Ulteriori problemi interpretativi insorgono nel caso in cui l'incidente probatorio debba essere svolto – durante la fase dell'udienza preliminare – per casi previsti dal comma 1° lett. *c* e *d*, dell'art. 392 c.p.p., dunque, per l'esame dell'imputato e delle persone previste all'art. 210 c.p.p. e nel caso di cui al comma 1-*bis* dell'articolo medesimo, ossia la testimonianza del minore infradiciottenne e della persona offesa maggiorenne in stato di particolare vulnerabilità. In particolar modo, secondo alcuni studiosi, in tali evenienze l'istituto opererebbe – come nella fase delle indagini preliminari – in assenza dei requisiti richiesti per le altre fattispecie codicistiche nelle quali è possibile richiedere l'attivazione del meccanismo *de quo*, ossia l'infermità o altro grave impedimento ovvero la violenza, la minaccia, l'offerta o la promessa di denaro o di altra utilità affinché il dichiarante si rifiuti di rendere la testimonianza o

²³² F. VERGINE, *Incidente probatorio e udienza preliminare tra autonomia e interferenze*, in *Dir. proc. pen.*, 2007, pag. 1500.

²³³ Cass., sez. II, 15 febbraio 2007, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 2031; Cass., sez. IV, 1° marzo 1999, Ferruzzi, in *Cass. pen.*, 2000, III, pag. 128

deponga il falso, previsti dall'art. 392, comma 1°, lett. *a* e *b* c.p.p.²³⁴; ad opinione di altri invece, sarebbe necessaria la sussistenza dei presupposti anzidetti²³⁵.

Un'altra questione da prendere in considerazione è quella concernente l'art. 418 c.p.p., con riferimento ai tempi di fissazione dell'udienza preliminare. La disposizione in esame, infatti, prevede che l'udienza preliminare debba essere fissata dal giudice entro cinque giorni dalla richiesta del pubblico ministero *ex art. 416 c.p.p.*, con l'ulteriore prescrizione, ai sensi del suo comma 2°, che tra il deposito della richiesta da parte del pubblico ministero e la data dell'udienza non possa intercorrere un termine superiore – nel massimo – a trenta giorni.

A tal proposito, la dottrina si è interrogata se l'incidente probatorio possa essere richiesto in questa specifica finestra temporale, ma ne sono risultate interpretazioni non unanimi. Infatti, per alcuni la richiesta è da considerare ammissibile solo se proposta dopo che sia stato notificato alle parti il decreto di fissazione dell'udienza preliminare e se la procedura sarà svolta all'interno della stessa udienza²³⁶; secondo un'altra parte della dottrina, invece, la richiesta di incidente probatorio può essere presentata anche prima che sia fissata l'udienza preliminare e, quindi, il giudice dovrebbe provvedervi con un'udienza specifica²³⁷; ad opinione di altri ancora, in presenza di un rischio di dispersione della prova per il quale è necessario svolgere la procedura incidentale, il giudice dell'udienza preliminare dovrebbe subito attuare l'incidente probatorio, ovvero fissare una specifica udienza in camera di consiglio per assumere anticipatamente la prova²³⁸.

In virtù di quanto sopra esposto, sarebbe auspicabile un intervento legislativo di riforma, volto a dare maggiore coerenza e coordinazione della disciplina dell'incidente probatorio – propria della fase delle indagini preliminari – con quella dell'udienza preliminare.

²³⁴ L. CUOMO – F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, Giappichelli, 2007, pag. 71-72.

²³⁵ G. ABRUZZESE, *Limiti cronologici all'esperibilità dell'incidente probatorio*, in *Giur. di merito*, 2003, pag. 738.

²³⁶ M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove norme per l'assunzione anticipata della prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, a cura di DALIA – FERRAIOLI Giuffrè, 1998, pag. 29.

²³⁷ P. DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 98 v. anche P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 160

²³⁸ B. NACAR, *Una nuova lettura dell'incidente probatorio*, in *Giur. It.*, 2002, pag. 829.

3. Le problematiche concernenti il rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale da parte del giudice per le indagini

Secondo quanto stabilito da un orientamento costante e consolidato della giurisprudenza di legittimità²³⁹, l'ordinanza con la quale il giudice delle indagini preliminari accoglie, dichiara inammissibile ovvero rigetta la richiesta di incidente probatorio non sarebbe da considerare suscettibile d'impugnazione.

Al riguardo, la ragione fondante il ragionamento della Suprema Corte si rinviene nel principio della tassatività dei mezzi di impugnazioni, ai sensi dell'art. 568, comma 1° c.p.p., secondo il quale non è da ritenere ammissibile alcuna impugnazione che si ponga al di fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge²⁴⁰. Inoltre, la natura propria dell'incidente probatorio – basata su esigenze di speditezza e celerità processuale – mal si concilierebbe con i tempi necessari per lo svolgimento di un giudizio d'impugnazione. In ogni caso, è fatta salva la possibilità per il soggetto richiedente di rinnovare la richiesta di assunzione anticipata della prova eventualmente rigettata o dichiarata inammissibile, finché non siano scaduti i termini riportati nell'art. 393, comma 1° c.p.p.

Relativamente al quadro normativo di tutela del dichiarante vulnerabile, delineato dalla procedura *ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p.*, la criticità più importante ha da sempre riguardato l'eventualità che il giudice per le indagini rigetti la richiesta di accesso alla procedura incidentale. In proposito, come sopra osservato, l'ordinanza di rigetto pronunciata dal giudice in relazione alla richiesta di procedere all'assunzione anticipata della testimonianza di un soggetto vulnerabile in sede di incidente probatorio speciale – così come la richiesta di accesso alla procedura ordinaria – è stata fermamente ritenuta inoppugnabile da parte della Corte di Cassazione, non essendo rinvenibili alcun tipo di rimedi giudiziali nel dettato codicistico. Tuttavia, non sono mancati degli sforzi da parte della stessa giurisprudenza di legittimità affinché si potesse porre rimedio all'assenza di mezzi di impugnazione del provvedimento di rigetto

²³⁹ Cass. sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, in *CED Cassazione*, n. 255448.

²⁴⁰ S. SAU, *Sub art. 398*, cit., pag. 4928.

anzidetto, in particolar modo ricorrendo all'impiego della categoria giuridica dell'abnormità degli atti processuali²⁴¹. In tal senso, infatti, si era pronunciata nel 2019 la Suprema Corte²⁴² in relazione ad una vicenda giudiziaria avente ad oggetto l'accertamento di un reato di violenza sessuale *ex art. 609-bis c.p.*, perpetrato ai danni di una giovane donna – all'epoca dei fatti ancora minorenni, ma che al momento dell'istanza sarebbe a breve diventata maggiorenne – e che per l'audizione della quale il pubblico ministero del Tribunale di Tivoli, durante lo svolgimento delle indagini, avanzava istanza di incidente probatorio speciale. Tuttavia, alla presentazione della richiesta seguì l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari che ne decretava il rigetto, con la motivazione che, nel caso di specie, non si ravvisava alcuna ragione d'urgenza per la quale l'assunzione della relativa deposizione testimoniale non potesse attendere la fase del dibattimento. Contro l'ordinanza di rigetto del giudice venne proposto ricorso per Cassazione da parte del Procuratore della Repubblica, il quale eccepì in via principale l'abnormità del provvedimento e chiedendone, dunque, l'annullamento. Inoltre, in via subordinata, veniva richiesto che si sollevasse questione di legittimità costituzionale degli artt. 392 comma 1-*bis* e 398 c.p.p., nella parte in cui gli stessi non prevedevano la ricorribilità per Cassazione per violazione di legge dell'ordinanza del giudice rigettante la richiesta di incidente probatorio speciale, adducendone la contrarietà all'art. 117, comma 1°, Cost., il quale dispone l'obbligo per il legislatore nazionale di adeguare la normativa interna ai vincoli assunti in sede internazionale e, nel caso di specie, alle Convenzioni a tutela delle vittime aventi come obiettivo la prevenzione dei pericoli di vittimizzazione secondaria e ripetuta²⁴³. In particolar modo, veniva evidenziato dal ricorrente che in forza di tali obblighi internazionali²⁴⁴ e,

²⁴¹ N. PASCUCCI, *La testimonianza del minorenni nel processo penale*, in *Giur. It.*, n. 11., 2020, pag. 258 ss.

²⁴² Cass. sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, in *CED Cassazione* n. 277686 e Cass. sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, in *CED Cassazione* n. 277756.

²⁴³ A. SORGATO, *Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio*, giurisprudenza commentata del 28 ottobre 2019, in *Il Penalista*.

²⁴⁴ Il riferimento è agli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con la l. 27 maggio 1991, n. 176), agli artt. 13, 14 e 31 della Convenzione di Lanzarote

soprattutto, in relazione al delitto di violenza sessuale *ex art. 609-bis*, l'art. 392 comma 1-*bis* consenta sempre e comunque di procedere all'assunzione della testimonianza della persona offesa minorenni – avendo come riferimento temporale il momento della commissione del delitto – o del maggiorenne vulnerabile in sede di incidente probatorio, a prescindere dalla riscontrabilità nel caso concreto delle ipotesi di non rinviabilità della prova di cui al comma 1° della disposizione stessa, poiché la sussistenza di una situazione di urgenza tale da non consentire la procrastinazione dell'acquisizione probatoria nei casi anzidetti è presunta. Per tale ragione, il pubblico ministero reputava sussistente nella situazione in esame un vero e proprio obbligo per il giudice per le indagini preliminari di accogliere la propria istanza. Inoltre, veniva addotto come motivo di doglianza anche la motivazione del provvedimento, nella quale non veniva argomentata la non rilevazione dei presupposti d'urgenza di cui al comma 1° dell'art. 392 c.p.p. e, pertanto, considerata dalla pubblica accusa come meramente apparente. Conseguentemente, l'ordinanza di rigetto della richiesta era da considerarsi viziata da abnormità funzionale per carenza di potere in concreto del giudice²⁴⁵. Infatti, il giudice per le indagini preliminari, riferendosi nella motivazione ad una norma errata, ovvero all'art. 392 comma 1° c.p.p. – rispetto alla quale non rinveniva i motivi d'urgenza che giustificassero l'assunzione anticipata della testimonianza – anziché all'art. 392 comma 1-*bis*, legittimante la richiesta del pubblico ministero (i cui presupposti d'applicazione, quali la vulnerabilità e la tipologia del reato oggetto del procedimento, non erano stati neanche menzionati dal giudice), ha disapplicato una regola generale di assunzione della prova derivante da obblighi internazionali che lo Stato è tenuto ad osservare, senza alcuna argomentazione valida. Ciò rappresenta uno sviamento del potere giurisdizionale e quindi, sulla base di consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, il provvedimento di rigetto è stato ritenuto strutturalmente abnorme. Pertanto, a fronte di quanto rilevato, la Suprema Corte provvedeva ad annullare senza rinvio il provvedimento

(l. 10 ottobre 2012, n. 172), agli artt. 12, 18, 20 e 22 della Direttiva 2012/29/UE e agli artt. 18, 26, 49 e 52 della Convenzione di Istanbul (l. 27 giugno 2013, n. 77).

²⁴⁵ A. M. CIAVOLA, *La testimonianza del minorenni vittima di violenza sessuale in sede di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, 9, p. 3275.

impugnato. Le problematiche che la sentenza in esame ha affrontato sono due: la prima riguarda la *vexata quaestio* se la decisione del giudice per le indagini preliminari, in relazione alla richiesta di incidente probatorio speciale, sia assoggettabile o meno al vaglio di legittimità da parte della Corte di Cassazione; la seconda, concerne il riconoscimento in capo al giudice medesimo di un potere di valutazione discrezionale in relazione alla richiesta di procedere all'assunzione incidentale della testimonianza²⁴⁶. Con riguardo alla prima questione, la Suprema corte non ha reputato opportuno seguire l'oramai consolidato orientamento che poggia sul principio della tassatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 568, comma 1°, c.p.p. e per il quale sarebbe stato inammissibile il ricorso *de quo*. Tale orientamento – seppur condiviso dal collegio – è stato valutato non confacente al caso di specie e, pertanto, la Corte ha ritenuto di doversene discostare. I motivi di tale scostamento sono da rintracciare nella *ratio* di tutela sottesa a tutti gli interventi in favore della vittima vulnerabile, i quali hanno il precipuo scopo di prevenire e scongiurare il pericolo di vittimizzazione secondaria e ripetuta. Per quanto concerne, invece, la seconda questione risolta dalla Corte, il necessario richiamo alle “ragioni d’urgenza” – la cui presunta assenza ha indotto il giudice per le indagini preliminari, nella vicenda analizzata, a non ritenere opportuna l’acquisizione della testimonianza della giovane donna in sede di incidente probatorio – è stato giudicato fallace, poiché l’urgenza e la non rinviabilità dell’atto da assumere si riferirebbero soltanto ai casi contemplati dal comma 1° dell’art. 392 c.p.p., e non anche al comma 1-*bis*, che, oltretutto, contempla nella sua elencazione tassativa la fattispecie delittuosa che era oggetto del procedimento. Per tale ragione, la Corte ha reputato non sussistente un potere discrezionale in capo al giudice nel decidere se accogliere o rigettare la richiesta di incidente probatorio in relazione alle ipotesi di cui al comma 1-*bis*, ma, al contrario, egli sarebbe tenuto ad accoglierla, una volta valutata la sussistenza dei presupposti di legittimazione ed applicabilità prescritti dalla norma. Inoltre, non deve trarre in inganno il tenore letterale della disposizione in analisi, in quanto essa non indica espressamente

²⁴⁶ A. SORGATO, *Abnorme l’ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza*, cit.

un obbligo in capo al giudice di disporre l'incidente probatorio nei casi di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. La norma, infatti, si limita ad esprimere quali sono le facoltà dei soggetti processuali dalla stessa indicati, ovvero di avanzare la richiesta di attivazione della procedura incidentale, alla quale corrisponde, parallelamente, il potere del giudice di decidere in merito all'accoglimento, al rigetto ovvero all'inammissibilità della richiesta, ai sensi dell'art. 398, comma 1°, c.p.p.²⁴⁷

Quindi, la sola valutazione che il giudice per le indagini sarebbe legittimato a compiere, a fronte di una richiesta di attivazione dell'incidente probatorio "speciale", è quella concernente la rinvenibilità nel caso di specie dei requisiti richiesti dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., ovvero, che la richiesta provenga da una delle parti processuali legittimate a presentarla – quali il pubblico ministero, anche su sollecito della persona offesa, e la persona sottoposta alle indagini – che il procedimento abbia ad oggetto uno dei reati inclusi nell'elenco del comma 1-*bis*, oppure che la persona offesa da reati diversi da questi si trovi in una condizione di particolare vulnerabilità e, infine, se la testimonianza di cui si richiede l'assunzione anticipata riguardi un minorenne (persona offesa o testimone) o una persona offesa maggiorenne. In tal senso si era espressa anche la Corte costituzionale²⁴⁸, la quale ha riconosciuto che l'incidente probatorio speciale è svincolato dall'ordinario presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento.

Ad ogni modo, è da segnalare una recente sentenza della Corte di Cassazione²⁴⁹, esprime un indirizzo antitetico rispetto a quello manifestato dalla pronuncia del 2019. La decisione anzidetta, infatti, ha enunciato il principio per il quale non è da considerare abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che rigetti la richiesta di incidente probatorio *ex art.* 392, comma 1-

²⁴⁷ A. SORGATO, *Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza* cit.

²⁴⁸ C. cost., 21 febbraio 2018, n. 92. Tuttavia, in senso diametralmente opposto rispetto a queste ultime si era pronunciata la Cassazione in una sentenza del 2018, nella quale ha riconosciuto la possibilità di esperire l'incidente probatorio speciale, per l'audizione dei minorenni vulnerabili, solo quando sussistano i presupposti previsti dal combinato disposto dell'art. 392, comma 1°, lett. *a* e *b* c.p.p. e del comma 1-*bis* dell'articolo medesimo. Cfr. Cass. sez. I, 17 ottobre 2018, n. 49963, in *Cass. pen.* 2020, 1, pag. 284.

²⁴⁹ Cass. sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, in *CED cassazione*, n. 280337-01.

bis, c.p.p., per l'assunzione della testimonianza della persona offesa minorenni, nei casi in cui venga rilevata la manifesta superfluità o irrilevanza della prova da assumere *ex art.* 190, comma 1°, c.p.p., poiché trattasi di un provvedimento che non comporta né la stasi del procedimento, né si pone fuori dal sistema processuale²⁵⁰. In via preliminare, i giudici di legittimità hanno osservato come, nella disciplina codicistica, non sia rintracciabile alcun obbligo per il giudice di ammettere l'incidente probatorio al fine di assumere la testimonianza di un soggetto vulnerabile, a norma del comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., senza prima valutare la fondatezza della richiesta sulla base degli ordinari criteri di ammissibilità e rilevanza della prova, indicati dall'art. 190, comma 1°, c.p.p. Secondo i giudici di legittimità, né l'art. 392, né l'art. 398 c.p.p. porrebbero dei limiti all'apprezzamento del giudice per le richieste di incidente probatorio speciale. In merito a ciò, è stato rilevato come, anche se la normativa nazionale e sovranazionale – in particolar modo l'art. 35 della Convenzione di Lanzarote – manifestino la necessità di procedere con particolari forme di assunzione della prova quando sia necessario sentire soggetti in condizione di vulnerabilità, al fine di evitare loro la vittimizzazione secondaria e preservarne la salute psicofisica, non è in alcun modo previsto un vero e proprio obbligo di procedere al loro esame escludendo qualsiasi considerazione in ordine alla rilevanza della prova stessa. D'altra parte, è stato rilevato che, seppur ammettendo che il giudice sia vincolato a concedere l'incidente probatorio, il provvedimento di rigetto della richiesta non potrebbe comunque ritenersi viziato da abnormità funzionale. Infatti, questo vizio – secondo il tradizionale orientamento interpretativo della Corte di Cassazione²⁵¹ – si configura allorché il provvedimento per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulta avulso dall'intero ordinamento processuale, oppure quando, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si esplica al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite. Nella sentenza in commento, viene considerato come il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio *ex art.* 392 c.p.p.

²⁵⁰ In linea di continuità con le sentenze: Cass. sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, in *CED cassazione*, n. 279604-01 e Cass. sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, in *CED cassazione*, n. 255483-01.

²⁵¹ Cass. sez. II, 21 ottobre 2014, n. 2484, in *CED cassazione*, n. 262275.

comma 1-*bis* sarebbe espressione tipica della previsione processuale individuata nell'art. 398, comma 1°, c.p.p., conseguentemente, il suo contenuto non si esplica al di fuori dei limiti previsti dalla legge processuale e, infine, non causa alcuna stasi del procedimento.

In conclusione, il provvedimento di rigetto del giudice non è impugnabile²⁵² e, in più, non potrebbe ritenersi affetto da abnormità qualora sostenuto da valutazioni attinenti all'irrelevanza e alla superfluità della prova che si richiede di assumere in sede di incidente probatorio speciale. La non impugnabilità del provvedimento di rigetto, osserva la Cassazione, è sostenuta dall'irreperibilità di indicazioni normative – anche sul piano sovranazionale – che facciano deporre in senso contrario. Difatti, tale conclusione risulta oltremodo conveniente nell'ottica di impedire differenze di trattamento in ordine ai rimedi esperibili per le varie tipologie di reati, oltre che per agevolare la velocità delle indagini preliminari e per preservare la natura eccezionale dell'istituto incidentale. Oltretutto, la presente statuizione è stata ulteriormente avvalorata da una recentissima pronuncia della Suprema Corte, ai sensi della quale il vizio della abnormità funzionale del provvedimento di rigetto – per carenza di potere in concreto dell'autorità che lo ha emanato – si configurerebbe nel caso in cui il giudice per le indagini «non esponga le cogenti ragioni che, nello specifico, prevalgono sulle esigenze di tutela della vittima e della genuinità della prova»²⁵³. In conclusione, è corretto affermare che il sindacato del giudice per le indagini preliminari, in ordine alla richiesta presentata dalle parti di acquisizione anticipata della prova attraverso l'istituto dell'incidente probatorio speciale, ricomprende sia la verifica della sussistenza dei presupposti applicativi previsti dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., che della non manifesta irrilevanza o superfluità della prova stessa da assumere ai sensi dell'art. 190, comma 1° c.p.p., anche se avente ad oggetto il contributo dichiarativo di un soggetto in stato di particolare vulnerabilità.

²⁵² A. CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2021, 3, pag. 792 ss.

²⁵³ Cass. sez. II, 24 marzo 2023, n. 29363, in *Cass. pen.*, 2024, 2, pag. 629.

4. La *discovery* integrale degli atti di indagine ex art. 393, comma 2-bis c.p.p.

Allorché si ricorra all'istituto dell'incidente probatorio speciale per acquisire anticipatamente una deposizione testimoniale che non può attendere la fase dibattimentale, nei procedimenti per reati contro la libertà sessuale e la dignità morale dei minorenni e delle vittime adulte, ovvero, per qualunque tipologia di reato nei casi di persone offese versanti in uno stato di particolare vulnerabilità, assume un'assoluta rilevanza la disposizione di cui all'art. 393, comma 2-bis, c.p.p. – introdotta dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 – la quale impone al pubblico ministero, al momento della presentazione della richiesta d'incidente ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p., di procedere al deposito di tutti gli atti d'indagine compiuti. A seguito del deposito, la suddetta documentazione verrà posta nella disponibilità della persona indagata e dei difensori delle parti, i quali a norma dell'art. 398, comma 3-bis, c.p.p. avranno diritto ad ottenerne copia prima dell'udienza di assunzione della prova. Si realizza, dunque, una vera e propria *discovery* degli atti investigativi raccolti dalla pubblica accusa, avente il precipuo scopo di espandere la piattaforma cognitiva a disposizione delle parti, allargando gli spazi del confronto dialettico²⁵⁴. L'intento perseguito dalla disposizione *de qua* è quello di compensare l'ampia deroga concernente il principio della formazione della prova in dibattimento attraverso il riequilibrio delle conoscenze tra accusa e difesa. Il fine normativo, quindi, è quello di far riacquistare terreno ad un contraddittorio pieno, anche perché in virtù dell'art. 190-bis c.p.p. solo nelle rare ipotesi indicate da tale norma la difesa sarà ammessa alla possibilità di contro-esaminare in sede dibattimentale lo stesso teste sentito in sede di incidente probatorio.

Ciononostante, avendo riguardo della formulazione letteraria dell'art. 393, comma 2-bis, c.p.p., appare indubbio che l'obbligo di deposito degli atti delle indagine sia correlato esclusivamente alla richiesta presentata dal pubblico ministero e non anche a quella dell'indagato²⁵⁵. Pertanto, nel caso di istanza

²⁵⁴C. CESARI, *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, 2015, pag. 174 ss.

²⁵⁵ C. CONTI, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di anni sedici*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 9, pag. 28. ritiene la disposizione priva di qualsiasi *ratio*

presentata dalla persona sottoposta alle indagini troverà applicazione la disciplina ordinaria, la quale prevede il deposito dei soli atti concernenti le dichiarazioni precedentemente rese dal dichiarante. Per altro verso, è stato osservato in dottrina che, se si dovesse ammettere che lo stesso onere di deposito integrale degli atti gravi anche sull'indagato e sul suo difensore, aumenterebbero i pregiudizi per la funzionalità dell'istituto *de quo* rispetto a quanto già comportato dall'anticipata *discovery*. Infatti, il pubblico ministero, pur di "non scoprire le carte", potrebbe essere indotto a rinunciare all'attivazione della procedura incidentale, mentre l'indagato e il suo difensore potrebbero servirsi strumentalmente dell'istituto per «scardinare ogni possibilità di programmazione di una strategia accusatoria»²⁵⁶.

Un'altra questione interpretativa che ha sollevato le perplessità della dottrina si è avuta con riferimento all'estensione oggettiva dell'obbligo di deposito degli atti investigativi, cioè, se da circoscrivere o meno alle sole fattispecie delittuose tassativamente previste dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. In merito a ciò, si è pronunciata la stessa Corte di legittimità²⁵⁷ che, dopo aver statuito sull'assenza della sanzione processuale della nullità in caso di mancato deposito degli atti di indagine in procedimenti per reati diversi da quelli indicati dalla norma, ha nuovamente affermato la propria posizione sancendo la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 392, 393 e 398, comma 3-*bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevedono – per i reati diversi da quelli indicati nel comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. – l'obbligo per il pubblico ministero di depositare preventivamente tutti i verbali delle investigazioni compiute²⁵⁸. Tuttavia, a fronte dei numerosi interventi di riforma legislativa sopracitati che hanno progressivamente esteso l'ambito di operatività dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., riconoscendone l'esperibilità anche per le vittime *tout court* che si trovino in una condizione di particolare vulnerabilità, è

accettabile e, conseguentemente, in palese contrasto con il principio generale per il quale – nonostante l'esigenza di assicurare le fonti di prova – gli atti di indagine sono disvelati solo alla chiusura della fase preliminare del giudizio.

²⁵⁶ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 224.

²⁵⁷ Cass. sez. VI, 11 marzo 2008, n. 23705, in *CED Cassazione*, n. 240321.

²⁵⁸ Cass. sez. VI, 26 settembre 2008, n. 40971, in *CED Cassazione*, n. 241625.

ora del tutto evidente che l'obbligo di deposito integrale degli atti debba valere anche al di fuori del catalogo di reati previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., quando occorra procedere all'assunzione della testimonianza dei soggetti anzidetti. Infatti, il rimando testuale operato dalla previsione di cui all'art. 393, comma 2-*bis*, c.p.p. alla casistica prevista per l'applicabilità dell'incidente probatorio speciale non pare lasciare alcun dubbio in proposito²⁵⁹.

Delle incertezze interpretative, scaturite dalla redazione poco accurata della norma, sorgono anche con riferimento all'individuazione del momento esatto in cui devono essere depositati i verbali delle indagini svolte.

Stando a quanto prescritto dalla lettera della legge, si dovrebbe dedurre che l'organo d'accusa sia tenuto a depositare il materiale investigativo contestualmente alla presentazione della richiesta di attivazione della procedura *ex art. 392*, comma 1-*bis*, c.p.p., dando luogo ad una immediata *discovery* non solo *pro judice* ma anche a favore della difesa. La previsione in esame, però, avrebbe un senso proprio qualora alla presentazione dell'istanza *de qua* fosse ricollegato un automatico accoglimento da parte del giudice, che per le ragioni già esaminate non risulta affatto incondizionato. Dunque, al fine di evitare una inutile rivelazione dei risultati delle indagini condotte dalla pubblica accusa, occorre ritenere che il materiale investigativo – depositato a norma dell'art. 393, comma 2-*bis*, c.p.p. – non sia immediatamente ostensibile dalla difesa, ma solo allorquando il giudice abbia disposto l'escussione anticipata del testimone vulnerabile. Il contenuto della disposizione in commento, inoltre, deve essere ricordato con la previsione di cui all'art. 398, comma 3° c.p.p., secondo la quale le parti sarebbero legittimate a prendere visione degli atti depositati «almeno due giorni prima dell'udienza». Oltretutto, è possibile constatare che la *discovery* integrale degli atti di indagine può assumere per l'indagato un concreto valore solo nel caso in cui l'incidente probatorio speciale venga attivato nella fase delle indagini preliminari. Se, al contrario, la procedura incidentale venisse instaurata nell'udienza preliminare, il deposito degli atti investigativi sarebbe già avvenuto a seguito della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari

²⁵⁹ F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, cit., pag. 310 ss.

ex art. 415-bis c.p.p. Questa esegesi si ritiene che soddisfi le due opposte esigenze di tutela che vengono in essere al momento della presentazione della richiesta d'incidente probatorio speciale, quali la tutela della difesa e la salvaguardia della segretezza delle indagini preliminari²⁶⁰.

Ulteriori dubbi, inoltre, insorgono nel caso in cui il pubblico ministero, al momento dell'accoglimento della richiesta d'incidente, non provveda a depositare gli atti di indagine compiuti. Infatti, nell'ipotesi di inosservanza dell'obbligo imposto dal comma *2-bis* dell'art. 393 c.p.p., la disciplina codicistica non prevede la sanzione dell'inammissibilità della richiesta, essendo che, nel caso di specie, il deposito del materiale investigativo non può che essere successivo all'ordinanza di accoglimento della richiesta medesima, emanata dal giudice delle indagini. In ogni caso, ciò non significa che l'omesso o parziale deposito degli atti di indagine resti privo di conseguenze. A tal riguardo, se esso si traduce in mancata conoscenza del materiale investigativo da parte dell'indagato o del suo difensore, verrà integrata una ipotesi di nullità di ordine generale *ex art. 178, comma 1°, lett. c, c.p.p.* a regime intermedio e, come tale, rilevabile anche d'ufficio, ma non più rilevabile o deducibile dopo la deliberazione della sentenza di primo grado²⁶¹. La presente statuizione, oltretutto, è stata recentemente confermata da una pronuncia della Suprema corte, secondo la quale l'ipotesi di nullità prescritta dall'art. 178, comma 1°, lett. *c, c.p.p.* in caso di violazione dell'obbligo di cui all'art. 393, comma *2-bis c.p.p.* si configurerebbe ogniqualvolta «gli atti di indagine non depositati abbiano un'obiettiva rilevanza rispetto all'oggetto della prova; qualora, invece l'omissione riguardi atti assolutamente irrilevanti, essa si traduce in una mera irregolarità eventualmente rilevante ai soli fini di cui all'art. 124 c.p.p., giacché, in tale ipotesi, non è in alcun modo limitato il diritto al contraddittorio in condizioni di parità delle armi rispetto al pubblico ministero»²⁶².

Come è stato possibile rilevare finora, le criticità della norma speciale di cui all'art. 393, comma *2-bis, c.p.p.* sono numerose. Tra di esse, merita di essere

²⁶⁰ C. CESARI, *Il minorente fonte di prova*, cit., pag. 177.

²⁶¹ Cass. sez. III, 10 dicembre 2013, n. 6624, in *CED Cassazione*, n. 384132.

²⁶² Cass. sez. III, 24 febbraio 2021, n.16673 in *Cass. pen.* 2021, 12, pag. 4054.

segnalata anche quella per la quale il giudice che decide sull'ammissibilità dell'incidente probatorio – e che, ai sensi dell'art. 498, comma 4° , c.p.p., sarà lo stesso che ascolterà il minore in udienza incidentale – avrà piena conoscenza del fascicolo del pubblico ministero. Di tutta evidenza è, quindi, la divergenza rispetto alla disciplina che regola la fase dibattimentale, palesandosi, al riguardo, una netta differenza di trattamento tra l'escussione del dichiarante debole in sede incidentale e quella ordinaria in dibattimento ²⁶³. Pertanto, non sarebbe da ritenere affatto superfluo – anche in questo caso – un intervento del legislatore che renda maggiormente coerente e razionale la disciplina codicistica di queste due fasi procedurali.

²⁶³ F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, cit., pag. 312 - 315.

CAPITOLO V

L'UDIENZA: L'AUDIZIONE "PROTETTA" E LE MISURE DI TUTELA COLLATERALI DEL DICHIARANTE VULNERABILE

SOMMARIO: 1. Partecipazione e poteri di intervento delle parti processuali. – 2. L'accertamento peritale sulla capacità testimoniale del dichiarante minorenni. – 3. Lo svolgimento della procedura: l'assunzione "protetta". – 4. *segue*: L'assistenza psicologica ed affettiva prevista in favore del minore dall'art. 609-*decies* c.p. – 5. La documentazione "rafforzata" del contributo probatorio. – 6. L'estensione dell'incidente probatorio.

1. Partecipazione e poteri di intervento delle parti processuali

Una volta ritenuta ammissibile l'attivazione della procedura incidentale *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p. per procedere all'assunzione della testimonianza della fonte di prova vulnerabile, il giudice per le indagini preliminari – ai sensi del comma 2°, lett. *a*, *b* e *c* dell'art. 398 c.p.p. – determinerà nell'ordinanza di accoglimento della richiesta: 1. l'oggetto della prova, nei limiti delle richieste e delle deduzioni presentate dalle parti. – 2. le persone interessate all'assunzione della prova. – 3. la data dell'udienza, tenendo conto che tra il provvedimento *de quo* e la data dell'udienza non potrà intercorrere un termine superiore a 10 giorni.

L'udienza – secondo quanto disposto dall'art. 401, comma 1° c.p.p. – si svolge seguendo la normativa prescritta per il rito camerale, ai sensi dell'art. 127 c.p.p., mentre le prove richieste sono assunte e documentate con le forme previste per il dibattimento, a norma degli artt. 496-515 c.p.p.

Nel corso dell'udienza per l'assunzione della prova mediante incidente probatorio, si configura un vero e proprio litisconsorzio necessario ai fini dell'utilizzabilità dell'atto in giudizio. L'art. 401, comma 1°, c.p.p. individua come essenziale, ai fini della validità dell'acquisizione probatoria, la presenza del pubblico ministero e del difensore della persona sottoposta alle indagini; in particolar modo, l'eventuale assenza di quest'ultimo determinerà una nullità di carattere assoluto *ex art.* 179 c.p.p.; diversamente, l'assenza del pubblico

ministero darà luogo ad una nullità di tipo intermedio, prevista dall'art. 178, comma 1°, lett. b) c.p.p.²⁶⁴

In conformità con il principio della necessità dell'assistenza tecnica, nonché al fine di prevenire eventuali condotte ostruzionistiche, il comma 2° della citata disposizione prevede che, in caso di mancata comparizione del difensore della persona sottoposta alle indagini, il giudice provvederà alla nomina di un suo sostituto – sia esso difensore di fiducia ovvero d'ufficio – immediatamente reperibile, ai sensi dell'art. 97, comma 4°, c.p.p. Per procedere alla sostituzione, è necessaria la comunicazione di apposito avviso al difensore non comparso; in difetto, si verrebbe a configurare una nullità di tipo assoluto.²⁶⁵ Invece, nel caso in cui il difensore dell'indagato sia assente per un impedimento legittimo, l'ordinamento maggioritario della dottrina stenta a riconoscere la sussistenza di un obbligo di rinvio dell'udienza di incidente probatorio, in relazione soprattutto all'esigenza di non compromettere l'acquisizione anticipata del materiale probatorio²⁶⁶. A tale orientamento, tuttavia, si contrappone la posizione di coloro i quali ritengono ammissibile il differimento dell'udienza in caso di legittimo impedimento del difensore, poiché ciò non necessariamente pregiudicherebbe l'assunzione della prova. In proposito, infatti, il legislatore ha previsto espressamente la possibilità di differimento dell'udienza incidentale – su richiesta del pubblico ministero – nell'art. 397 c.p.p., nonché in caso di estensione dell'incidente probatorio a norma dell'art. 402 c.p.p.; circostanze che suggeriscono, dunque, l'assenza di un'incompatibilità tra l'urgenza di procedere con l'incidente probatorio e un eventuale rinvio dell'udienza.²⁶⁷

In linea con tale orientamento, risulta possibile affermare – anche in virtù del rinvio operato dall'art. 401, comma 5°, c.p.p. in merito all'applicabilità delle disposizioni previste per la fase dibattimentale – che per l'udienza di incidente

²⁶⁴ G. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, cit., pag. 12; G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 295

²⁶⁵ O. DOMINIONI, voce *Nullità*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. AMODIO – O. DOMINIONI, Giuffrè, 1989, pag. 282.

²⁶⁶ A. MOLARI, *L'incidente probatorio*, in *L'Indice penale*, 1989, pag. 579 ss.

²⁶⁷ C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, UTET, 2000, pag. 266 ss.

probatorio debba ritenersi ammissibile il differimento nel caso di legittimo impedimento del difensore della persona sottoposta alle indagini.

Tale interpretazione è stata ulteriormente rimarcata dalla legge 16 dicembre 1999, n. 66, la quale – introducendo l'art. 420-*ter*, comma 5°, c.p.p. – ha esteso il regime del legittimo impedimento del difensore previsto per il dibattimento anche alla fase dell'udienza preliminare. Analogamente, lo stesso principio trova applicazione per la procedura incidentale nella fase delle indagini preliminari, poiché una diversa interpretazione potrebbe dar luogo a una dichiarazione di illegittimità costituzionale per manifesta irragionevolezza²⁶⁸.

Differente, invece, è la posizione della persona offesa dal reato, il cui difensore ha il solo diritto di assistere all'udienza di assunzione della prova, senza però considerarsi necessaria la sua presenza²⁶⁹. Nel caso in cui quest'ultimo non si presenti, l'udienza si svolgerà ugualmente, non essendo rilevabile nel dettato codicistico un obbligo per il giudice procedente di nominare un difensore d'ufficio anche per l'offeso dal reato²⁷⁰. Occorre, inoltre, evidenziare che l'omessa o invalida notificazione dell'avviso dell'udienza alla persona offesa e al suo difensore non comporta alcuna nullità.

In base a quanto stabilito dal comma 3° dell'art. 401 c.p.p., sia la persona sottoposta alle indagini, che la persona offesa dal reato hanno il diritto di partecipare personalmente alla procedura incidentale «quando si deve esaminare un testimone o un'altra persona». Tale diritto si estende non solo all'esame dei testimoni, ma anche all'esame dell'indagato su fatti e circostanze riguardanti la responsabilità di terzi, nonché all'esame degli imputati di reati connessi o collegati.²⁷¹ Invece, nei casi si debba procedere all'acquisizione di prove diverse da quelle dichiarative, la persona offesa e l'indagato potranno presenziare alla

²⁶⁸ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 256

²⁶⁹ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 341;

²⁷⁰ A. MOLARI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 357; v. però G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 329, secondo il quale, nel caso in cui l'assunzione anticipata della prova sia stata richiesta ex art. 391-*bis* comma 11°, sarebbe da considerarsi necessaria la presenza del difensore dell'offeso dal reato.

²⁷¹ L. CUOMO – F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 129; A. ROSSI, *La persona offesa dal reato e gli enti esponenziali*, in *Quad. CSM*, 1989, pag. 10.

formazione dell'atto probatorio solamente previa autorizzazione del giudice²⁷², il quale valuterà, relativamente alle circostanze del caso concreto, se la loro presenza risponde o meno ad un'effettiva necessità difensiva²⁷³. A tal riguardo, nonostante non sia riscontrabile in tal senso una esplicita prescrizione normativa, la dottrina ritiene sussistente un obbligo per il giudice di motivare adeguatamente la propria decisione e, oltretutto, la possibilità per quest'ultimo di disporre – nel provvedimento autorizzatorio – la partecipazione di tali soggetti all'intera fase di assunzione della prova ovvero soltanto ad una parte di essa, indicando anche le eventuali cautele da porre in essere nell'eventualità in cui l'indagato sia detenuto o sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari²⁷⁴.

La subordinazione della facoltà – per la persona sottoposta alle indagini e per la persona offesa – di partecipare all'udienza incidentale ad una valutazione discrezionale e insindacabile del giudice ha sollevato numerose perplessità sotto il profilo della legittimità costituzionale. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione, affermando che la partecipazione di tali soggetti è subordinata alla sussistenza di un loro interesse “concreto e attuale”²⁷⁵. In merito a ciò, si è anche espressa la dottrina, affermando che non può escludersi la necessità di un interesse dell'indagato e della persona offesa alla partecipazione all'udienza incidentale, specialmente nell'evenienza in cui si debbano svolgere attività di carattere tecnico e scientifico²⁷⁶. In aggiunta, secondo alcuni orientamenti interpretativi, l'autorizzazione del giudice per la partecipazione dell'indagato all'udienza, prevista dal comma 3° dell'art. 401 c.p.p., non risulterebbe necessaria qualora l'incidente probatorio debba essere svolto durante la fase dell'udienza preliminare. Ciò in quanto l'art. 420 c.p.p., così come modificato dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, riconosce in via generale il diritto dell'imputato a

²⁷² E. AMODIO, voce *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, a cura di AMODIO – DOMINIONI, Giuffrè, 1989, pag. 539.

²⁷³ G. CHIARIELLO, *Incidente probatorio e limiti all'intervento ed alla partecipazione dell'indagato e dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 1853.

²⁷⁴ P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 232.

²⁷⁵ Cass. sez. I, 25 giugno 1999, n. 10795 in *Cass. pen.* 2000, pag. 2021.

²⁷⁶ G. CHIARIELLO, *Incidente probatorio*, cit., pag. 1853; v. anche S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 261.

partecipare liberamente all'udienza *de qua*, senza richiedersi alcuna valutazione o autorizzazione giudiziale sulla sua opportunità²⁷⁷.

Con riferimento alla persona sottoposta a indagini, la dottrina prevalente ritiene che un suo impedimento a partecipare all'udienza non implichi il rinvio della stessa. Tale conclusione è desumibile dal dettato normativo dell'art. 127, comma 4°, c.p.p., il quale contempla la possibilità di rinvio nel solo caso in cui l'indagato abbia espresso la volontà di essere ascoltato personalmente in udienza ma sia legittimamente impedito a parteciparvi; non potrebbe richiedersi il rinvio, invece, per la mera presenza fisica in udienza. Analogamente, il rinvio dell'udienza sarà disposto qualora l'incidente probatorio sia stato richiesto per acquisire un atto per il quale è necessaria la presenza della persona sottoposta a indagini, successivamente impossibilitata a comparire; infatti, ai sensi dell'art. 399 c.p.p., è escluso l'obbligo del giudice delle indagini di disporre l'accompagnamento coattivo nel caso in cui l'indagato adduca la sopravvenienza di una causa di impedimento legittimo a comparire nell'udienza di assunzione anticipata della prova²⁷⁸.

Anche se il dato legislativo pone un'equiparazione tra la posizione della persona sottoposta alle indagini e quella della persona lesa dal reato, in merito alla possibilità di intervento durante lo svolgimento dell'udienza incidentale, analoga simmetria non si rinviene con riferimento alle sanzioni processuali derivanti dalla lesione di tale diritto. Infatti, l'assenza dell'indagato dovuta ad un vizio nella notificazione degli avvisi da luogo ad una nullità a regime intermedio *ex artt.* 178 comma 1° lett. c) e 180 c.p.p.²⁷⁹ Per l'omessa partecipazione della persona offesa, invece, non potrebbe essere applicato l'art. 178 c.p.p., poiché lo stesso specifica che nella sfera degli interessi di tale soggetto rientrerebbe la sola "omessa citazione a giudizio", non riferibile, dunque, all'avviso dell'udienza incidentale. Non sarebbe possibile neanche un'applicazione analogica della

²⁷⁷ P. DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 159; v. anche L. CUOMO – F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 135

²⁷⁸ C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 266.

²⁷⁹ G. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, cit., pag. 187; v. anche P. RENON, *Sub art. 401 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2005, pag. 1375.

normativa valevole per l'indagato, essendovi il principio della tassatività delle invalidità processuali²⁸⁰.

Una diversa considerazione deve riconoscersi al caso in cui l'incidente probatorio venga richiesto durante la fase dell'udienza preliminare.

In tale evenienza, secondo quanto statuito dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza di merito, il danneggiato che si sia costituito parte civile diviene titolare altresì di una autonoma legittimazione alla presentazione della richiesta di incidente probatorio²⁸¹. Conseguentemente, è possibile affermare che lo stesso possa partecipare all'udienza incidentale, ai sensi dell'art. 401 c.p.p., per assumere la prova richiesta da altri, sia personalmente, sia attraverso il suo difensore²⁸².

L'art. 401, comma 6°, c.p.p. stabilisce specifici divieti in materia di estensione e verbalizzazione, fondati sulla necessaria correlazione tra la partecipazione all'incidente probatorio dei soggetti interessati all'assunzione della prova e la successiva utilizzabilità della stessa nei loro confronti, durante la fase dibattimentale. Infatti, eccetto i casi di estensione previsti dall'art. 402 c.p.p., la norma vieta l'acquisizione anticipata della prova relativamente a fatti concernenti persone diverse da quelle i cui difensori abbiano preso parte all'udienza. Il presente divieto è ulteriormente rafforzato dalla previsione che impedisce la verbalizzazione delle dichiarazioni riferibili a tali soggetti²⁸³.

A tal riguardo, sono state formulate due interpretazioni distinte della presente disposizione. Una parte della dottrina, fondando le proprie considerazioni su di una interpretazione letterale della norma, ritiene che il divieto in esame si vada a configurare nel momento in cui vengano esposti fatti inerenti ad altre persone e autonomi rispetto all'oggetto della prova che deve essere assunta con la procedura incidentale²⁸⁴; quindi, l'art. 401, comma 6° c.p.p. troverebbe applicazione solamente con riguardo a fatti caratterizzati da una "intrinseca novità" rispetto al *thema probandum* indicato nell'ordinanza di accoglimento

²⁸⁰ M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit., pag. 356; O. DOMINIONI, *Nullità*, cit., pag. 289.

²⁸¹ L. CUOMO – F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 74 e 135

²⁸² P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 238

²⁸³ S. SAU, *Sub art. 401, Incidente probatorio*, cit., pag. 4945.

²⁸⁴ G. PAOLOZZI, *L'incidente probatorio*, in *La Giustizia penale*, 1990, pag. 11.

della richiesta di incidente probatorio. Secondo un altro filone dottrinale, favorevole invece ad un'interpretazione estensiva della norma *de qua*, il divieto di estensione dovrebbe applicarsi anche con riferimento a fatti non autonomi rispetto a quelli oggetto della prova ma comunque coinvolgenti persone estranee all'incidente probatorio²⁸⁵, poiché una diversa soluzione violerebbe le regole d'intervento e del contraddittorio²⁸⁶.

Con riguardo al divieto di verbalizzazione delle dichiarazioni concernenti le persone non presenti all'udienza di incidente probatorio, si ritiene che quest'ultimo debba trovare applicazione anche per le dichiarazioni rese occasionalmente durante lo svolgimento di un esame, ove esse implicino l'attribuzione di fatti che comportano l'assunzione di responsabilità penale²⁸⁷. Diversamente, potranno invece essere liberamente acquisite e verbalizzate le prove inerenti a comportamenti irrilevanti, riferiti a persone estranee alle sorti del procedimento.

2. L'accertamento peritale sulla capacità testimoniale del dichiarante minorenni

Nei reati concernenti la violazione della personalità individuale e della libertà personale, aventi come vittime dei minorenni – specialmente se in tenera età – è indispensabile procedere in via preliminare all'audizione degli adulti di riferimento con i quali il piccolo, verosimilmente, si è per primo confidato.

Ciò non toglie, tuttavia, la necessità di acquisire, quando è possibile, il racconto della giovane vittima, il cui apporto alla ricostruzione dei fatti è certamente infungibile e determinante, potendo essere plausibilmente l'unico testimone diretto del reato oggetto del procedimento. Come si è avuto modo di analizzare, a tal riguardo l'opzione migliore – anche se non imposta dalla legge – è costituita

²⁸⁵ E. LUPO, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 218.

²⁸⁶ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari*, Cedam, 1997, pag. 286.

²⁸⁷ L. CUOMO – F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 140; v. anche P. TONINI, *Note critiche sull'incidente probatorio*, in *Il giusto processo*, 1990, pag. 419.

dall'attivazione dell'incidente probatorio speciale, previsto quale sede privilegiata per l'audizione del minore nelle vicende giudiziarie anzidette²⁸⁸.

Tra l'altro, il ricorso allo strumento *de quo* deve essere effettuato il più presto possibile rispetto alla comunicazione della notizia dell'abuso, sia perché i bambini, per la nota amnesia infantile, non sanno conservare a lungo i ricordi, sia per permettere alla giovane vittima di affidarsi alle cure di uno specialista per la rielaborazione del vissuto, al fine di evitare contaminazioni mnestiche che potrebbero inquinare irrimediabilmente il suo narrato.

Ad ogni modo, nonostante la predisposizione della cautela anzidetta, in molti casi di abuso sessuale ai danni di soggetti minorenni – per il comprensibile timore che gli stessi possano subire vittimizzazioni secondarie dalla audizione processuale “diretta” – potrebbe risultare opportuno rinunciare all'assunzione diretta del loro contributo dichiarativo, preferendone il ricorso all'istituto della testimonianza indiretta, attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 195, comma 3°, c.p.p. Infatti, riconducendo nella nozione di “infermità” – prevista dalla disposizione sopracitata come causa eccezionale di utilizzabilità della testimonianza *de relato* senza richiedere la citazione del teste diretto – la naturale fragilità del piccolo, si consentirebbe al giudice di decidere in merito all'accertamento del fatto anche sulla base delle sole dichiarazioni rese dai genitori della vittima. La tematica in esame è di particolare delicatezza, poiché coinvolge sia il diritto dell'imputato a confrontarsi con il suo accusatore, garantito dall'art. 111, commi 3° e 4° cost., che il diritto della giovane vittima alla tutela della salute, anche esso di rilevanza costituzionale, ai sensi dell'art. 32 Cost. Tuttavia, partendo dall'assunto secondo il quale il processo in sé è portatore di disagio e sofferenza emotiva per tutti i dichiaranti, siano essi adulti o minorenni, non può ritenersi che la testimonianza del minore sia da escludere sulla base della mera previsione che la audizione possa esporlo al rischio di un ulteriore pregiudizio; se così fosse, mai nessun bambino dovrebbe essere sentito in ambito giudiziario. In merito a ciò, si è espressa anche la Suprema Corte che,

²⁸⁸ E. LUPO, *La testimonianza del minore. Dall'ipotesi di abuso all'abuso di ipotesi*, Edizioni del Rosone, 2007, pag. 42 ss.

consapevole che la problematica ha trovato variegata soluzioni nella giurisprudenza di merito e legittimità, in proposito, ha ribadito la regola aurea del processo penale, per la quale la prova si forma nel contraddittorio tra le parti e che quest'ultima possa essere violata solo in presenza di «gravi ragioni ostative alla acquisizione della fonte diretta»²⁸⁹. A tal riguardo, l'ordinamento processuale – in base a quanto disposto dall'art. 196, comma 1°, c.p.p. – riconosce ad ogni persona la capacità di testimoniare in giudizio, con l'ulteriore previsione, contenuta nel comma 2° della disposizione medesima, che «qualora, al fine di valutare le dichiarazioni del testimone, sia necessario verificarne l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, il giudice anche di ufficio può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge».

Risulta possibile, dunque, prescindere dal contributo narrativo reso direttamente dal minore soltanto laddove un professionista competente, con un motivato parere, segnali che lo stesso ha una personalità così fragile da potersi equiparare ad una condizione d'infermità, oppure evidenzi la possibilità dell'insorgenza di danni – anche temporanei – alla salute, riconducibili all'escussione della testimonianza. In questi casi, si deve rinunciare al racconto diretto della giovane vittima e ricostruire la vicenda storica con l'apporto di testi *de relato*. Invece, negli altri casi in cui vi sia la possibilità di procedere all'audizione diretta del minore, è opportuno che l'escussione avvenga – possibilmente – in un ambiente a lui familiare, con l'attivazione di tutte le precauzioni necessarie per evitargli turbamenti e con l'assistenza di uno psicologo che lo sostenga e lo aiuti a superare lo scoglio della testimonianza.

Per quanto sovraesposto – in linea di principio – non può affermarsi che il minore è sempre un soggetto a rischio di pregiudizi all'integrità psico-fisica, né, però, il contrario; piuttosto, occorrerà verificare la sua idoneità a testimoniare volta per volta²⁹⁰. Per tale ragione, l'escussione del minorenni vittima di abusi sessuali è pressoché sempre preceduta da una perizia *ex art.* 196, comma 2°, c.p.p.²⁹¹ ad ogni modo, la valutazione circa l'opportunità di svolgere la perizia

²⁸⁹ Cass. sez. III, 24 luglio 2009, n. 30964, in *CED Cassazione*, n. 244939.

²⁹⁰ Cass. sez. III, 21 settembre 2007, n. 35224 in *CED cassazione*, 2008, n. 237399.

²⁹¹ O, quantomeno, è auspicabile che sia così, in quanto, se il parere del perito sarà nel senso della non idoneità a testimoniare del minore, il giudice – ai sensi dell'art. 196, comma 3°, c.p.p.

psicologica prevista dalla disposizione *de qua* è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale potrà disporre i relativi accertamenti solo qualora si renda necessario verificare l'idoneità a rendere la testimonianza del dichiarante fragile. Difatti, nel momento in cui si ha a che fare con testimoni minorenni – specialmente se in età infantile – la suddetta esigenza è da considerarsi *in re ipsa*, in ragione delle loro attitudini e peculiarità concernenti lo sviluppo emotivo e psicologico²⁹².

Tuttavia, è da sottolinearsi che nonostante sia innegabile l'esigenza, per il giudice, di procedere con una preliminare perizia psicologica, non è ravvisabile sul piano normativo un obbligo relativo per il testimone di acconsentire a sottoporvisi, poiché, in tal caso, risulterebbe violata la riserva di legge disciplinata dall'art. 13, comma 2°, Cost. Infatti, una prescrizione normativa del genere lederebbe irrimediabilmente il carattere inviolabile della libertà personale nella sua accezione della "libertà morale", essendo che lo svolgimento di indagini minuziose e dettagliate – riguardanti l'intimità personale del teste – potrebbe manifestarsi come estremamente invasivo e fonte di disagio ulteriore per il soggetto ad esse sottoposto.

Rilevata, dunque, la necessità di procedere con l'accertamento peritale previsto dall'art. 196 comma 2°, c.p.p., il giudice, secondo quanto disposto dall'art. 69, comma 1°, disp. att. c.p.p., provvederà a nominare una figura «fornita di speciale competenza nella materia», alla quale assegnare il compito di svolgere l'accertamento, quale lo psicologo giuridico. In proposito, occorre precisare che, seppur in assenza di alcuna causa di incompatibilità – sia a livello normativo che giurisprudenziale – tra la figura del perito disciplinata dall'art. 196, c.p.p. e quella di "esperto", preposto ad assistere il giudice nella conduzione dell'esame testimoniale del minore, inquadrata a norma dell'art. 498, comma 4°, c.p.p., sarebbe, comunque, opportuno evitare di attribuire lo svolgimento delle

– potrebbe dichiarare l'inammissibilità della prova. cfr. L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000, pag. 289.

²⁹² Secondo quanto affermato, oltretutto, nel punto n. 10 della Carta di Noto, con riguardo ai testimoni del reato di età inferiore agli anni dodici. Al contrario, invece, con l'innalzamento dell'età del dichiarante, un accertamento peritale potrebbe risultare anche superfluo e, dunque, qualora la perizia ex art. 196, comma 2°, c.p.p. venga richiesta su istanza di parte, l'eventuale rigetto del giudice dovrà essere adeguatamente motivato.

due funzioni in capo al medesimo soggetto; oltretutto, è pacifico che esse perseguano scopi e finalità differenti²⁹³. Infatti, mentre l'esperto nominato dal giudice può essere definito come un "operatore di supporto"²⁹⁴, al quale viene attribuito lo specifico compito di ricreare le migliori condizioni affinché l'audizione del minore possa essere svolta in modo proficuo – ottenendo la totalità e la completezza delle informazioni che è in grado di riferire senza che ciò possa avere alcuna ripercussione sul suo equilibrio psico-fisico – il perito, ai sensi dall'art. 196 c.p.p., è un professionista dedito unicamente a validare la capacità del minore a rendere o meno la testimonianza, relativamente: l'attitudine del minore a testimoniare – analizzando il suo "profilo intellettuale ed affettivo" – e la sua credibilità, astenendosi dall'effettuare ogni genere di valutazione concernente l'attendibilità della narrazione resa, essendo quest'ultimo un compito riservato al giudice procedente.

Per "profilo" o "capacità intellettuale ed affettiva" si intende la capacità del dichiarante minorenni di recepire delle informazioni, metterle a confronto con altre, ricordarle ed esprimerle in un contesto globale; si tratta di un'attitudine strettamente influenzata dall'operato di un gran numero di fattori, come: l'età, l'intelligenza emotiva, nonché, la qualità e la natura dei propri rapporti familiari. Al riguardo, l'art. 13 della Carta di Noto si riferisce più esattamente al concetto di "accertamento delle capacità generiche", concernente: la presenza o meno di problemi psichici, la capacità di comprensione verbale, la memoria autobiografica, l'esame della realtà circostante e il suo grado – più o meno elevato – di suggestionabilità. Preliminarmente, è necessario procedere ad una valutazione inerente alla sussistenza, o meno, delle problematiche anzidette – in grado di incidere pericolosamente sulle capacità testimoniali – quali, ad esempio, le disabilità intellettive ed i ritardi mentali. In particolar modo, la giurisprudenza ha sottolineato come la presenza di disturbi psichici non è necessariamente "indice di abusi sessuali", poiché è noto come la «risposta allo stress è aspecifica,

²⁹³ C. CESARI, *La "campana di vetro"*, in *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, cit., pag. 299 ss.

²⁹⁴ Così, C. CESARI, *Il "minore informato dei fatti" nella legge n. 172/2012*, cit., p. 178, la quale associa l'esperto a colui che viene nominato nell'esecuzione dell'esperimento giudiziale per effettuare determinate operazioni ex art. 219, c.p.p.

per cui le stesse reazioni emotive e comportamenti possono derivare sia dall'abuso sessuale sia dal conflitto genitoriale, sia da entrambi i fattori»²⁹⁵.

La valutazione della credibilità del minore, invece, è diretta ad esaminare il modo attraverso il quale la vittima ha rielaborato la vicenda delittuosa, così da verificare la sincerità dell'evento narrato, l'eventuale travisamento dei fatti ovvero la menzogna; quest'ultima, in particolare è da svolgersi in relazione alle specificità del caso concreto. Infatti, può parlarsi al riguardo di “capacità specifiche” – concernenti l'evento da rievocare e narrare – e prendono in analisi l'abilità del minore di elaborare e riferire il ricordo in relazione alla complessità della vicenda vissuta e l'eventuale presenza di influenze e pressioni di tipo suggestivo, interne ed esterne, che possano aver alterato il racconto stesso. Tali aspetti saranno oggetto di accertamento specifico durante lo svolgimento dei colloqui richiesti dalla perizia, con l'ulteriore possibilità di sottoporre il dichiarante a test psicologici, indicati nella relazione della perizia e connotati da comprovata validità e fedeltà scientifica²⁹⁶.

3. Lo svolgimento della procedura: l'assunzione “protetta”

Le modalità di svolgimento dell'incidente probatorio, ai sensi del comma 5° dell'art. 401 c.p.p., sono quelle previste per l'assunzione della prova nel corso del dibattimento. A tal proposito, le prescrizioni normative da prendere in considerazione sono quelle di cui agli artt. 496-499 c.p.p., con particolare riferimento alle regole previste per l'esame incrociato (c.d. *cross-examination*), qualificabile come metodo fondamentale di assunzione della testimonianza e dell'esame delle parti, condotto dal pubblico ministero ovvero dal difensore dell'indagato²⁹⁷.

²⁹⁵ Cass. sez. III, 17 gennaio 2007, n. 121., in *CED cassazione*, n. 235507.

²⁹⁶ In merito a ciò, l'art. 11 della Carta di Noto prescrive l'utilizzo di «metodologie *evidence-based* e strumenti che [...] siano riconosciuti come affidabili dalla comunità scientifica di riferimento».

²⁹⁷ M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit., pag. 355; G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, cit., pag. 562; G. PAOLOZZI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 11.

L'esame incrociato si articola in tre momenti distinti: esame diretto, controesame e riesame. L'esame diretto è condotto dalla parte che ha richiesto l'audizione del testimone e «si svolge mediante domande su fatti specifici»; il controesame – previsto come facoltativo – consente alle altre parti processuali di formulare ulteriori domande al teste, al fine di verificarne l'attendibilità ovvero di ottenere chiarimenti sui fatti narrati. Il riesame – anch'esso eventuale – può essere effettuato dalla parte che ha condotto l'esame diretto, a condizione che sia stato svolto il controesame, e consiste nella possibilità di porre ulteriori quesiti per chiarire o confermare aspetti emersi nel controesame. L'esame diretto ha l'obiettivo di consentire la rappresentazione in giudizio dei fatti noti al testimone; a tal fine, sono vietate le domande suggestive o quelle che implicano una risposta prefissata, ai sensi dell'art. 499, commi 2°, 3° e 6° c.p.p. Diversamente, il controesame può concentrarsi sia sui fatti riferiti dal testimone che sulla sua credibilità, mirando, dunque, ad evidenziare eventuali contraddizioni o a presentare una ricostruzione alternativa degli eventi²⁹⁸. La funzione del riesame, invece, è quella di permettere alla parte che ha introdotto la prova di ripristinarne l'efficacia, qualora il controesame abbia sollevato dubbi sulla coerenza e l'attendibilità del teste. L'esame incrociato deve svolgersi senza interruzioni. Tuttavia, le parti possono sollevare obiezioni alle domande poste durante l'esame e sulle quali il presidente si pronuncerà immediatamente e senza particolari formalità, a norma dell'art. 504 c.p.p. Al termine dell'esame diretto, nonché dell'eventuale controesame e riesame, il giudice può rivolgere d'ufficio ulteriori domande al testimone²⁹⁹.

Diversa, invece, sarà la posizione del difensore della persona offesa dal reato, il quale potrà unicamente richiedere al giudice procedente di formulare domande alle persone esaminate, a norma del secondo periodo dell'art. 401, comma 5° c.p.p.

Soffermando ora la trattazione sulla fase di assunzione della prova, occorre segnalare una serie di disposizioni speciali, deroganti le modalità

²⁹⁸ Infatti, a differenza dell'esame diretto, durante il controesame sono ammesse domande suggestive, al fine di testare la reazione del testimone e verificare la sua coerenza.

²⁹⁹ V. GREVI – G. ILLUMINATI, *Le prove*, in AA.VV. *Compendio di Procedura penale*, XI ed., a cura di M. BARGIS, Cedam, 2023, pag. 306 ss.

ordinarie di acquisizione del contributo dichiarativo e applicabili in favore del testimone vulnerabile – specialmente se minorenne – al fine di garantirne un’adeguata tutela dell’integrità psicofisica. Le garanzie anzidette vanno a connaturare l’istituto della c.d. “audizione protetta”, disciplinata dall’art. 398, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*, c.p.p., cui si aggiungono e sovrappongono le disposizioni di protezione particolari dell’art. 498, commi 4, 4-*bis*, 4-*ter* e 4-*quater*, c.p.p., dettate per la fase dibattimentale e richiamate dall’art. 401, comma 5°, c.p.p. nell’ambito operativo dell’incidente probatorio.³⁰⁰

Pertanto, la trattazione delle misure di tutela previste per l’audizione protetta non può che iniziare dall’analisi dell’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. Sotto un profilo “oggettivo”, l’elencazione delle fattispecie delittuose previste esplicitamente dalla suddetta norma – tali da consentire l’accesso alle modalità protette di assunzione della deposizione testimoniale – ha conosciuto nel tempo un progressivo ampliamento. In proposito, il problema di fondo manifestatosi *ab initio* era che il catalogo dei reati indicati dal comma 5-*bis* dell’art. 398 c.p.p. era – e rimane tuttora – solo parzialmente coincidente con quello previsto dall’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. La questione, tuttavia, è stata apparentemente risolta dalla Corte costituzionale, la quale è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., riconoscendo in tali occasioni che il ricorso all’audizione protetta del testimone vulnerabile si deve considerare estesa a tutti i procedimenti per le fattispecie criminose indicate dalla norma disciplinante l’istituto dell’incidente probatorio speciale³⁰¹.

Ma soprattutto, la l. 3 agosto 1998, n. 269 ha aggiunto il comma 4-*bis* all’art. 498 c.p.p., a norma del quale – su richiesta di parte ovvero qualora il presidente lo ritenga opportuno – trovano applicazione le modalità di cui all’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. per l’acquisizione del contributo probatorio del dichiarante debole a prescindere dal reato per cui si procede. Quindi sono rese applicabili a qualsiasi fattispecie delittuosa le particolari modalità di assunzione della prova testimoniale previste dalla disposizione in esame.

³⁰⁰ COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell’incidente probatorio*, cit., pag. 178 ss.

³⁰¹ C. cost. 7-9 Maggio 2001, n. 114.

Merita di essere segnalata un'altra pronuncia della Corte costituzionale³⁰², concernente l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.; in tale occasione, infatti, la norma è stata colpita dalla scure dell'incostituzionalità. La questione di illegittimità era stata sollevata durante lo svolgimento di un procedimento penale per il reato di corruzione di minorenni, nell'ambito del quale il giudice per le indagini preliminari della Pretura circondariale di Vibo Valentia fu chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di incidente probatorio presentata dal pubblico ministero per l'escussione testimoniale della vittima del reato, all'epoca dei fatti infrasedicenne. Il giudice, rilevato che l'art. 609-*quinquies* c.p. – concernente il delitto di corruzione di minorenni – non rientrava nel catalogo di reati espressamente indicati dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., aveva sollevato questione di legittimità costituzionale di tale norma nella parte in cui non consentiva di adoperare le modalità protette ivi indicate per l'audizione del minore di anni sedici in incidente probatorio anche per l'ipotesi delittuosa *de qua*. In proposito, il remittente argomentava la supposta incostituzionalità della norma sulla base del contrasto evidente con gli artt. 3, 32 e 72 della Costituzione e osservava che, nella richiesta di incidente probatorio speciale, il pubblico ministero aveva ravvisato la necessità di provvedere all'audizione della giovane vittima presso un locale provvisto di vetro a specchio unidirezionale. Ad ogni modo, dal dato testuale della norma si evinceva che tali modalità di protezione azionabili nell'escussione del testimone, fossero limitate ai soli delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., ma non nel caso dell'art. 609-*quinquies* c.p. I giudici costituzionali, ritenendo fondata la questione di legittimità con riferimento all'art. 3 Cost., hanno dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. nella parte in cui non prevedeva alcun riferimento al reato di corruzione di minorenni nel catalogo di delitti in presenza dei quali, qualora tra le persone interessate all'assunzione della prova vi fosse un minore degli anni sedici, il giudice potesse

³⁰² C. cost. 9 luglio 1998, n. 262.

stabilire – ove lo ritenesse più opportuno – luogo, tempo e particolari modalità di attuazione della procedura prevista per l'incidente probatorio³⁰³.

Da un punto di vista soggettivo, invece, l'audizione protetta *ex art.* 398, comma 5-*bis*, c.p.p. era originariamente prevista solo per i minori di anni sedici³⁰⁴. In merito a ciò, una prima estensione dell'ambito operativo della disciplina in esame, dunque, si ebbe con l'art. 9 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 – convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38 – il quale, oltre ad aver inserito il riferimento al reato di atti persecutori *ex art.* 612-*bis* c.p., ha sostituito alle parole «vi siano minori di anni sedici», le parole «vi siano minorenni», allargando così l'applicabilità dell'istituto alla totalità dei minori, testimoni o vittime del reato. Successivamente, l'art. 3 del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 ha introdotto nel testo dell'art. 398 c.p.p. un nuovo comma 5-*ter*, il quale stabilisce che il giudice, su richiesta di parte, può adottare le misure di protezione previste dal comma 5-*bis* anche qualora l'assunzione della prova testimoniale riguardi una persona maggiorenne in condizioni di particolare vulnerabilità, desumibile anche dal tipo di reato per cui si procede. Infine, la disciplina dell'audizione protetta è stata ulteriormente modificata – sotto il profilo soggettivo – dall'art. 1 del celebre d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 il quale ha aggiunto un ulteriore comma, il 5-*quater* alla norma in esame. Quest'ultimo precisa che, fermo restando quanto disposto dal comma precedente, il ricorso all'audizione protetta si estende anche alla persona offesa che versi in una condizione di particolare vulnerabilità, venendo richiamate le disposizioni di cui all'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p. Dunque, nella sua attuale formulazione, l'art. 398, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*, c.p.p. consente l'applicazione delle misure di tutela previste per l'audizione protetta nei confronti di tutti i soggetti e per tutte le tipologie di reato, anche se non espressamente menzionate, indicati dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.

³⁰³ B. ROMANO, *Dubbi vecchi e nuovi di legittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenne*, nota a Cort. Cost., 9 luglio 1998, n. 262, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 4, pag. 1358 ss. A conclusioni concretamente analoghe giunse anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel celebre caso Pupino, la quale ha giudicato incompatibile con il diritto comunitario la restrizione dell'incidente probatorio e delle corrispondenti misure protettive ai soli casi in cui l'ascolto del minore avvenisse per i reati di natura sessuale indicati dalla norma di riferimento.

³⁰⁴ F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato*, cit., pag. 315 ss.

Per quanto riguarda, invece, lo svolgimento dell'udienza incidentale, le norme sopracitate rimettono alla piena discrezionalità dell'organo giurisdizionale la scelta sull'*an* e sul *quomodo* delle misure di tutela da applicare in caso di audizione protetta, potendo quest'ultimo scegliere tra vari sistemi di protezione comportanti delle deroghe alla disciplina ordinaria in relazione al luogo, ai tempi ed alle modalità di svolgimento dell'udienza. Infatti, il ricorso ad un regime procedurale maggiormente garantito può aversi non solo quando è reso necessario dalle esigenze di protezione del dichiarante vulnerabile, ma anche quando il giudice lo reputi meramente opportuno.

Relativamente al luogo di espletamento dell'udienza, l'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. stabilisce che l'assunzione della prova possa svolgersi anche al di fuori dei locali del tribunale – ad esempio, in quelli scolastici nel caso del testimone minorenni – presso strutture di assistenza specializzate, ovvero, nel caso in cui quest'ultime non siano disponibili, presso l'abitazione del dichiarante. La normativa codicistica, dunque, delinea una vera e propria gerarchia tra i luoghi, differenti dalle aule di giustizia, in cui procedere all'escussione della testimonianza: in *primis* le strutture specializzate e, in caso di loro assenza³⁰⁵, l'ambiente domestico del teste vulnerabile.

Nel caso del testimone minorenni, ciò che risulta essere assolutamente indispensabile è che quest'ultimo, qualunque sia il luogo deputato dal giudice per procedere al suo ascolto, non entri in contatto con l'indagato e che il locale sia dotato di strumentazione tecnica idonea a permettere a quest'ultimo di essere presente, sebbene non visibile. In relazione a tale punto della disciplina, non può non essere richiamata una recente pronuncia della Corte costituzionale³⁰⁶, concernente, ancora una volta, la questione di legittimità della normativa prevista per l'audizione del testimone vulnerabile. La vicenda giudiziaria dalla quale è scaturita la questione sottoposta all'attenzione della Corte riguardava un procedimento per il reato di maltrattamenti familiari *ex art. 572 c.p.*, avente come

³⁰⁵ L'assenza di strutture idonee deve essere, ovviamente, riferita al circondario del giudice procedente e non al territorio nazionale, altrimenti la disposizione stessa resterebbe priva di senso. cfr. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni: dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Giappichelli, 2020, pag. 131 ss.

³⁰⁶ C. cost., 21 febbraio 2018, n. 92

persona offesa un soggetto minorenne risiedente in un circondario diverso da quello del giudice procedente. Venivano rispettati, quindi, i requisiti oggettivi e soggettivi che avrebbero giustificato l'assunzione della relativa testimonianza con le speciali modalità protettive previste dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. Tuttavia, il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Lecce, nel caso di specie, riteneva che la disciplina delineata dalla suddetta norma non fosse idonea a garantire l'interesse superiore del minore e ad assicurare la protezione e le cure necessarie per il suo benessere, entrambi impegni che l'Italia ha assunto mediante la ratifica della Convenzione sui diritti del fanciullo³⁰⁷. Per tali ragioni, il giudice remittente sollevava la questione di legittimità costituzionale in relazione al combinato disposto degli artt. 398 comma 5-*bis* e 133 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 4 della Convenzione anzidetta e, conseguentemente, con l'art. 117 della Costituzione. Infatti, nell'evenienza in cui il minore provi "un forte disagio" nel tornare nel *locus commissi delicti* – poiché questo gli rimanderebbe alla mente la persona dell'accusato e le penose circostanze del fatto subito o a cui ha assistito – e non si presenti all'udienza incidentale, la normativa processuale non consentirebbe al giudice di delegare l'incidente probatorio al giudice per le indagini preliminari nel cui circondario il teste risiede, ma gli impone, tutt'al più, di disporre l'accompagnamento coattivo, sebbene da questo possano derivare ulteriori conseguenze negative per il minore³⁰⁸. L'eccezione sollevata dal giudice *a quo* non è stata accolta dal giudice delle leggi, il quale ha dichiarato la questione infondata poiché, come si è osservato, il giudice gode di un'ampia rosa di strumenti, anche graduabili, previsti dal sistema processuale per la protezione della personalità del testimone minorenne³⁰⁹. Tra questi, infatti, vi è la previsione della possibilità per il giudice di scegliere un luogo diverso dalle aule del tribunale per assumere la deposizione

³⁰⁷ I. 27 maggio 1991, n. 176, ratificante "Convenzione sui diritti del fanciullo", ONU, New York, 20 dicembre 1989.

³⁰⁸ C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di quale ambiguità argomentativa*, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Giur. cost.*, 2018, 2, pag. 815 ss.

³⁰⁹ L. ALGERI, *L'esame del minore al vaglio della Consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1, 1565-1572.

del teste vulnerabile; questa previsione, dunque, risulterebbe idonea a salvaguardare il minore senza che vi sia alcuna violazione della Costituzione o di altro provvedimento sovranazionale. Inoltre, a giudizio della Corte, non assume rilevanza per il “benessere del fanciullo” che l’acquisizione della prova testimoniale avvenga davanti al giudice che ha disposto l’incidente probatorio ovvero innanzi ad un giudice diverso³¹⁰.

L’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., invece, non prevede alcuna indicazione con riferimento ai tempi ed alle “modalità particolari” di assunzione della prova, consentendo, quindi, al giudice di scegliere liberamente la misura più adatta da applicare nel caso concreto. Per quanto riguarda i tempi, infatti, può essere derogato il termine fissato dall’art. 398, comma 1°, lett. c, c.p.p., così come è possibile anticipare lo svolgimento dell’udienza – anche quando non sussistano le ragioni d’urgenza *ex art. 401 c.p.p.* – oppure differirlo per consentire, ad esempio, l’intervento di un personale adeguatamente formato a dare un sostegno psicologico al testimone ovvero “prepararlo” in vista della seduta di assunzione della prova. Sulle possibilità di differimento dell’udienza anzidette, tuttavia, si avanzano dubbi di legittimità a causa del loro inevitabile potere di influenzare il teste e, conseguentemente, pregiudicare la genuinità del suo contributo probatorio³¹¹.

Stando al dettato normativo della disposizione codicistica *de qua* è possibile rilevare un dato particolarmente indicativo. Infatti, servendosi della locuzione «persona interessata all’assunzione della prova», quest’ultima – poiché impiegata in maniera al quanto generica – farebbe supporre che le speciali forme di protezione previste dall’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. trovino applicazione non solo quando il teste vulnerabile sia chiamato a rendere testimonianza, ma anche qualora questi debba prendere parte ad altri atti probatori, quali l’esame, il confronto, la perizia, l’esperienza giudiziale o la ricognizione. Avendo, perciò, la disposizione *de qua*, un perimetro più ampio di quello dell’art. 392, comma 1-*bis*, che fa riferimento solo all’acquisizione della

³¹⁰ L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, cit., pag. 117-118.

³¹¹ L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenni nel procedimento penale: l’esigenza di tutela della personalità tra disciplina codicistica ed interventi normativi recenti*, in *Leg. pen.*, 1996, pag. 707 ss.

testimonianza, si può concludere che queste due norme non sono propriamente coincidenti e sovrapponibili³¹².

Passando ora ad analizzare le modalità di svolgimento dell'audizione protetta, anch'esse sono determinate discrezionalmente dal giudice in base alle necessità e all'opportunità di tutelare la persona interessata all'assunzione della prova. I soli "limiti" alla discrezionalità giurisdizionale sono il rispetto del principio del contraddittorio e la tutela dell'integrità psicofisica del soggetto vulnerabile. La giurisprudenza stessa ha riconosciuto la prerogativa del giudice nel determinare liberamente le modalità di assunzione della testimonianza del minore avuto riguardo al caso concreto. In particolar modo, la Corte di Cassazione ha sostenuto che nell'incidente probatorio indetto per procedere all'audizione del minore infrasedicenne in relazione ai reati di violenza sessuale e prostituzione, il giudice possa legittimamente disporre che questa avvenga in forma scritta, ovvero tramite domande orali alle quali seguirebbero le risposte scritte del minore, quando ciò risulti necessario a tutelare la sua sfera psicologica e la genuinità della deposizione. I giudici di legittimità, oltretutto, hanno osservato come tale modalità d'assunzione non si porrebbe in contrasto con il principio del contraddittorio, poiché non è precluso alle parti di porre delle domande o di sollevare contestazioni, né tanto meno osterebbe alla piena realizzazione del principio dell'oralità, in quanto la prova verrebbe comunque a costituirsi nel corso del processo nel pieno rispetto del contraddittorio tra le parti³¹³. Ad ogni modo, nessuna delle disposizioni attinenti all'incidente probatorio speciale dispone alcunché sulle concrete modalità applicabili,

³¹² F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato*, cit., pag. 315 ss. È stato osservato che la concreta conseguenza di questa misteriosa incongruenza sta nel paradosso per cui potrebbero «aversi incidenti probatori disposti ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p. a cui non sono applicate le forme speciali dell'«audizione protetta» e incidenti probatori svolti con le modalità prescritte ma in cui non si procede all'assunzione della testimonianza di un [infrasedicenne]». cfr. L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000, pag. 303. In ogni caso, dall'applicazione delle particolari forme di tutela di cui all'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. devono comunque essere escluse le prove riguardanti il minore per i reati «comuni». In queste ipotesi, lo svolgimento dell'incidente probatorio segue le regole ordinarie. Tuttavia, grazie al rinvio operato dall'art. 401 comma 5° agli artt. 498 ss. c.p.p., concernenti le forme stabilite per il dibattimento, l'udienza e l'assunzione della testimonianza del minore seguiranno forme particolari ove l'autorità procedente dovesse ritenerlo più opportuno.

³¹³ Cass. sez. III, 23 maggio 2013, n. 43723, in *CED cassazione*, n. 258324

pertanto, sulla base del rinvio operato dall'art. 401 comma 5° c.p.p., deve ritenersi che esse vadano individuate nelle disposizioni relative all'assunzione della prova in fase dibattimentale.

Le norme che disciplinano le modalità "protette" di assunzione della prova testimoniale del dichiarante vulnerabile – minorenni e maggiorenne – durante lo svolgimento del giudizio sono quelle dei commi 4-*bis* e 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p., aggiunti al corpo della disposizione dalla l. 3 agosto 1998, n. 269.

La regolamentazione dei commi anzidetti si affianca e completa la disciplina giuridica già prevista dal comma 4° dell'articolo medesimo, il quale dispone – seppur in termini alquanto generali – le modalità dell'audizione del testimone minore d'età da parte del presidente, statuendo inoltre la possibilità per quest'ultimo di avvalersi dell'ausilio di un familiare ovvero di un esperto in psicologia e psichiatria infantile³¹⁴, in modo tale da "ammortizzare" lo *stress* emozionale dell'esame e "filtrare" le domande poste al dichiarante escusso.

Mentre l'art. 498, comma 4-*bis*, c.p.p. si limita a richiamare le previsioni dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. – concernenti le modalità di luogo e di tempo attuabili per procedere all'assunzione della prova testimoniale debole³¹⁵ – invece, l'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p. introduce un'ulteriore garanzia per il testimone vulnerabile, il c.d. "esame schermato". La norma in analisi prescrive

³¹⁴ È opportuno specificare che, per quanto auspicabile, nel caso del comma 4° dell'art. 498 c.p.p. l'ausilio dell'esperto da parte del presidente costituisce una mera facoltà, denotabile oltretutto dall'impiego nel dettato normativo della locuzione «può avvalersi». In ogni caso, un discorso analogo non può essere fatto per l'acquisizione di sommarie informazioni dalla fonte minorenni da parte della polizia giudiziaria, del pubblico ministero e del difensore dell'indagato ai sensi degli artt. 351, comma 1-*ter*, 362, comma 1-*bis* e 391-*bis* c.p.p., i quali prevedono la presenza dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile come obbligatoria (intuitibile anche dall'impiego, nei casi anzidetti, della locuzione «si avvale»). cfr. C. CESARI, "Il minore informato sui fatti" nella l. 172/2012, cit., pag. 163, la giustifica l'attribuzione di tale potere discrezionale al presidente in forza del carattere *super partes* dell'organo giudicante.

³¹⁵ Il suddetto richiamo, tuttavia, è da intendersi riferito alle sole modalità con cui si esplica l'ascolto del testimone, e non anche ai presupposti indicati dalla norma. Infatti, l'incidente probatorio con modalità protette, come già visto, ha un campo applicativo circoscritto ai procedimenti per i reati di cui agli artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinqies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del Codice penale. Nel caso dell'adozione di modalità protette in fase dibattimentale tale limite oggettivo non opera. Sostanzialmente, la *ratio* di tale norma è quella di estendere anche al giudice del dibattimento il più completo e avanzato strumentario di cui il giudice delle indagini preliminari e il giudice dell'udienza preliminare possono disporre a tutela del dichiarante debole, invertendo il rapporto eccezione-regola.

che, quando si debba assumere la testimonianza del minore ovvero del maggiorenne infermo di mente, vittima di gravi reati contro la persona – espressamente indicati nel testo della disposizione stessa³¹⁶ – su formale richiesta da parte dello stesso o del suo difensore, l’esame debba essere effettuato mediante l’uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.

Al fine di contemperare due interessi contrapposti, quali quello di preservare la serenità del dichiarante e il principio del contraddittorio, il legislatore ha pensato di introdurre questa particolare modalità d’assunzione testimoniale particolarmente garantita, per la quale l’acquisizione del contributo probatorio – in un esame normalmente condotto da un esperto, cui spesso si aggiunge la confortante presenza di un familiare – si svolge in un ambiente diverso dall’aula di tribunale³¹⁷. Infatti, esso si tiene in una stanza separata e attigua rispetto a quella in cui si trovano il giudice e le parti processuali. Una delle pareti della stanza in cui si trova il teste da escutere deve essere dotata di un vetro specchio, il quale consente alla vittima di interloquire con l’esperto senza entrare in contatto con l’imputato. La *ratio* posta a fondamento della norma in esame è proprio quella di assumere la testimonianza evitando che alla stessa possano direttamente assistere le parti e l’imputato; la presenza di queste, infatti, potrebbe turbare il dichiarante, suggestionarlo, intimidirlo e creargli disagio nell’atto di rievocare i gravi fatti che l’hanno visto sfortunato protagonista e per i quali si sta procedendo, con eventuali conseguenze negative anche sulla qualità del risultato probatorio. Le parti processuali potranno, perciò, seguire in diretta la deposizione – che si svolgerà nella stanza attigua – senza essere visti ma potendo comunque intervenire attraverso l’utilizzo dell’impianto citofonico, assicurante il rispetto del principio del contraddittorio. Sarà così consentito al pubblico

³¹⁶ Più precisamente, il riferimento è ai reati di cui agli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari e conviventi), 600 (riduzione in schiavitù), 600-*bis* (prostituzione minorile), 600-*ter* (pornografia minorile), 600-*quater* (detenzione di materiale pornografico), 600-*quinquies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 601 (tratta di persone), 602 (acquisto di schiavi), 609-*bis* (violenza sessuale), 609-*ter* (c. aggravanti), 609-*quater* (atti sessuali con minorenne), 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo) e 612-*bis* c.p. (atti persecutori).

³¹⁷ L. ALGERI, *Il microsistema della testimonianza della “vittima vulnerabile”*: aspetti giuridici e tecniche di intervista, in *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, a cura di P. FELICIONI e A. SANNA, Giuffrè, 2019, pag. 160 - 161.

ministero ed ai difensori delle parti di porre domande, chiedere chiarimenti e sollevare contestazioni, le quali verranno prima vagliate dal giudice circa la loro ammissibilità e poi da questi comunicate – mediante citofono – all’esperto che starà conducendo l’esame e che, sulla base delle proprie competenze, riformulerà al testimone quanto comunicatogli dall’autorità giudiziaria.

La portata innovativa di tale modalità d’assunzione della prova consiste nel fatto che il soggetto escusso non è costretto a subire l’angosciante presenza delle parti processuali e dell’imputato ed è finalizzata ad evitare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria.

La disposizione in esame, tuttavia, nonostante introduca un’ulteriore modalità garantita per l’acquisizione della prova dichiarativa debole, è affetta da incoerenze intrinseche e sistematiche. La prima criticità che affligge la norma attiene alle evidenti discrasie esistenti tra essa e la previsione di cui all’art. 398, comma 5-*bis* c.p.p. in tema di audizione protetta in sede di incidente probatorio. Infatti, l’esame schermato può essere disposto solo in relazione ad una determinata categoria di reati, ma questi sono solo parzialmente coincidenti con quelli espressamente previsti dalla disposizione *de qua*³¹⁸. Inoltre, la l. 10 ottobre 2012, n. 172, la quale ha esteso il catalogo di reati per i quali è possibile esperire le modalità protette per l’ascolto del dichiarante debole nella fase incidentale (inserendovi il richiamo all’art. 609-*undecies* c.p.), ha tralasciato la corrispondente novella delle norme dibattimentali, creando un disallineamento della disciplina proprio laddove il coordinamento normativo era più necessario³¹⁹. Si è, pertanto, cercato di rimediare all’incongruenza tra le due norme ricorrendo a soluzioni interpretative poco convincenti, che avrebbero comportato una tale forzatura del dato normativo o della *voluntas legis* da risultare di dubbia legittimità, anche perché trattasi di norme che si pongono in un rapporto di specialità. Sul punto sarebbe, quindi, auspicabile un intervento

³¹⁸ Infatti, nell’art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p. non sono considerate le ipotesi di reato di cui agli artt. 600-*quater*.1 e il 609-*undecies* c.p., le quali sono, però, espressamente richiamate dall’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.

³¹⁹ F. TRIBISONNA, *L’ascolto del minore testimone o vittima di reato*, cit., pag. 365.

risolutivo del legislatore o della Corte costituzionale che cancelli queste incomprensibili discordanze³²⁰.

L'ulteriore discrasia che si nota immediatamente nella comparazione tra le due norme è quella per la quale l'esame "schermato" è accessibile solo ai minori, ovvero, ai maggiorenni infermi di mente che siano vittime del reato per cui si procede, mentre la disciplina relativa all'incidente probatorio è destinata ad operare in relazione a tutte le persone interessate all'assunzione della prova, minorenni, vittime o meri testimoni, e maggiorenni in condizioni di particolare vulnerabilità. Tuttavia, il legislatore attraverso l'introduzione del comma 4-*quater*, nell'art. 498 c.p.p. – ad opera del d.lgs. n. 212 del 2015 – ha posto rimedio a tale limitazione, estendendo la garanzia dell'esame schermato anche alla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità. La misura di tutela anzidetta risulta sua volta applicabile anche nella fase delle indagini preliminari ovvero dell'udienza preliminare, nell'ambito della procedura dell'incidente probatorio speciale, attraverso il richiamo esplicito operato dal comma 5-*quater* dell'art. 398 c.p.p. agli strumenti di protezione dibattimentali.³²¹

4. segue: L'assistenza psicologica ed affettiva prevista in favore del minore dall'art. 609-*decies* c.p.

Anche se inserito nel novero delle disposizioni di diritto penale sostanziale, l'art. 609-*decies* c.p. presenta delle implicazioni rilevanti anche in ambito processuale, dando attuazione a garanzie specifiche in favore della persona offesa minorene «in ogni stato e grado del procedimento» ed andando ad integrare, pertanto, anche la tutela prevista nella fase delle indagini preliminari³²².

³²⁰ C. CESARI, *La "campana di vetro"*, in *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, cit., pag. 311-312.

³²¹ L. ALGERI, *Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile"*, cit., pag. 163-164.

³²² H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, in S. ALLEGREZZA, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, pag. 98, ritiene che l'art. 609-*decies* c.p. possa costituire un «modello virtuoso di coordinamento tra misure volte a prevenire forme di vittimizzazione primaria e secondaria».

In particolar modo, qualora oggetto del procedimento sia taluno dei reati tassativamente elencati nel dettato normativo dell'art. 609-*decies*, comma 1°, c.p.³²³, il procuratore della Repubblica ne dà immediata comunicazione al tribunale per i minorenni. Nei casi in analisi, dunque, viene preliminarmente assicurata – in favore dell'offeso minore d'età – l'assistenza “affettiva e psicologica” da parte dei «genitori o di altre persone idonee indicate dal minore», secondo quanto disposto dall'art. 609-*decies*, comma 3°, c.p.

Tra l'altro, l'art. 14 della l. n. 172 del 2012 – in recepimento della prescrizione normativa disposta dall'art. 31, par. 5 della Convenzione di Lanzarote – ha ulteriormente esteso la previsione del citato comma 3°, il quale nella sua seconda parte dispone che la suddetta assistenza, a tutela della personalità della giovane vittima del reato, possa anche essere prestata da «gruppi, fondazioni, associazioni od non governative di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime [...] iscritti in apposito elenco dei soggetti legittimati a tale scopo». La partecipazione di tali enti, tuttavia, è subordinata al previo consenso del minore assistito, nonché all'emanazione di un provvedimento di ammissione da parte del giudice per le indagini. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità afferma – infatti – che l'attuazione della garanzia in esame debba essere richiesta su istanza di parte, non sussistendo alcuna prescrizione «né dalla legge penale, né dalla legge processuale»³²⁴.

Oltretutto, nella motivazione della sentenza sopracitata, la Suprema corte ha specificato che tale assistenza debba essere qualificata come meramente facoltativa, secondo quanto disposto dall'art. 498, comma 4°, c.p.p.

Di diversa opinione, invece, è la dottrina, la quale ritiene che, ove non dovesse essere possibile individuare un familiare in grado di intervenire ovvero il minore

³²³ Ovvero, le fattispecie criminose di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqües*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quinqües*, 609-*octies* e 609-*undecies* aventi come vittime dei soggetti minorenni, ovvero per il delitto di cui all'art. 609-*quater*, c.p. Inoltre, il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119, ha poi inserito nella disposizione *de qua* il riferimento agli artt. 572 e 612-*bis*, c.p., nell'ipotesi in cui questi siano commessi in danno di un minore d'età ovvero da uno dei genitori di un minore in danno dell'altro.

³²⁴ Cass. sez. III, 4 Novembre 2011, n. 42477, in *CED cassazione*, n. 248757

non indichi alcuna persona di fiducia, sia dovere del giudice rimediare a tale mancanza, provvedendovi anche d'ufficio³²⁵.

Soffermando la trattazione sulla figura del genitore, quest'ultimo, in virtù del primordiale legame affettivo con il minore, può essere certamente qualificato come un soggetto in grado di fornirgli un sostegno psicologico ed emotivo adeguato, nel momento in cui sarà chiamato a rendere dichiarazioni durante lo svolgimento del procedimento. Ad ogni modo, essendo pacifico che – nella maggior parte delle situazioni – il genitore è altresì il primo soggetto a cui il minore si rivolge in caso di abusi, la sua presenza fisica al momento del colloquio potrebbe, al contrario, risultare controproducente. Difatti, è plausibile che il minore, dinanzi all'autorità giudiziaria, tenda a ribadire la narrazione della vicenda precedentemente raccontata al genitore, al quale – inoltre – potrebbe aver riferito solo una parte degli eventi, potendo sentirsi in difficoltà a riferire aspetti ulteriori e, magari, più gravi e spiacevoli³²⁶. Oltretutto, non può non essere considerata l'eventualità che il genitore venga chiamato, nel corso del procedimento, a ricoprire la qualifica di testimone per riferire sui fatti e sulle circostanze di cui è a conoscenza, come sovente accade nella prassi giudiziaria. In merito a ciò, si è espressa anche la Corte di Cassazione, la quale ha riconosciuto l'insussistenza di alcuna causa d'incompatibilità in capo ai soggetti prestanti l'assistenza affettiva e psicologica prevista dall'art. 609-*decies*, c.p. in favore delle vittime di reato.³²⁷ Conseguentemente, il loro contributo dichiarativo potrebbe risultare – potenzialmente – incompleto o errato e, ciononostante, concorrere al convincimento del giudice circa l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato. È opinione pacifica, infatti, che i genitori spesso stimolano il minore a rievocare il trauma della violenza subita con domande fuori luogo e di tipo suggestivo, irrimediabilmente influenzando la sua narrazione. Pertanto, deve ritenersi che la presenza del genitore nei

³²⁵ L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte minorene: i modesti. ritocchi della legge n. 172/2012 tradiscono le attese per un'audizione garantita*, in AA. VV., *Il minorene fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Giuffrè, 2015, pag. 67 ss.

³²⁶ S. RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pag. 1621.

³²⁷ Cass. sez. III, 16 aprile 2009, n. 20252, in *CED cassazione*, n. 243629

momenti cruciali di assunzione della testimonianza dalla fonte di prova minorenni, in sede di incidente probatorio ovvero in dibattimento, dovrebbe essere razionalizzata, al fine di evitare delle ripercussioni negative sull'accertamento della verità processuale. Oltretutto, il supporto affettivo e psicologico offerto da gruppi, fondazioni e associazioni dedicate all'assistenza delle vittime di reato dovrebbe costituire una risorsa supplementare – se non di ultima istanza – a disposizione dell'autorità giudiziaria, per assicurare protezione alle vittime che non dispongano di altri mezzi di sostegno³²⁸. Infatti, la partecipazione di ulteriori soggetti – distaccati dal minore da un punto di vista emotivo e sentimentale dal minore – in aggiunta al sostegno già prestato dal genitore, potrebbe finire per confondere ulteriormente il testimone del reato, invece di fornirgli un effettivo supporto psicologico.³²⁹

Infine, l'art. 609-*decies*, comma 4°, c.p., dispone che, “in ogni caso”, è assicurata «l'assistenza dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali», garantendo, dunque, al testimone minorenni la possibilità di relazionarsi con soggetti specificamente formati ed altamente qualificati. In proposito, l'impiego della locuzione «in ogni caso» sembra indicare che tale assistenza agisca non solo nel contesto processuale, ma anche al di fuori di esso, poiché, in particolare nei casi di abuso sessuale, il trauma vissuto dal minore può influenzare profondamente il suo equilibrio psicologico e sulle sue capacità relazionali.

Per concludere, la garanzia di tutela contenuta nel dettato normativo dell'art. 609-*decies*, c.p. assolve ad una duplice funzione, ovvero, da un lato, fornire un sostegno di tipo psico-sociale – che non resti circoscritto nella sfera prettamente processuale – al minore vittima del reato e, dall'altro, coadiuvare l'operato dell'autorità giudiziaria mediante l'intervento di collaboratori adeguatamente formati e dediti a fornire un'assistenza specializzata in favore di un soggetto notoriamente vulnerabile – quale è il dichiarante minorenni – nel momento in cui questi si trovi coinvolto in una vicenda processuale.

³²⁸ L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte minorenni*, cit., pag. 68.

³²⁹ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, in AA. VV., *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2ª ed., Giuffrè, 2015, pag. 182.

5. La documentazione “rafforzata” del contributo probatorio

Affinché si possa addivenire ad una compiuta analisi della disciplina normativa posta dall’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. è necessario prendere in esame la parte finale della disposizione stessa, nella quale il legislatore si è preoccupato di disciplinare – derogando alla regolamentazione ordinaria – le modalità di documentazione dell’esame incidentale del dichiarante vulnerabile.

Più precisamente, la citata norma prescrive che la documentazione dell’esame debba avvenire, obbligatoriamente ed integralmente, attraverso l’utilizzo di mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, con l’ulteriore previsione che, laddove non siano disponibili tali strumenti di riproduzione o manchi il personale tecnico, si provveda nelle forme della perizia o della consulenza tecnica. La finalità della disposizione in esame è quella di limitare quanto più possibile la corrosione del principio dell’immediatezza e dell’oralità, la quale è insita dell’anticipazione dell’assunzione probatoria, soprattutto nei casi in cui la reiterazione dell’esame testimoniale in dibattimento costituisca un’ipotesi residuale ed eventuale. Oltretutto, si vuole preservare la genuinità della prova e, conseguentemente, l’attendibilità della testimonianza³³⁰.

La disposizione, inoltre, aggiunge che tale documentazione “aggravata” non è di per sé sufficiente, poiché è stabilito che dell’esame testimoniale debba anche redigersi verbale in forma riassuntiva e che la trascrizione della riproduzione venga disposta solamente su richiesta dalle parti. L’obbligo di riproduzione fonografica o audiovisiva, quindi, non si pone come alternativo o come sostitutivo all’obbligo di verbalizzazione.

Il legislatore, dunque, ha individuato le modalità anzidette come le più appropriate per procedere all’assunzione e alla documentazione dell’esame del testimone debole; tuttavia, è da segnalare in proposito come la dottrina abbia indicato delle tecniche più consone a tali scopi. In particolar modo, il riferimento è alle videoriprese a circuito chiuso, effettuate sistemando delle telecamere e gli schermi necessari alla visione contestuale delle immagini in locali attigui e tra

³³⁰ S. ARASI, *L’incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, pag. 628.

loro separati, oppure, quando la strumentazione lo consenta, si può procedere ad interpretare estensivamente l'art. 147-*bis*, comma 5°, disp. att. c.p.p. al fine di ottenere la videoconferenza a distanza. Tale ultima disposizione, infatti, consente che si possa procedere all'esame a distanza ove «vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona», e purché questo non comporti una lesione delle garanzie difensive dell'indagato³³¹.

Nonostante le nobili intenzioni del legislatore, la norma esaminata presenta diverse criticità, irrimediabilmente incidenti sulla sua concreta funzionalità. La prima obiezione che può essere ravvisata riguarda l'alternatività prospettata dalla norma in merito alla scelta tra riproduzione audiovisiva e quella fonografica, confermata, tra l'altro, da una recente pronuncia della Corte di Cassazione³³². Le due modalità di documentazione, invero, non sono equiparabili come potrebbe sembrare dalla loro parificazione normativa, in quanto, attraverso la videoregistrazione dell'esame, il giudice potrebbe valutare la deposizione testimoniale – nonché la correttezza dell'assunzione probatoria – anche tenendo conto della gestualità, del linguaggio non verbale e dalle espressioni del teste durante la stessa. Il ricorso alla videoregistrazione, inoltre, ha il pregio di preservare il rispetto del principio di oralità. Infatti, nei casi di attivazione della procedura *ex art. 392*, comma 1-*bis*, c.p.p., probabilmente, la prova più rilevante del processo non sarà assunta davanti al giudice procedente, ma davanti al giudice per le indagini preliminari, il quale, in deroga al principio d'immediatezza, raccoglie in sede incidentale le prove che verranno utilizzate a fini decisori del giudizio di primo grado.

La documentazione audiovisiva, dunque, consente al giudice del dibattimento – ed eventualmente anche a quello dell'appello – di avere la percezione diretta della deposizione del testimone. Diversa, invece, è la situazione della mera audio registrazione dell'esame, che non consente di compiere alcuno degli accertamenti anzidetti, ragione per la quale non è ritenuto dalla dottrina uno strumento adeguato di documentazione³³³.

³³¹ F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato*, cit., pag. 323 ss.

³³² Cass. sez. III, 11 luglio 2019, n. 36632, in *CED cassazione*, n. 277664

³³³ Di tale limitazione, propria della riproduzione fonografica, è consapevole anche il legislatore internazionale che, nella Convenzione di Lanzarote (art. 35) e nella Direttiva 2012/29/UE (art.

Ciò che lascia più interdetti è certamente la mancanza di una sanzione processuale – di inutilizzabilità o di nullità dell’atto probatorio – nel caso in cui non venga osservato l’obbligo di documentazione rafforzata con le modalità prescritte dall’art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., restando la testimonianza assunta perfettamente valida³³⁴. Questa constatazione, avvalorata anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte³³⁵, rende la disposizione analizzata priva di ogni efficacia cogente e prescrittiva, divenendo essa «il manifesto di una nobiltà d’intenti a cui non riesce a corrispondere una tecnica legislativa che permetta di conseguirli»³³⁶. L’unica conseguenza concreta – in caso di violazione dell’obbligo codicistico di documentazione fonografica/audiovisiva – sarebbe, dunque, quella di inficiare e compromettere l’intrinseca attendibilità della prova assunta. In tal modo, potrà accadere che il giudice delle dichiarazioni rese dal testimone vulnerabile ed acquisite in sede di incidente probatorio ne avrà cognizione solo attraverso un “muto” verbale, incapace di riportare tanti aspetti della testimonianza e che costituirà, comunque, da base fondante le valutazioni del giudice stesso. La mancanza di una sanzione processuale per l’inosservanza anzidetta non potrà che riflettersi negativamente anche sulla persona del dichiarante, per il quale, dunque, più elevata sarà la probabilità di essere risentito in sede dibattimentale.

6. L’estensione dell’incidente probatorio

L’art. 401, comma 6°, c.p.p. stabilisce che, salvo quanto prescritto dall’art. 402 c.p.p., l’acquisizione della prova non può essere estesa a fatti concernenti soggetti diversi da quelli i cui difensori abbiano presenziato all’udienza di assunzione anticipata della prova. È inoltre vietata la verbalizzazione delle dichiarazioni rese con riguardo a tali soggetti.

24, comma 1° lett. a), ha previsto l’utilizzabilità probatoria delle dichiarazioni rese dal minore solo allorquando queste siano videoregistrate.

³³⁴ F. TRIBISONNA, *L’ascolto del minore testimone o vittima di reato*, cit., pag. 323 ss.

³³⁵ Cass. sez. III, 5 novembre 2015, n. 2972, in *CED cassazione*, n. 266178

³³⁶ N. PASCUCI, *La testimonianza del minore nel processo penale*, cit., p. 2582.

Per le prove non acquisibili secondo la norma *de qua*, dunque, il successivo art. 402 c.p.p. dispone che, al fine di evitare il pericolo di dispersione delle prove, sia il pubblico ministero, che il difensore della persona sottoposta alle indagini, possono richiedere l'estensione dell'incidente probatorio. Tale istituto, infatti, consente di integrare il contraddittorio tra le parti processuali e superare i limiti originariamente fissati dall'ordinanza di ammissione della procedura probatoria incidentale, determinando il rinvio dell'udienza «per il tempo strettamente necessario e comunque non oltre tre giorni»³³⁷.

A fronte della richiesta di estensione presentata dalle parti, il giudice procederà ad una valutazione concernente l'assenza di pregiudizio per l'acquisizione della prova e la sussistenza dei requisiti normativi richiesti, disponendo oltretutto le necessarie notifiche a norma dell'art. 398, comma 3° c.p.p.³³⁸

In merito all'individuazione dell'ambito soggettivo di applicabilità dell'istituto è stato rilevato che le «persone diverse da quelle i cui difensori partecipano all'incidente probatorio» – ex art. 401, comma 6° c.p.p. – devono essere intese come soggetti del tutto estranei allo svolgimento delle indagini preliminari, poiché coloro che sono sottoposti all'attività investigativa rivestono la qualità di litisconsorti necessari³³⁹. Si è inoltre esclusa l'operatività dell'art. 402 c.p.p. nei confronti delle persone aventi la qualifica di indagati in un altro procedimento, anche se connesso³⁴⁰; tale affermazione appare giustificata sulla base della necessità di evitare un'eccessiva divaricazione del perimetro operativo dell'istituto *de quo*, nonché in relazione al punto n. 40 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, riportante l'esigenza di provvedere alla «concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice, di tutti gli incidenti

³³⁷ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 361, ritiene che si tratti di un termine processuale di carattere ordinatorio.

³³⁸ S. SAU, *Sub art. 402, Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Giuffrè, 2010, cit., pag. 4961.

³³⁹ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 266; v. anche G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 357 e 359

³⁴⁰ T. MAZZUCA, *L'incidente probatorio*, in *La Giustizia penale*, III, 1991, pag. 81; v. anche C. PARODI, *Le persone interessate all'assunzione dell'incidente probatorio*, in *Dir. proc. pen.*, 1997, pag. 748

probatori e di tutti i provvedimenti relativi allo stesso procedimento»³⁴¹. Opponendosi a tale orientamento, una parte della dottrina sostiene che si debba riconoscere al pubblico ministero – presente all’udienza – una potestà cautelare, consentendogli di valutare l’urgenza dell’acquisizione della prova e di richiedere l’estensione dell’incidente probatorio anche nei confronti delle persone sottoposte a indagini in procedimenti distinti³⁴². Taluni hanno affermato anche la possibilità di estendere l’incidente probatorio nei confronti della persona offesa dal reato, facendo riferimento al fatto che l’art. 402 c.p.p. pone un richiamo esplicito all’art. 398, comma 3° c.p.p., il quale ricomprende tra i destinatari della notifica anche il soggetto leso³⁴³.

Per quanto riguarda, invece, l’ambito oggettivo dell’estensione dell’incidente probatorio, la dottrina si è interrogata sulla questione concernente la possibilità per la parte richiedente – oltre a ottenere l’integrazione del contraddittorio – di sollevare istanza per l’ammissione di nuove prove.

A tal riguardo, una risposta negativa promana da coloro i quali sostengono la natura eccezionale dello strumento in esame, alla quale sarebbe connessa anche l’impossibilità di presentare ulteriori istanze istruttorie³⁴⁴. Una soluzione positiva, invece, è argomentata da taluni sulla base dell’assunto secondo il quale se un provvedimento reiettivo della richiesta di incidente probatorio – in linea di principio – non pregiudica la possibilità di presentare una nuova istanza allora non potrebbe riconoscersi maggiore efficacia preclusiva ad un provvedimento di ammissione.³⁴⁵

I requisiti che devono essere valutati dal giudice a seguito della presentazione di una richiesta di estensione dell’incidente probatorio, tuttavia, non sono stati indicati dal legislatore processuale nel dettato dell’art. 402 c.p.p. In proposito, una parte della dottrina sostiene che qualora l’organo giurisdizionale non rigetti l’istanza, ritenendola non manifestamente infondata,

³⁴¹ Cfr. punto n. 40 legge delega 16 febbraio 1987, n. 81.

³⁴² P. DI GERONIMO, *L’incidente probatorio*, cit., pag. 150.

³⁴³ A. MOLARI, *L’incidente probatorio*, cit., pag. 587.

³⁴⁴ S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini*, cit., pag. 175; P. RENON, *L’incidente probatorio*, cit., pag. 276

³⁴⁵ A. MOLARI, *L’incidente probatorio*, cit., pag. 591.

sia chiamato altresì a verificare la sussistenza dei presupposti di forma e sostanza previsti dagli artt. 391-*bis*, comma 11°, 392, 393 e 401, comma 6°, c.p.p., nonché accertare l'assenza di qualsiasi pregiudizio per la corretta acquisizione della prova³⁴⁶. Secondo un'ulteriore interpretazione, i requisiti implicitamente richiesti dall'art. 402 c.p.p. non coinciderebbero con quelli previsti per la richiesta di incidente probatorio *ex art.* 393 c.p.p., ma sarebbe sufficiente che l'istanza di estensione rispondesse a tali finalità. Di conseguenza, il giudice potrebbe rigettare la richiesta di estensione soltanto qualora quest'ultima potesse compromettere la corretta assunzione dell'elemento di prova da assicurare al processo³⁴⁷.

³⁴⁶ G. PAOLOZZI, *L'incidente probatorio*, cit., pag. 12; v. anche P. RENON, *Sub art. 402 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2005, pag. 1387.

³⁴⁷ M. CASSANO, *Il giudice per le indagini preliminari nel processo pretorile*, in *Quad. CSM*, 1989, pag. 675

CAPITOLO VI

TUTELA DEL DICHIARANTE E LIMITI ALLA RINNOVAZIONE DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Il regime di utilizzabilità della prova assunta in sede di incidente probatorio. – 2. L'esame dibattimentale del minore che abbia già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio: la deroga prevista dall'art. 190-*bis* c.p.p. – 3. La tutela della riservatezza del minore testimone: il divieto di pubblicazione e il dibattimento a porte chiuse. – 4. La valutazione giudiziale sull'attendibilità della testimonianza di un soggetto vulnerabile. – 5. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello.

1. Il regime di utilizzabilità della prova assunta in sede di incidente probatorio

Come si è già avuto modo di affermare, i verbali degli atti probatori assunti in sede di incidente probatorio confluiranno – ai sensi dell'art. 431, comma 1°, lett. *e* c.p.p. – nel fascicolo per il dibattimento. Successivamente, durante lo svolgimento del giudizio, il giudice per il dibattimento potrà disporre – anche d'ufficio – la lettura integrale o parziale degli atti contenuti nel fascicolo anzidetto, a norma dell'art. 511, comma 1° c.p.p., sui quali potrà, pertanto, basare il proprio convincimento in ordine all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato. Fatta questa precisazione, occorre ora soffermare la successiva parte della trattazione sui limiti codicistici posti dal legislatore in ordine all'utilizzabilità delle prove assunte in sede di incidente probatorio, ordinario e speciale.

Il regime delineato in merito all'utilizzabilità delle prove acquisite nell'ambito della procedura *de qua* trova il suo fondamento nel principio del contraddittorio. Infatti, tale principio impone la necessaria partecipazione del soggetto destinatario degli effetti di un provvedimento giurisdizionale al processo di formazione probatoria dello stesso, implicando, per converso, che colui il quale non abbia preso parte alla formazione dell'atto, né sia stato messo in condizione di farlo, non possa subire pregiudizio dagli effetti di quest'ultimo. In ossequio del principio sopracitato, pertanto, il legislatore processuale ha scelto

di subordinare l'efficacia del risultato probatorio, ottenuto al termine della procedura incidentale, alla necessaria partecipazione del soggetto interessato alla elaborazione dello stesso. Si tratta di una prescrizione normativa fondamentale, in grado di assumere configurazioni differenti negli artt. 403 e 404 c.p.p., ove si disciplinano, rispettivamente, le condizioni di efficacia della prova acquisita nell'ambito dell'incidente probatorio nei confronti dell'imputato e del danneggiato dal reato, costituitosi parte civile nel processo.

Nello specifico, l'art. 403, comma 1°, c.p.p. dispone che «nel dibattimento le prove assunte con incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione». La disposizione in esame configurerebbe, dunque, una «inutilizzabilità oggettivamente e soggettivamente relativa»³⁴⁸, in quanto trova applicazione per la sola fase dibattimentale e nei confronti dei soli imputati i cui difensori non hanno partecipato all'udienza di assunzione incidentale della prova. Di conseguenza, l'art. 403 c.p.p. non è applicabile nelle fasi antecedenti al giudizio. Le prove assunte mediante incidente probatorio sono, pertanto, utilizzabili *erga omnes* ai fini dell'adozione di provvedimenti durante la fase delle indagini preliminari, alla loro conclusione per le determinazioni del pubblico ministero relative all'esercizio dell'azione penale, nell'udienza preliminare, nell'*iter* di applicazione della pena su richiesta delle parti e nel procedimento per decreto, salvi gli effetti derivanti da una eventuale opposizione. D'altronde, tale circostanza risulta giustificata dal fatto che, per l'adozione dei provvedimenti anzidetti, potrebbero essere utilizzati atti dotati di minori garanzie rispetto a quelli acquisiti mediante incidente probatorio e, conseguentemente, l'inutilizzabilità delle prove raccolte in tale sede apparirebbe irrazionale e in contrasto con i principi fondamentali del sistema processuale³⁴⁹.

Tale soluzione risulta altresì conforme ai principi del giusto processo, sanciti dall'art. 111 Cost.³⁵⁰. In base al dettato costituzionale, infatti, solo la

³⁴⁸ M. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, vol. VI, pag. 358 ss.

³⁴⁹ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 394. *contra* M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit. pag. 358, secondo la quale l'incidente probatorio risulta un meccanismo garantito solo se il soggetto, nei cui confronti la prova viene utilizzata, sia stato rappresentato dal suo difensore.

³⁵⁰ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit. *ibidem*.

formazione del materiale probatorio destinato a fondare il giudizio di colpevolezza o di innocenza deve avvenire nel rispetto del contraddittorio tra le parti. Oltretutto, ai sensi del comma 5° dell'art. 111 Cost., in materia probatoria assume una rilevanza assoluta il potere dispositivo delle parti, dal quale deriva la possibilità per il giudice di fondare il proprio convincimento su qualsiasi atto che, per effetto delle scelte processuali dell'imputato, sia divenuto legittima base probatoria³⁵¹. Pertanto, in ossequio del principio del contraddittorio come sancito in Costituzione, le limitazioni oggettive previste dall'art. 403 c.p.p. non trovano applicazione nell'ambito dei riti che escludono lo svolgimento della fase dibattimentale, poiché il consenso all'utilizzazione degli atti di indagine è insito della richiesta di accesso al rito alternativo.

Inoltre, i risultati dell'incidente probatorio sono utilizzabili – al di fuori dei limiti prescritti dall'art. 403 c.p.p. – anche per richiedere l'applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'indagato. Infatti, in materia di misure cautelari personali non è necessario un pieno accertamento della responsabilità dell'indagato, essendo sufficiente la presenza dei gravi indizi di colpevolezza previsti dall'art. 273 c.p.p. In questo contesto non sembra, infatti, che la prova assunta in sede di incidente probatorio sia dotata di una “forza dimostrativa” superiore rispetto al resto del materiale d'indagine che il pubblico ministero presenta ai sensi dell'art. 291 c.p.p.³⁵². Per quel che concerne, invece, il profilo soggettivo dell'utilizzabilità del risultato probatorio ottenuto in sede incidentale, l'art. 403, comma 1°, c.p.p. prescrive che nel dibattimento le prove assunte con incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione. Il legislatore con tale disposizione ha voluto garantire che l'incidente probatorio espliciti i suoi effetti soltanto nei confronti dei soggetti che siano stati in grado di parteciparvi, difendendosi attivamente.

In dottrina è stato evidenziato che la precisazione secondo cui «nel dibattimento le prove assunte con l'incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro

³⁵¹ C. Cost. 27 luglio 2001, n. 326, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 3343.

³⁵² K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit. pag. 641-642.

assunzione» non va interpretata come mera presenza dei difensori all'udienza incidentale, ma come partecipazione attiva dei difensori all'intero *iter* procedurale di formazione della prova³⁵³. Oltretutto, dal combinato disposto degli artt. 401, comma 2°, e 403 c.p.p. è possibile evincere la regola secondo la quale, ai fini dell'utilizzabilità delle prove acquisite mediante incidente probatorio, è sufficiente la presenza di un difensore dell'indagato durante la procedura acquisitiva, anche se si tratta di un difensore nominato d'ufficio e non di fiducia. Conseguentemente, la disciplina dell'art. 403, comma 1°, c.p.p. si applica ai casi in cui l'assenza del difensore sia imputabile alla mancata osservanza degli artt. 393, comma 2°, 398, comma 3°, 401, commi 1° e 2°, ovvero alla violazione del divieto di estensione della prova previsto dall'art. 401, comma 6°, c.p.p. Tuttavia, secondo alcuni commentatori, l'inutilizzabilità soggettivamente relativa, prevista dalla disposizione *de qua*, non sarebbe sufficientemente proporzionata alla gravità delle violazioni che potrebbero aver dato luogo alla mancata partecipazione del difensore³⁵⁴. Da ciò, è possibile prospettare un percorso alternativo, che differenzia le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla violazione del principio del contraddittorio in funzione delle cause che hanno determinato la mancata partecipazione del difensore all'udienza incidentale. In particolar modo, laddove l'assenza del difensore sia dovuta ad un'erronea applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 393, 398 e 401 c.p.p., potrebbe configurarsi una nullità assoluta dell'atto ai sensi degli artt. 178, comma 1° c.p.p. e 179 c.p.p., prevalente, dunque, rispetto alla stessa impossibilità di utilizzazione della prova.

Un ulteriore tema riguarda la possibilità di utilizzare, indipendentemente dal consenso dell'imputato, il risultato probatorio favorevole emerso dall'incidente probatorio anche qualora tale procedura si sia svolta in assenza del difensore dell'imputato. Il testo dell'art. 403 c.p.p. fa genericamente riferimento all'inutilizzabilità della prova nei confronti dell'imputato, palesando, dunque, una regola di esclusione operante in ogni circostanza³⁵⁵. Del resto, quando il

³⁵³ U. LEDONNE, *L'incidente probatorio*, in *Giust. pen.*, 1990, vol. III, pag. 496 ss.

³⁵⁴ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 315; V. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, cit. pag. 12.

³⁵⁵ V. DE ROBERTO, *Incidente probatorio*, cit. pag. 13.

legislatore ha voluto sancire l'inutilizzabilità di atti probatori soltanto se prodotti contro l'imputato lo ha espressamente previsto, come nell'ipotesi di cui all'art. 63, comma 1°, c.p.p., a norma del quale non sono utilizzabili, contro la persona che le ha rese, le dichiarazioni auto-indizianti rilasciate prima di rivestire la qualifica di indagato o imputato³⁵⁶. In senso contrario vi è chi, invece, sostiene che un'interpretazione basata sui principi ispiratori del nuovo codice di rito – oltretutto sul comune “buon senso” – dovrebbe indurre a ritenere che in casi del genere la prova dovrebbe essere sempre utilizzabile in favore dell'imputato³⁵⁷.

La disciplina giuridica della utilizzabilità in dibattimento delle prove assunte mediante incidente probatorio è caratterizzata ulteriormente dalla previsione contenuta nel comma 1-*bis* dell'art. 403 c.p.p. La disposizione anzidetta, infatti, prescrive che «le prove non sono utilizzabili nei confronti del soggetto raggiunto solo successivamente all'incidente probatorio da indizi di colpevolezza se il difensore non ha partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile». Invero, nella sua formulazione originaria l'art. 403 c.p.p. era costituito da un unico comma, il quale disponeva che «nel dibattimento le prove assunte con incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione»³⁵⁸.

La genericità insita della predetta statuizione pareva, dunque, attribuire all'art. 403 c.p.p. una funzione di ampia tutela. In particolare, l'ambito di applicazione della norma sembrava comprendere sia l'ipotesi in cui l'imputato – pur essendo già indagato al momento dell'assunzione della prova – fosse stato pretermesso a causa di un vizio nelle notifiche di cui agli artt. 395 e 398, comma 3°, c.p.p., oppure, per l'inosservanza delle norme in materia di partecipazione all'udienza previste dall'art. 401, commi 1° e 2°, c.p.p., o per la violazione dei divieti sanciti dall'art. 401, comma 6°, c.p.p., sia il caso in cui la mancata partecipazione fosse dipesa dal fatto che – al momento dell'assunzione della prova – la persona poi divenuta imputata non aveva il diritto di essere rappresentata dal difensore in

³⁵⁶ G. BIONDI, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 407.

³⁵⁷ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 311.

³⁵⁸ P. RENON, *sub. art. 403, c.p.p.*, in *CONSO-ILLUMINATI: Commentario breve al Codice di procedura penale*, Cedam, 2015. pag. 1769.

quanto non ancora raggiunta da indizi di colpevolezza e, pertanto, non rivestiva ancora la qualità di indagato³⁵⁹. Successivamente, è intervenuta la Corte costituzionale, la quale, a fronte di una questione di legittimità dell'art. 403 c.p.p. sollevata con riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., ha affermato che dall'art. 403 c.p.p. «non può derivare l'inutilizzabilità della prova formatasi in sede di incidente probatorio nei confronti dei soggetti che solo successivamente all'assunzione della prova sono stati raggiunti da indizi di colpevolezza, atteso che, per definizione nessun contraddittorio poteva essere nei loro confronti assicurato»³⁶⁰. Secondo la Corte, l'art. 403 c.p.p. è stato chiaramente concepito in funzione della salvaguardia del principio del contraddittorio, inteso quale espressione del generale diritto di difesa e, pertanto, la disposizione in parola viene a rappresentare la sanzione processuale posta a presidio di tale principio. Tale sanzione può essere irrogata solo quando «non sia stato nel concreto assicurato il contraddittorio» e, quindi, non è applicabile nelle ipotesi in cui la persona sia stata raggiunta da indizi di colpevolezza solo successivamente all'assunzione della prova, perché in tali casi non poteva essere assicurato alcun contraddittorio. Dopo l'intervento della Corte costituzionale, il legislatore – con l'art. 5 della l. 7 agosto 1997, n. 267 – ha introdotto nell'art. 403 c.p.p. il comma 1-*bis*, il quale ha disciplinato la materia in maniera più restrittiva rispetto alla pronuncia della sentenza esaminata. Il legislatore ha infatti considerato il contraddittorio quale principio cardine del sistema probatorio, in virtù del quale la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento di formazione della prova costituisce una condizione minima ed imprescindibile ai fini dell'utilizzabilità della prova medesima³⁶¹. Di conseguenza, la regola dell'inutilizzabilità della prova veniva estesa anche agli imputati raggiunti solo successivamente all'esaurimento della procedura incidentale da indizi di colpevolezza, prevedendo come sola deroga il caso in cui tali indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto probatorio assunto sia divenuta impossibile. L'utilizzazione con valore di prova piena di elementi formati *inter alios* trova la

³⁵⁹ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit. pag. 640 ss.

³⁶⁰ C. Cost. 16 maggio 1994, n. 181, in *Giur. cost.*, 1994, pag. 1613, con nota di SCALFATI, *Incidente probatorio su fatti "in cerca d'autore"*.

³⁶¹ P. RENON, *sub. art. 403, c.p.p.*, cit. pag. 1769.

propria legittimazione nell'impossibilità di integrare il contraddittorio, causata dall'irripetibilità sopravvenuta dell'atto assunto. Al di fuori di tale circostanza, prevale il diritto dell'imputato a partecipare alla formazione del materiale probatorio. Per quanto riguarda le prove ripetibili, non sussistono ostacoli all'applicazione piena della regola dell'inutilizzabilità soggettiva di cui all'art. 403 c.p.p., che svolge una funzione di garanzia vietando l'assunzione di atti senza il rispetto dei diritti della difesa. Qualora l'atto sia rinnovabile, il pubblico ministero dovrà, infatti, richiedere un nuovo incidente probatorio per la medesima prova già acquisita, ma coinvolgendo soggetti differenti.

Tale disciplina risulta perfettamente conforme ai principi costituzionali, poiché il sacrificio del contraddittorio nell'assunzione della prova appare giustificato esclusivamente in presenza di un'impossibilità oggettiva e accertata di rinnovare l'atto, così come previsto dalla seconda parte dell'art. 111, comma 5°, Cost.

In tutti gli altri casi – in cui la ripetizione della prova risulta possibile – il ritardo nell'acquisizione della qualifica di indagato non può pregiudicare i diritti dell'imputato e il contraddittorio deve essere pienamente garantito.

Un'altra questione prospettabile in materia riguarda l'individuazione del momento in cui un soggetto possa ritenersi raggiunto da indizi di reità a suo carico. La stessa Corte costituzionale, nella pronuncia precedentemente analizzata, aveva attribuito al giudice del dibattimento il compito di apprezzare il momento di emersione degli indizi. In dottrina, inoltre, si è rilevato che al fine di individuare la persona sottoposta alle indagini non deve farsi riferimento ad un elemento formale, quale l'iscrizione del nominativo nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., ma piuttosto al dato sostanziale, costituito dall'emersione concreta di indizi a suo carico³⁶². Diversamente, si correrebbe il rischio che il pubblico ministero ritardi volutamente l'iscrizione del nominativo di un determinato soggetto nel registro degli indagati, impedendogli così di partecipare all'udienza di incidente probatorio con l'obiettivo di utilizzare la prova raccolta nei suoi confronti in sede dibattimentale. Dunque, risulta corretto affermare che

³⁶² A. SCCELLA, *Commento all'art. 5, l. 7-8-1997, n. 267*, in *leg. pen.*, 1998, pag. 345 ss.; B. PIATTOLI, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Giappichelli, 2000, pag. 412 ss.

l'individuazione del momento – iniziale – di manifestazione degli indizi di colpevolezza debba essere il frutto delle valutazioni del caso concreto³⁶³. Oltretutto, si ritiene che in dibattimento, qualora sorga la questione sull'utilizzabilità della prova assunta con incidente probatorio, le parti possano produrre al giudice gli atti delle indagini preliminari idonei a dimostrare il momento in cui siano emersi indizi di colpevolezza³⁶⁴. In particolar modo, ricade sul pubblico ministero – il quale voglia servirsi della prova assunta mediante incidente – l'onere di dimostrare che nel momento dello svolgimento dell'udienza incidentale non erano ancora emersi indizi di colpevolezza a carico dell'imputato e che, nel momento in cui tali indizi erano sopravvenuti, l'atto era ormai divenuto irripetibile³⁶⁵.

2. L'esame dibattimentale del minore che abbia già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio: la deroga prevista dall'art. 190-bis c.p.p.

Come già rilevato, al termine dell'udienza di assunzione della prova, il verbale dell'atto compiuto, i documenti acquisiti e le registrazioni fonografiche o audiovisive eseguite *ex art.* 398, comma 5-*bis*, c.p.p. verranno trasmessi al pubblico ministero e inseriti in un apposito fascicolo, depositato presso la segreteria della pubblica accusa ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.p.

Terminata la fase delle indagini preliminari, qualora sia stata esercitata l'azione penale e il giudice dell'udienza preliminare abbia emesso il decreto di rinvio a giudizio, il verbale dell'atto acquisito mediante incidente probatorio verrà inserito – ai sensi dell'art. 431 c.p.p. – nel c.d. “fascicolo per il dibattimento”, successivamente trasmesso al giudice competente per la relativa fase³⁶⁶.

Durante l'istruzione dibattimentale, qualora si constati che, effettivamente, non è più esperibile quel “meccanismo conoscitivo”, ovvero non lo è più in condizioni ottimali, verrà data lettura – integrale o parziale – del documento

³⁶³ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 320.

³⁶⁴ G. BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, cit. pag. 415.

³⁶⁵ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 326.

³⁶⁶ P. RENON, *sub art. 403 c.p.p.*, *Commentario breve*, cit. pag. 1771.

anzidetto, secondo quanto disposto dall'art 511 c.p.p.; la lettura può essere disposta anche d'ufficio e, inoltre, sulla base delle condizioni previste dall'art. 511, comma 5°, c.p.p., alla lettura stessa può sostituirsi la semplice indicazione degli atti. Il verbale dell'incidente probatorio risulta così acquisito al processo e può essere valutato dal giudice come prova dei fatti in esso affermati ai fini della decisione finale. Tuttavia, nel caso in cui al momento della celebrazione del dibattimento l'elemento probatorio acquisito in via anticipata ai sensi dell'art. 392 c.p.p. abbia perso il carattere dell'indifferibilità – e risulti, a quel punto, suscettibile di essere raccolto – esso dovrà essere nuovamente assunto, ricorrendo alle modalità ordinarie di acquisizione della prova previste dalla legge. In caso contrario, infatti, si comprometterebbe la funzione del dibattimento, individuato dal legislatore come la fase centrale del procedimento penale, all'interno della quale – in ossequio dei principi del contraddittorio, dell'oralità, dell'immediatezza, della pubblicità e della concentrazione – si forma la prova deputata a condurre il giudice alla decisione finale³⁶⁷.

Pertanto, il giudice del dibattimento – prima di disporre la lettura ai sensi dell'art. 511 c.p.p. – dovrà verificare se, concretamente, la prova acquisita mediante incidente probatorio è, o meno, suscettibile di essere rinnovata in giudizio. A tal riguardo, si potrebbe sostenere che l'elemento probatorio, acquisito tramite il meccanismo *de quo*, essendo già incluso nel fascicolo per il dibattimento sia di per sé leggibile nel giudizio, senza la necessità di verificarne la rinnovabilità. Tuttavia, tale interpretazione non risulterebbe pienamente conforme al sistema normativo. Infatti, l'art. 511, commi 2° e 3°, c.p.p. consente la lettura dei verbali delle dichiarazioni solo dopo l'esame della persona che le ha rese, salvo il caso in cui tale esame non possa avere luogo, e, per quanto riguarda la relazione peritale, solo dopo l'esame del perito. Sulla base di questa disposizione, qualora il dichiarante – precedentemente escusso mediante incidente probatorio – debba essere esaminato in dibattimento perché l'impedimento originario non si è più verificato, le dichiarazioni rese in via anticipata potranno essere lette soltanto

³⁶⁷ S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 329 ss. Oltretutto, in caso di sopravvenuta ripetibilità del mezzo di prova, la funzione di conservazione incidentale, fulcro del funzionamento dell'istituto dell'incidente probatorio, verrebbe a mancare.

dopo il nuovo esame di quest'ultimo, al fine di evitare la prassi della mera conferma delle dichiarazioni. È, dunque, logico ritenere che la lettura miri a evidenziare eventuali contraddizioni o discrepanze tra le dichiarazioni rese, successivamente, nel dibattimento e quelle rese in precedenza durante l'incidente probatorio³⁶⁸.

In relazione a tale questione, la sopravvenuta ripetibilità della prova, che – come tale – imporrebbe la rinnovazione dell'atto in sede dibattimentale, è espressamente derogata dall'art. 190-*bis* c.p.p. Il legislatore, infatti, ha scelto di limitare – in riferimento a specifici procedimenti – il diritto delle parti alla rinnovazione della prova. L'art. 190-*bis* c.p.p., nel suo comma 1°, stabilisce che, nei procedimenti relativi ai delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., quando venga richiesto l'esame di un testimone o i una delle persone indicate all'art. 210 c.p.p., e tali soggetti abbiano già reso dichiarazioni nell'ambito di un incidente probatorio o di un dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti tali dichiarazioni saranno utilizzate, ovvero dichiarazioni i cui verbali siano stati acquisiti ai sensi dell'art. 238 c.p.p., l'esame è ammesso soltanto se fondato su fatti o circostanze differenti rispetto a quelli oggetto delle dichiarazioni precedenti, oppure se il giudice o una delle parti lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze probatorie.

La medesima prescrizione è resa applicabile, dal successivo comma 1-*bis*, anche all'ipotesi in cui venga richiesto in dibattimento l'esame del testimone minore degli anni diciotto³⁶⁹, precedentemente sentito in sede di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., nell'ambito di procedimenti per reati attinenti alla libertà personale e alla personalità individuale dei minori³⁷⁰.

³⁶⁸ M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit. pag. 358.

³⁶⁹ L'art. 14, comma 3°, l. 19 luglio 2019, n. 69 ha innalzato l'età del dichiarante – prevista dal codice di rito – da sedici a diciotto anni. Infatti, la differenziazione tra minori di sedici anni e minori di età compresa tra sedici e diciotto anni era considerata lesiva dell'art. 3, Cost. cfr. G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 991.

³⁷⁰ P. RENON, *sub art. 403 c.p.p.*, *Commentario breve*, cit. pag. 1771.

Inoltre, si deve evidenziare che – a seguito della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 2005³⁷¹, pronunciata al termine della “vicenda Pupino” – è stato ampliato l’ambito operativo della norma in esame, oggi applicabile a tutte le ipotesi di assunzione anticipata della testimonianza della persona offesa che versi in una condizione di particolare vulnerabilità.

Pertanto, al fine di limitare le possibilità di riascolto del dichiarante minore in dibattimento, l’art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. dispone che quando è richiesto l’esame di un testimone minore degli anni diciotto o di una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità³⁷², e queste abbiano già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio *ex art. 392*, comma 1-*bis*, c.p.p., una nuova audizione è ammessa «solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». In via preliminare, occorre specificare che, con riferimento ai testimoni minori di età, la disposizione in esame presenta un ambito di applicazione più limitato rispetto a quello previsto dall’art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. Infatti, il comma 1-*bis*, dell’art. 190-*bis* c.p.p. non include i reati di maltrattamenti *ex art. 572* c.p., tratta di persone *ex art. 601* c.p., acquisto e alienazione di schiavi *ex art. 602* c.p., nonché la prostituzione minorile *ex art. 600-bis*, comma 2°, c.p.³⁷³

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che, nell’ipotesi in cui un procedimento penale abbia ad oggetto molteplici reati, alcuni dei quali inclusi nell’elenco di cui all’art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. ed altri in quello del comma 1-*bis* dell’art. 392 c.p.p., la prima disposizione richiamata trova applicazione per tutte le fattispecie oggetto di imputazione in quel procedimento, incluse quelle non espressamente menzionate nell’elenco, al fine di evitare disparità di trattamento in relazione ai diversi capi di imputazione³⁷⁴.

³⁷¹ C.G.U.E. 16 giugno 2005, C-105/03.

³⁷² Riferimento introdotto dall’art. 1, comma 1°, lett. e), d.lgs. n. 212 del 2015.

³⁷³ Tuttavia, a differenza di quanto previsto dalla normativa sull’incidente probatorio speciale, la norma in commento è applicabile anche alla fattispecie di cui all’art. 600-*quater* c.p., relativa alla detenzione o accesso a materiale pedopornografico.

³⁷⁴ Cass. sez. IV, 3 ottobre 2018, n. 3609, in *CED cassazione*, n. 273240.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della normativa in esame, la prima parte dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. cessa di trovare applicazione nel momento in cui, durante il giudizio, sopraggiunga il conseguimento della maggiore età da parte del dichiarante. In tal caso, qualora egli sia anche persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, potrà comunque operare la seconda parte della disposizione.

Affinché possa procedersi ad una nuova escussione del testimone in dibattimento, come già specificato, questa deve concernere «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni». L'impiego di una formulazione piuttosto generica come quella in commento, di fatto, rende aggirabile il divieto di un secondo esame mediante l'utilizzo di specifiche strategie processuali, sia difensive che accusatorie³⁷⁵. In effetti, la difesa dell'imputato e il pubblico ministero potrebbero ritenere opportuno non esaurire l'insieme delle domande da rivolgere al minore in sede di incidente probatorio, riservandosi di formulare ulteriori quesiti nel corso dell'esame dibattimentale e di cui si siano già prefigurati la richiesta³⁷⁶. La facoltà di individuare tali esigenze specifiche, riconosciuta alle parti processuali, implica per il giudice un obbligo di accoglimento della richiesta a condizione che essa non risulti manifestamente strumentale o priva di fondamento³⁷⁷. Per quanto finora analizzato, appare evidente che la *ratio* propria dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis* c.p.p. è quella di apportare una tutela specifica nei confronti della personalità del testimone minore d'età, anche nel caso in cui questo non sia una persona offesa, evitando una «usura della fonte di prova, in tale ipotesi particolarmente stringente»³⁷⁸.

³⁷⁵ Un nuovo esame, infatti, potrebbe essere richiesto per presunta reticenza del testimone nella prima escussione in sede di incidente probatorio. Cfr. Cass. sez. III, 8 aprile 2010, n. 19729, in *CED cassazione*, n. 247167.

³⁷⁶ In tal senso, M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore in sede di incidente probatorio*, cit., p. 200, che ritiene l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. un filtro a «maglie troppo larghe». Oltretutto, un ulteriore pericolo di elusione normativa codicistica è rappresentato dalla circostanza per la quale la previsione di cui all'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. non trova applicazione con riferimento a mezzi di prova differenti dalla testimonianza.

³⁷⁷ Cass. sez. V, 30 novembre 2011, n. 11616, in *CED cassazione*, n. 251813 attribuisce solo al giudice il potere di valutare cosa rientri nella nozione di «specifiche esigenze», riservando alla parte unicamente l'onere di rappresentare le specifiche ragioni alla base della sua domanda.

³⁷⁸ Così, Cass. sez. III, 29 novembre 2019, n. 10374, in *CED cassazione*, n. 277092

A tal fine, risulta imprescindibile che l'escussione del minore in sede di incidente probatorio sia integralmente documentata tramite videoregistrazione, in quanto rappresenta l'unico strumento idoneo a rilevare non solo le espressioni verbali, ma anche quelle non verbali del dichiarante, nonché del soggetto che conduce l'esame, garantendo così un adeguato controllo sulla formazione della prova. Inoltre, come già affermato, il perimetro soggettivo della tutela offerta dalla disposizione in esame è stato ulteriormente esteso – ad opera del d.lgs. n. 212 del 2015 – mediante l'introduzione del riferimento alla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità nella seconda parte del comma 1-*bis* dell'art. 190-*bis* c.p.p. Tuttavia, nonostante gli indubbi vantaggi scaturiti dall'anzidetta riforma legislativa, la quale ha significativamente migliorato la tutela processuale riconosciuta all'integrità psico-fisica del dichiarante debole, una parte della dottrina ha da sempre manifestato un certo scetticismo nei confronti di tale disciplina. Essa, infatti, è stata ritenuta potenzialmente lesiva dei principi fondanti del sistema accusatorio, poiché determinante una ulteriore compressione del diritto di difesa dell'imputato e del principio del contraddittorio sulla prova. Nello specifico, l'estensione della protezione contro la reiterazione dell'esame dibattimentale, di cui all'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., anche alla persona offesa – maggiorenne – in condizione di particolare vulnerabilità, incrementerebbe ulteriormente il già ampio novero di ipotesi normative che «annientano il diritto dell'imputato alla prova e derogano al processo orale»³⁷⁹. Oltretutto, l'impiego nella normativa processuale di concetti ampi come quello di “vittima vulnerabile” – tipico della normativa sopranazionale ed europea – apre la strada ad inediti spazi per creatività giurisprudenziale, i quali si prestano ad operare come «fattore di crisi della

³⁷⁹ Di tale avviso, L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pag. 848. Diversamente, D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2014, pag. 1805; F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 aprile 2016, pag. 26. Tra l'altro, F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis, c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen.*, 2014, pag. 2, rileva che, in relazione all'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., vi sia un'evidente compressione del diritto di difesa finalizzata ad evitare la c.d. vittimizzazione secondaria, nonché dubbi di legittimità in relazione al bilanciamento tra quest'ultimo e il c.d. «rischio processuale».

legalità»³⁸⁰. La tutela offerta dall'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., infatti, trova applicazione solo a seguito di una valutazione discrezionale del giudice, concernente la sussistenza della condizione di vulnerabilità della persona offesa, in forza dell'applicazione dei criteri di cui all'art. 90-*quater*, c.p.p.³⁸¹ Appare evidente, dunque, che lo stesso principio di centralità del dibattimento venga privato della sua efficacia. In proposito, la riforma dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. – attuata dal d.lgs. 215 del 2015 – non potrebbe nemmeno essere considerata un “corollario” della direttiva europea 2012/29/UE per la tutela delle vittime vulnerabili; né, tantomeno, la disposizione è da ritenere necessaria per dare attuazione al dispositivo dell'art. 35§1, lett. *e*), della Convenzione di Lanzarote sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali³⁸². Infatti, quest'ultimo non prescrive il divieto assoluto di riesame del dichiarante già sentito, ma impone unicamente di «limitare al minimo indispensabile le audizioni...»³⁸³, tra l'altro, con una previsione circoscritta alla fase delle indagini penali³⁸⁴. Inoltre, enunciando che gli Stati membri provvedono a che il numero delle audizioni sia limitato al minimo, l'art. 20§1, lett. *b*., della direttiva 2012/29/UE non dispone in alcun modo che la vittima del reato sia sentita solamente una volta dall'organo giudicante³⁸⁵. Per quanto riguarda la normativa nazionale, di particolare rilevanza sono i rapporti tra l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, e l'art. 525, comma 2°, c.p.p., il quale prescrive una nullità assoluta nel caso in

³⁸⁰ E. M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Cass. pen.*, 2014, pag. 1805.

³⁸¹ F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 luglio 2014, pag. 9, ritiene necessario – in sede di attuazione della direttiva 2012/29/UE – prevedere un contraddittorio tra le parti sulla valutazione di particolare vulnerabilità, ritenendo «non compatibile con il principio costituzionale della parità delle parti e della tutela del diritto di difesa che le deroghe all'esercizio ordinario del contraddittorio nella formazione della prova faccia seguito a una valutazione compiuta *de plano*».

³⁸² N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., pag. 142.

³⁸³ art. 35§1, lett. *e*., della Convenzione di Lanzarote, 21 ottobre 2007.

³⁸⁴ art. 20§1, lett. *b* direttiva 2012/29 UE. Tra l'altro, la stessa Corte costituzionale ritiene che il divieto della rinnovazione superflua dell'audizione della vittima sancito dalla direttiva riguardi la sola fase delle «indagini penali», corrispondenti – nel contesto del diritto processuale penale italiano – alle indagini preliminari, e non si estende, dunque, alla fase del processo «nella quale è pacifico che la persona offesa debba poter essere sentita [...] nel contraddittorio tra le parti». Cfr. C. cost., 23 maggio 2019, n. 124, §4.4 del Considerando in diritto.

³⁸⁵ C.G.U.E., 29 luglio 2019, C-38/18, *Gambino*

cui vi sia difformità tra i giudici che hanno partecipato al dibattimento e quelli che concorrono alla deliberazione. Recentemente, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità degli artt. 511, 525, comma 2°, e 526, comma 1°, c.p.p., con riguardo all'art. 111 della Costituzione, nella parte in cui tali norme garantiscono il diritto alla rinnovazione della prova testimoniale in caso di mutamento della persona fisica del giudice durante il dibattimento³⁸⁶. Nonostante una pronuncia nel senso dell'inammissibilità della questione, il giudice delle leggi prende posizione sul tema dell'indebito bilanciamento tra efficienza processuale e garanzie, dilungandosi – nella motivazione – in una serie di suggerimenti al legislatore al fine di introdurre «ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi “compensativi” funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione»³⁸⁷. Sulla scia giurisprudenziale di una progressiva svalutazione del principio di immediatezza, anche le Sezioni Unite hanno tentato di circoscrivere la portata dell'art. 525, comma 2, c.p.p., affermando che il diritto delle parti di chiedere la rinnovazione delle prove già assunte davanti ad altro giudice sarebbe subordinata alla specifica indicazione dei motivi che la impongono, oltre che ad una valutazione di non manifesta superfluità della rinnovazione stessa³⁸⁸. In definitiva, gli artt. 190-bis, comma 1-bis, e 525, comma 2°, c.p.p. operano certamente su piano differenti e sono dettati da differenti finalità, ma, nonostante ciò, potrebbe porsi il problema di dover risentire il testimone minorenne, già escusso in giudizio, qualora muti il giudice

³⁸⁶ C. cost., 29 maggio 2019, n. 132. Per alcuni commenti, v. P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, pag. 1 ss.; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, *ivi.*, 2019, pag. 1 ss.; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi.*, 2019, pag. 1 ss.

³⁸⁷ C. cost., 29 maggio 2019, n. 132

³⁸⁸ Cass. sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, in *CED cassazione*, n. 276678. Per un commento, v. A. DE CARO, *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, pag. 293 ss., il quale evidenzia il tentativo di rendere eccezionale la rinnovazione probatoria, elevando “indebitamente a regole le previsioni dell'art. 190-bis, c.p.p.”.

dibattimentale nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. Ciò che lega le due norme è la previsione, contenuta in quest'ultimo comma, che attribuisce al giudice e alle parti il potere di individuare le «specifiche esigenze» che possa legittimare un secondo esame del teste: tra queste, può essere certamente ricomprendersi il caso di cui all'art. 525, comma 2, c.p.p.³⁸⁹ Alla luce dell'art. 525, comma 2°, c.p.p., inerente unicamente alla fase del dibattimento, appare rafforzato il ruolo dell'incidente probatorio nell'esame della persona offesa particolarmente vulnerabile poiché – in caso di mutamento del giudice – l'art. 525, comma 2°, c.p.p. non prescrive un nuovo esame per il testimone già sentito in incidente probatorio³⁹⁰. Si è, inoltre, posta la questione in dottrina se, durante l'esame dibattimentale – ai sensi dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p. – dei soggetti già sentiti in sede di incidente, le parti possano utilizzare le dichiarazioni contenute nel relativo verbale per formulare contestazioni. Al riguardo, gli artt. 500 e 503 c.p.p. consentono l'utilizzo, a fini di contestazione, degli atti inclusi nel fascicolo del pubblico ministero per mettere in discussione il contenuto della deposizione dibattimentale, senza però menzionare espressamente quelli inseriti nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. Tuttavia, l'assenza di un riferimento esplicito ai verbali di incidente probatorio negli artt. 500 e 503 c.p.p. non appare sufficiente per escludere il loro utilizzo a fini di contestazione. La valutazione delle risultanze dell'incidente probatorio in dibattimento è demandata al giudice, il quale procederà secondo il proprio prudente apprezzamento, in conformità alle ordinarie regole di valutazione previste dall'art. 192 c.p.p.

Non sussistono principi o norme che impongano una prevalenza automatica delle risultanze dell'incidente probatorio su quelle dibattimentali, o viceversa.

In caso di contrasti tra le prove acquisite in incidente probatorio e quelle rinnovate in dibattimento, il giudice è libero di apprezzare e valutare entrambe,

³⁸⁹ Diversamente, Cass. sez. VI, 10 aprile 2018, n. 29660, in *CED cassazione*, n. 272885 ; Cass. sez. I, 14 giugno 2016, n. 48710, in *CED cassazione*, n. 268867, ritengono che sia necessario che il nuovo giudice indichi le situazioni legittimanti un secondo esame ai sensi dell'art. 190-*bis*, c.p.p., non considerando sufficiente il mutamento giudiziale.

³⁹⁰ C.G.U.E., 29 luglio 2019, C-38/18, *Gambino* ha ritenuto l'art. 525, comma 2, c.p.p. compatibile con gli artt. 16 e 18 della direttiva 2012/29/UE.

adottando una decisione ponderata e motivata sulle ragioni che lo hanno indotto a ritenere più attendibile una prova rispetto all'altra. Oltretutto, stato osservato che il giudice potrebbe considerare maggiormente attendibile la dichiarazione resa in incidente probatorio rispetto a quella dibattimentale, poiché la prima è stata comunque assunta nel rispetto del contraddittorio e secondo le forme previste per la fase dibattimentale³⁹¹. Tuttavia, non è mancato chi ha ritenuto che “una ermeneutica più aderente ai principi fondamentali del nuovo sistema dovrebbe indurre a privilegiare il meccanismo conoscitivo realizzato in sede dibattimentale”; ciò soprattutto perché la prova incidentale garantisce un contraddittorio minore e più parziale rispetto al dibattimento, laddove la conoscenza del *thema probandum* è, invece, completa³⁹².

3. La tutela della riservatezza del dichiarante minorenni: il divieto di pubblicazione ed il dibattimento a porte chiuse

La tutela del minore testimone non si realizza esclusivamente attraverso la previsione di modalità di audizione differenti da quelle ordinarie, ma anche mediante la garanzia della sua riservatezza e la protezione da circostanze ambientali potenzialmente dannose. L'obiettivo è evitare la divulgazione incontrollata di atti, informazioni o immagini riguardanti i soggetti coinvolti nel procedimento, che potrebbe condurre a una “stigmatizzazione” del minore e causare inevitabili ripercussioni negative, avendo riguardo anche del contesto sociale in cui egli vive³⁹³. Nello specifico, la tutela della riservatezza trova un espresso riconoscimento nell'art. 8 CEDU, nella parte in cui dispone che «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata [...]»³⁹⁴ ed il cui ambito di applicazione è stato progressivamente ampliato grazie all'attività interpretativa

³⁹¹ M. BARGIS, *Incidente probatorio*, cit. pag. 358.

³⁹² S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit. pag. 333

³⁹³ L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4208 s., considera tale condizione particolarmente nociva per il minore in quanto soggetto in età evolutiva.

³⁹⁴ art. 8 CEDU.

della Corte di Strasburgo³⁹⁵. A seguire, la direttiva 2011/93/UE – relativa alla lotta contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile – la quale ha introdotto una norma specificamente posta a tutela della *privacy* della vittima minorenni, prescrivendo nel suo art. 20 agli Stati di adottare «le misure necessarie, nell’interesse della vittima minorenni e tenuto conto di altri interessi superiori, per proteggere la vita privata, l’identità e l’immagine delle vittime minorenni e impedire la diffusione pubblica di qualsiasi informazione che ne permetta l’identificazione»³⁹⁶. Ricontrata l’assenza di una esplicita copertura nella nostra Carta fondamentale del diritto alla riservatezza, la stessa Corte costituzionale – già dagli anni ’70 – ha ritenuto opportuno ricondurre tale diritto nell’alveo dei diritti inviolabili della persona, espressamente riconosciuti e garantiti dall’art. 2 Cost. Tuttavia, in un’ottica di bilanciamento tra valori, il diritto di cronaca giudiziaria – costituzionalmente garantito dall’art. 21 Cost. quale espressione della libertà di manifestazione del pensiero – subisce una inevitabile compressione quando il processo penale coinvolga un soggetto minorenni nel ruolo di testimone del reato.

Ad ogni modo, la giurisprudenza ritiene che il diritto di cronaca non vada completamente sacrificato nel caso in cui le informazioni riguardino soggetti minorenni, purché vengano osservati i limiti dell’interesse pubblico, della verità e della continenza. Pertanto, le disposizioni che vietano la divulgazione di generalità, immagini o qualsiasi altro elemento idoneo a identificare il minore non costituiscono un limite invalicabile all’esercizio del diritto di cronaca ai sensi *ex art.* 21 Cost.³⁹⁷ È opportuno, dunque, individuare l’ambito applicativo dei divieti di pubblicazione previsti dal codice di rito, al fine di valutare l’opportunità di un ragionevole bilanciamento tra i due confliggenti interessi costituzionali. Oltre a tutelare la riservatezza verso “l’esterno”³⁹⁸, è necessario

³⁹⁵ Sempre in ambito europeo, l’art. 7 della Carta di Nizza contiene una previsione analoga, considerando il diritto alla riservatezza quale diritto fondamentale e inviolabile di ogni individuo.

³⁹⁶ Cfr. art. 20§6 della direttiva 2011/93/UE.

³⁹⁷ Cass. sez. V, 20 settembre 2001, n. 37667, in *CED cassazione*, n. 220017; C. Cost., 10 febbraio 1981, n. 16.

³⁹⁸ Da intendersi come la diffusione di informazioni concernenti la persona del dichiarante minorenni al di fuori del contesto processuale, attraverso i c.d. *mass media*.

tenere in debita considerazione anche le esigenze di protezione fisica del dichiarante minorenni che, talvolta, possono comportare una deroga alla regola della pubblicità dell'udienza, inquadrabile nel perimetro dei sistemi di garanzia concernenti il "giusto processo" ex artt. 111, Cost e 6§1 CEDU.

Nonostante nell'art. 111 Cost. manchi un richiamo espresso alla pubblicità del giudizio – a differenza dell'art. 6§1 CEDU che riconosce in capo ad ogni persona il diritto a che «la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente» – si deve ritenere che esso costituisca un «principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale, in forza dell'art. 101, comma 1°, Cost., trova in quella sovranità la sua legittimazione»³⁹⁹. Questa sembra essere la linea interpretativa adottata anche dalla Corte di Strasburgo, la quale ha ritracciato nel principio di pubblicità dell'udienza una duplice *ratio*: da un lato, rendere trasparente l'operato del giudice, senza che possa configurarsi una giustizia segreta, sottratta al controllo del pubblico e, dall'altro, salvaguardare la legittimità della decisione finale nei confronti dell'accusato, al quale è stata fornita la possibilità di verificare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice.

La Corte, in proposito, ritiene che la pubblicità debba essere garantita a livello sostanziale e, a tal fine, si prevede il processo debba svolgersi in un luogo facilmente accessibile, in un'aula capace di ospitare un certo numero di persone, in modo che la collettività possa preservare la fiducia nei tribunali⁴⁰⁰.

Nonostante ciò, anche la regola della pubblicità non è insuscettibile di essere derogata, seppur si tratti di ipotesi eccezionali in cui vengono in rilievo delicati interessi costituzionalmente protetti, nei casi anzidetti, la tutela della salute psicofisica del minore ex artt. 31, comma 2°, e 32, Cost. Sempre con riferimento alla pubblicità esterna c.d. "mediata", realizzata mediante l'opera divulgativa dei mezzi e degli strumenti di informazione, l'art. 114, comma 6°, c.p.p. prevede un esplicito divieto di pubblicazione «delle generalità e dell'immagine dei minorenni testimoni, persone offese o danneggiati dal reato fino a quando non sono divenuti maggiorenni». In aggiunta, la l. 3 maggio 2004, n. 112 ha inserito

³⁹⁹ C. Cost, 12 Marzo 2010, n. 93

⁴⁰⁰ A. MUSCELLA, *Quali confini per la pubblicità delle udienze?* in *Arch. pen.*, 2017, pag. 2.

un ulteriore periodo alla disposizione in esame, estendendo tale divieto anche agli «elementi che, anche indirettamente, possano comunque portare alla identificazione dei suddetti minorenni». Invece, l'art. 147, disp. att. c.p.p. dispone che, ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca e qualora le parti lo consentano, il giudice possa autorizzare «la ripresa fotografica, fonografica o audiovisiva ovvero la trasmissione radiofonica o televisiva del dibattimento, purché non ne derivi pregiudizio al sereno e regolare svolgimento dell'udienza o alla decisione». Tuttavia, qualora il dibattimento si svolga a porte chiuse ex art. 472, comma 1°, 2° e 4°, c.p.p., non possono essere in ogni caso autorizzate le riprese o le trasmissioni dei dibattimenti, secondo quanto disposto dall'art. 147, comma 4°, disp. att. c.p.p. Ciononostante, la proibizione di cui all'art. 114, comma 6°, c.p.p. può essere superata dal Tribunale per i minorenni – qualora lo ritenga opportuno valutato l'interesse esclusivo del minore – o dal consenso alla pubblicazione proveniente dal minore stesso, a condizione che abbia compiuto i sedici anni.

Da un punto di vista oggettivo, la particolare tutela riservata ai minorenni non impedisce *tout court* la pubblicazione degli atti processuali, ma riguarda quelle informazioni, immagini comprese, che si configurano come prodromiche all'identificazione del soggetto coinvolto nella vicenda giudiziaria.

Inoltre, con riferimento all'ambito applicativo del divieto esaminato, quest'ultimo opera indipendentemente dal regime di conoscenza dei singoli atti del procedimento, derogando a quanto previsto dai commi precedenti dell'art. 114, c.p.p. Ai sensi dell'art. 114, commi 1° e 2° c.p.p., il divieto di pubblicazione degli atti di indagine è assoluto fino al momento della chiusura delle indagini stesse ovvero al termine dell'udienza preliminare. La prescrizione anzidetta torna ad operare, come stabilito dall'art. 114, comma 3°, c.p.p., in sede dibattimentale nei confronti di tutti gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento. Infatti, l'esigenza di salvaguardare la riservatezza dei minori impone di rendere tale divieto “impermeabile” alle progressive aperture della segretezza esterna del processo a favore della cronaca giudiziaria, concesse

ordinariamente dall'art. 114, c.p.p.⁴⁰¹ Tuttavia, il legislatore ha omissis di coordinare la disciplina dei divieti di pubblicazione a garanzia dell'esigenza di riservatezza del minore con quella che consente limitazioni alla pubblicità del dibattimento. In particolar modo, anche se l'art. 471, comma 1°, c.p.p. prescrive quale regola generale la pubblicità dell'udienza, a pena di nullità, l'art. 472 c.p.p. nel suo comma 1° riconosce al giudice il potere di disporre che «[...] il dibattimento o alcuni atti di esso si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere al buon costume, ovvero, se vi è richiesta dell'autorità competente, quando la pubblicità può comportare la diffusione di notizie da mantenere segrete nell'interesse dello Stato», con l'ulteriore previsione – ai sensi del comma 4° – che, in ordine a qualsiasi reato, l'escussione a porte chiuse è garantita per l'esame testimoniale dei minorenni. Inoltre, nel caso in cui il dibattimento abbia ad oggetto i delitti previsti dagli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, e 609-*octies*, c.p., l'udienza dibattimentale si svolge sempre a porte chiuse quando la persona offesa è minorenne, secondo quanto previsto dall'art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p.

Si configura, dunque, una sorta di presunzione *iuris et de iure* di sussistenza del pregiudizio che la pubblicità del giudizio arrecherebbe alla personalità del minore, già vittima di reati ad alto impatto emotivo, consentendo la prevenzione dei fenomeni di c.d. vittimizzazione secondaria. Tale previsione, infatti, sovverte il rapporto regola–eccezione di cui al primo periodo del medesimo comma, per il quale il dibattimento nei reati *ivi* indicati si svolge a porte aperte, a meno che la persona offesa chieda al giudice che si proceda a porte chiuse, anche solo per una parte di esso⁴⁰². In aggiunta, l'ultimo periodo dell'art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p. vieta – nei procedimenti per i reati anzidetti – «domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto». La collocazione sistematica di tale previsione appare discutibile, in quanto estranea al tema della pubblicità dibattimentale. Sarebbe stato più opportuno se il legislatore l'avesse inserita nell'art. 194, c.p.p., relativo

⁴⁰¹ L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, cit., p. 4214.

⁴⁰² G. BELLANTONI, *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un microsistema in evoluzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 989.

all'oggetto e limiti della testimonianza, o nell'art. 499, c.p.p., contenente le regole dell'esame testimoniale. Nonostante ciò, la *ratio* alla base di tale previsione è quella di evitare che l'esame testimoniale della persona offesa si trasformi in «una vessatoria indagine su abitudini sessuali e sui trascorsi della medesima»⁴⁰³. Tuttavia, in caso di violazione dell'obbligo di svolgere l'udienza dibattimentale a porte chiuse *ex art.* 472, comma 3-*bis*, c.p.p. non solo non vi è alcuna sanzione processuale, ma non è nemmeno previsto il divieto di pubblicazione dei relativi atti. Infatti, nel caso in cui si proceda per taluni delitti di violenza sessuale, prostituzione minorile e di tratta di persone e la persona offesa sia un minore non è previsto alcun divieto di pubblicazione dei relativi atti processuali. Diversamente, qualora il dibattimento si svolga a porte chiuse secondo quanto previsto dall'art. 472, commi 1° e 2°, c.p.p., l'art. 114, comma 4°, c.p.p. vieta la pubblicazione – anche parziale – dei relativi atti⁴⁰⁴.

Per quanto riguarda, invece, la violazione del divieto di pubblicazione di cui all'art. 114, c.p.p., la disciplina codicistica prevede la configurazione di un illecito disciplinare, nel caso in cui il fatto sia commesso da «impiegati dello Stato o di altri enti pubblici ovvero da persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato». Oltretutto, dai lavori preparatori si desume che i destinatari di tale illecito disciplinare possano essere anche magistrati e personale giudiziario ausiliario, personale della polizia giudiziaria, avvocati e professionisti in genere, periti e consulenti tecnici, giornalisti. Con riferimento a questi ultimi, è lo stesso codice deontologico a prevedere che, al fine di tutelare la personalità del minore, «il giornalista non pubblica i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca, né fornisce particolari in grado di condurre alla loro identificazione [...]». Il diritto del minore alla riservatezza deve essere sempre considerato come primario rispetto al diritto di

⁴⁰³ In tal senso, G. BELLANTONI, *Il procedimento penale per i delitti sessuali*, cit., p. 990; N. PASCUCI, *La testimonianza offesa della persona minore*, cit., p. 190;

⁴⁰⁴ Ad ogni modo, si dovrebbe ritenere che il divieto di pubblicazione possa operare senz'altro con riferimento alle generalità e all'immagine del minore, ai sensi dell'art. 114, comma 6°, c.p.p., ma anche nei confronti di tutti gli atti compiuti durante il giudizio.

critica e di cronaca»⁴⁰⁵. Il pubblico ministero, qualora ravvisi una violazione del divieto di pubblicazione commessa dai soggetti anzidetti, da informazione tempestiva all'organo titolare del potere disciplinare ai sensi dell'art. 115, comma 2°, c.p.p.⁴⁰⁶ Nonostante nella giurisprudenza⁴⁰⁷ non siano riscontrabili alcuni dubbi circa l'applicabilità di tale disposizione alle violazioni in questione, parte della dottrina è di diverso avviso, ritenendo che un'estensione delle nozioni di «atti o documenti», che ricomprenda anche le generalità, le immagini, o comunque le altre informazioni legate all'identità del minore, integri una violazione del principio di legalità⁴⁰⁸. Trascurando tale dibattito, pare evidente che entrambe le sanzioni previste in caso di violazione del divieto di pubblicazione *ex art. 114, c.p.p.* siano troppo blande e, dunque, poco idonee a funzionare da deterrente nei confronti di eventuali comportamenti scorretti da parte di soggetti, come giornalisti o riviste, interessati a diffondere lucrose notizie riguardanti minori coinvolti in un procedimento penale. Limitatamente alla divulgazione delle generalità o dell'immagine della persona offesa nei casi di delitti di violenza sessuale o di abuso sui minori – in assenza del suo consenso – può trovare applicazione la sanzione più severa di cui all'art. 734-*bis*, c.p., ovvero, dell'arresto da tre a sei mesi, senza possibilità di oblazione, a differenza dell'art. 684, c.p.

⁴⁰⁵ Si tratta di regole deontologiche relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica pubblicate ai sensi dell'art. 20, comma 4°, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, in G.U., 4 gennaio 2019, n. 3.

⁴⁰⁶ La prima parte dell'art. 115, comma 1°, c.p.p. fa salve le sanzioni previste dalla legge penale, riferendosi implicitamente all'art. 684, c.p. il quale punisce «chiunque pubblica, in tutto o in parte [...] atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione».

⁴⁰⁷ Cass. sez. IV, 10 marzo 1994, n. 6338, in *CED cassazione*, n. 197046 ha affermato che «la pubblicazione del nome e dell'immagine di persona minorenne integra l'ipotesi contravvenzionale dell'art. 684, c.p., in quanto costituisce divulgazione del contenuto di atti processuali, dei quali la pubblicazione è vietata».

⁴⁰⁸ Ad avviso di L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, cit., p. 4221, l'art. 684, c.p. sanziona una condotta non coincidente con quella prevista dall'art. 114, comma 6°, c.p.p. Inoltre, le immagini e l'indicazione delle generalità non sembrerebbero potersi nemmeno qualificare come documenti.

4. La valutazione giudiziale sull'attendibilità della testimonianza di un soggetto vulnerabile

La valutazione inerente all'attendibilità della testimonianza è un compito esclusivamente riservato alla figura del giudice, il quale, prendendo in esame tutto il compendio probatorio a sua disposizione, dovrà procedere all'accertamento della sussistenza, nel caso di specie, dei canoni dell'affidabilità, della ripetibilità e della validità del testimone e del suo contributo dichiarativo⁴⁰⁹. I requisiti di affidabilità e ripetitività attengono sostanzialmente alla coerenza interna della dichiarazione, ossia se il teste e la sua testimonianza, in momenti temporali distinti e in rapporto a diversi interlocutori, tendano a produrre risultati simili, costanti e tendenzialmente coerenti. La validità, invece, attiene al grado di corrispondenza tra ciò che viene affermato nel corso dell'esame testimoniale e la realtà fattuale a cui le affermazioni si riferiscono.

Nel caso delle dichiarazioni del testimone minorenni, tale operazione diviene particolarmente complessa in quanto il giudice deve tenere in considerazione l'età e il grado di sviluppo delle sue funzioni cognitive, con riferimento specifico al funzionamento della memoria, in fase di sviluppo, e alla capacità del minore di distinguere tra le informazioni frutto di un processo autonomo di rielaborazione immaginaria e, invece, i dati che corrispondono alla realtà fattuale. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ritiene che il giudice debba accertare se «le dichiarazioni trovino obiettivo riscontro, al fine di escludere ogni possibilità di dubbio o di sospetto che esse siano conseguenza di un processo di auto od etero suggestione oppure di esaltazione o fantasia»⁴¹⁰. Da ciò si desume che al giudice spetti il compito di effettuare una valutazione approfondita e rigorosa, concernente anche il grado di suggestionabilità del testimone minorenni, poiché in grado di incidere fortemente sulla genuinità ed attendibilità del suo contributo dichiarativo. Tale affermazione è stata, oltretutto,

⁴⁰⁹ Non deve confondersi la valutazione dell'attendibilità della testimonianza, riservata al giudice, con la valutazione della credibilità del testimone, delegabile al perito ai sensi dell'art. 196, comma 2°, c.p.p. Sulla distinzione del ruolo del giudice e del perito: v. Cass. sez. IV, 14 maggio 2019, n. 27192 in *CED cassazione*, n. 276656 ; Cass. sez. IV, 21 aprile 2016, n. 20134 in *CED cassazione* n. 266927

⁴¹⁰ Cass. sez. VI, 20 novembre 2018, n. 2565, in *CED cassazione*, n. 274328

sostenuta dalla suprema Corte, la quale ritiene che «la valutazione sull’attendibilità delle dichiarazioni accusatorie rese dalla vittima minore d’età deve tenere conto non solo della loro intrinseca coerenza, ma anche di tutte le altre circostanze concretamente idonee ad influire su tale giudizio, ivi inclusa la verifica sull’incidenza di autosuggestioni e suggestioni esercitate da persone adulte»⁴¹¹. Tuttavia, non è facile individuare il discrimine tra una valutazione “rigorosa” di attendibilità, da attuare nella valutazione della testimonianza del dichiarante minorenni, e una valutazione più “flessibile”. Difatti, ciò potrebbe comportare il riconoscimento in capo al giudice di un potere ampiamente discrezionale in sede di valutazione della prova, con il conseguente rischio di una diminuzione delle garanzie processuali fondamentali riconosciute dall’ordinamento, tra cui il diritto di difesa dell’imputato e il principio secondo il quale la colpevolezza dell’imputato deve essere provata “al di là di ogni ragionevole dubbio”, di cui all’art. 533, comma 1°, c.p.p.⁴¹².

In alcune occasioni, la giurisprudenza ha ritenuto che la suggestionabilità del minore sia idonea a compromettere l’attendibilità della sua testimonianza solamente qualora la sua intensità raggiunga livelli «patologici», ad esempio, nel caso di personalità isteriche o immature⁴¹³. Tale conclusione non sembra potersi condividere in quanto, da un lato, né l’isteria né la personalità immatura sono classificati come autonomi disturbi psichiatrici e, dall’altro, il bambino e l’adolescente sono per definizione “immaturi”, in quanto sia loro personalità che le loro funzioni cognitive sono ancora in fase di sviluppo, non potendosi, quindi, considerare una situazione “patologica” *a priori*⁴¹⁴.

La compromissione dell’attendibilità della dichiarazione resa dal minore, inoltre, può anche non essere “totale”, intendendo così la piena discordanza tra la narrazione dell’evento e il fatto storico realmente avvenuto, ma anche solamente “parziale”, in quanto non può escludersi la rilevanza di un livello di

⁴¹¹ Cass. sez. IV, 20 novembre 2018, n. 1741, in *CED cassazione*, n. 274326

⁴¹² N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 257 ss.

⁴¹³ In tal senso, v. Cass. sez. III, 8 settembre 2016, n. 44313, in *CED cassazione*, n. 268365; Cass. sez. III, 11 luglio 2017, n. 38961, in *CED cassazione*, n. 270484.

⁴¹⁴ cfr. *Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*, redatto dall’*American Psychiatric Association*, il quale rappresenta una delle classificazioni dei disturbi mentali più autorevoli ed utilizzate nel mondo.

suggestionabilità di tipo “fisiologico”. Infatti, la coerenza interna del racconto di un minore non presuppone necessariamente un’elevata attendibilità della dichiarazione, poiché un racconto ricco di dettagli e perfettamente coerente potrebbe essere sintomatico di intervenute suggestioni da parte di soggetti terzi, come, ad esempio, i genitori, soprattutto in quei procedimenti aventi ad oggetti reati ad elevato impatto emotivo come i delitti di stampo sessuale.⁴¹⁵

Per quel che concerne, invece, le regole cui il giudice deve attenersi per procedere alla valutazione delle prove, queste sono previste dall’art. 192 c.p.p. L’art. 192, comma 1°, c.p.p. dispone il dovere per il giudice di valutare la prova «dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati», sancendo così il limite posto al principio del libero convincimento nell’obbligo di motivazione del ragionamento inferenziale attuato. Infatti, l’art. 546, comma 1°, lett. e, c.p.p., nell’indicare in modo rigoroso i requisiti della sentenza, richiede che quest’ultima contenga altresì «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non ritiene attendibili le proprie contrarie [...]». Occorre, inoltre, specificare che talune dichiarazioni non possono essere valutate da sole, ma bensì, «unitamente ad altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità», richiedendo al giudice di valutare l’esistenza di riscontri. Si tratta delle dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’art. 12 c.p.p. e, altresì, delle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall’art. 371, comma 2°, lett. b, c.p.p.

Tra queste, però, non rientrano le dichiarazioni della persona offesa minorenni, le quali sembrerebbero, in forza del dato meramente letterale, non richiedere la necessità di riscontri che possano confermarne l’attendibilità.

Tale esclusione, tuttavia, potrebbe dar luogo a varie problematiche in quanto, soprattutto nei procedimenti concernenti i reati contro la libertà sessuale, spesso il minore è l’unica fonte di prova e, conseguentemente, le sue dichiarazioni costituiscono gli unici elementi di prova nella disponibilità del giudice e sui quali

⁴¹⁵ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 257.

fondare la sentenza conclusiva del giudizio. In merito a ciò, la giurisprudenza ritiene che la testimonianza della persona offesa minorenni possa costituire la prova determinante per la condanna dell'imputato, la quale dovrà essere corredata di un'adeguata motivazione, purché siano previamente verificate la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità della sua narrazione. Dunque, il vaglio del giudice circa l'attendibilità del testimone minore dovrà «essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone»⁴¹⁶. Questa linea interpretativa, attuando una lettura restrittiva dell'art. 192, commi 2° e 3°, c.p.p., ha mostrato i suoi limiti con riferimento al tema del recupero delle dichiarazioni rese dai testimoni prima del dibattimento, attraverso il meccanismo della lettura *ex art.* 512, c.p.p., oppure mediante l'istituto della testimonianza indiretta previsto dall'art. 195, comma 3°, c.p.p. Con riferimento a quest'ultimo caso, è necessario specificare che l'elencazione delle ipotesi di impossibilità oggettiva (per morte, infermità o irreperibilità) in virtù delle quali è possibile prescindere dalla citazione del teste diretto per acquisire la deposizione *de relato*, ai sensi dell'art. 195, comma 3°, c.p.p., non sarebbe tassativa. Infatti, è corretto ritenere che anche la minore età del testimone possa essere annoverata tra i casi di impossibilità oggettiva *ex art.* 195, comma 3°, c.p.p., qualora «un professionista competente, con motivato parere, segnali che il piccolo ha una personalità così fragile da potersi equiparare ad infermità oppure evidenzi la possibilità di insorgenza di danni, anche transeunti, alla salute del bambino, collegati alla testimonianza»⁴¹⁷.

Nella predetta situazione, è possibile prescindere dal contributo dichiarativo diretto del minore e ricostruire la vicenda storia con l'apporto di testi *de relato* quali, ad esempio, i genitori del minore stesso. Un ragionamento sostanzialmente analogo è stato svolto anche per quanto riguarda il meccanismo di recupero previsto dall'art. 512, comma 1° c.p.p., il quale consente la lettura in dibattimento degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari e dell'udienza

⁴¹⁶ Cass. sez. Un., 19 luglio 2012, n. 41461, in *CED cassazione*, n. 253214.

⁴¹⁷ Cass. sez. III, 25 settembre 2013, n. 39766, in *CED cassazione*, n. 25768, con nota di V. MOTTA, *La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 978.

preliminare, qualora ne sia «divenuta impossibile la ripetizione per fatti o circostanze imprevedibili».

Al riguardo, la Suprema Corte ha ritenuto che il concetto di “impossibilità di ripetizione” ricomprenda «tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni di salute del soggetto che lo rendono non più escutibile» come, ad esempio, «una situazione di grave stress a seguito di violenze sessuali subite»⁴¹⁸.

In definitiva, sia nel caso della testimonianza indiretta *ex art. 195, comma 3°*, c.p.p., che nel caso nella lettura degli atti *ex art. 512, c.p.p.*, è ammessa l’acquisizione al processo di dichiarazioni acquisite al di fuori del contraddittorio dibattimentale in ragione di una “impossibilità oggettiva”; la deroga anzidetta, oltretutto, trova una copertura normativa esplicita nell’art. 111, comma 5°, Cost. Il giudice, dunque, in sede di valutazione della prova, ha il compito di valutare in modo rigoroso l’attendibilità e la credibilità delle dichiarazioni dei testimoni, specialmente se minorenni, raccolte al di fuori del contraddittorio, unitamente agli altri elementi di prova che assolvano la funzione di riscontri.

5. La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale nel giudizio di appello

La questione della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello assume particolare rilevanza con riferimento alla testimonianza del minore, poiché, nella prassi giudiziaria, tale testimonianza è spesso considerata determinante e posta a fondamento della sentenza conclusiva del giudizio, soprattutto nei procedimenti relativi a maltrattamenti o abusi sessuali su minori.

L’art. 603, comma 1°, c.p.p. prevede che, qualora una parte nell’atto di appello abbia richiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l’assunzione di nuove prove, il giudice, «se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell’istruzione

⁴¹⁸ Cass. sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059, in *Cass. Pen.*, 2002, pag. 614, con nota di ARDITA – CAVALLARO. Per un commento, v. S. ARDITA, *La prevedibilità dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 616 ss.

dibattimentale». Inoltre, il giudice ha facoltà di disporre d'ufficio la rinnovazione di tale istruttoria qualora la ritenga «assolutamente necessaria». Sulla scia delle sollecitazioni della Corte di Strasburgo, le Sezioni Unite e il legislatore sono recentemente intervenuti per rettificare il consolidato orientamento interpretativo che legittimava i giudici d'appello a sovvertire le sentenze di assoluzione di primo grado basandosi esclusivamente su una rilettura dei verbali presenti nel fascicolo, senza procedere alla nuova escussione dei testimoni ritenuti determinanti⁴¹⁹. Infatti, una soluzione interpretativa del genere avrebbe potuto dar luogo ad una condanna dell'Italia da parte della Corte europea, poiché contrastante con gli orientamenti giurisprudenziali sviluppati a seguito del caso *Dan c. Moldavia* del 2011, in quanto «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate»⁴²⁰. Difatti, già da tempo la dottrina più accorta auspicava un adeguamento dell'assetto normativo del giudizio di appello ai principi del “giusto processo” di stampo europeo, tale da configurarsi coerente con le «cadenze del giudizio ordinario di primo grado, con rispetto integrale per il contraddittorio»⁴²¹. Oltretutto, ancor prima che divenisse palese l'esigenza di un simile intervento di riforma legislativa, un orientamento giurisprudenziale minoritario aveva iniziato a considerare illegittime le riforme delle sentenze di assoluzione in appello in assenza di una nuova escussione dei testimoni decisivi, sebbene con alcune limitazioni⁴²². Ad ogni modo, nel 2016, le Sezioni Unite

⁴¹⁹ Per una dettagliata ricostruzione storica della giurisprudenza sopranazionale e nazionale, v. V. AIUTI, *L'art. 603, c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, pag. 1002 ss.

⁴²⁰ C.G.U.E., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, §33. A ben vedere, tuttavia, la Corte ha già condannato l'Italia per aver consentito una condanna in appello senza disporre la rinnovazione del dibattimento: v. C.G.U.E., 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*. Per un commento, v. V. AIUTI, *Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice*, in *Cass. pen.*, 2018, pag. 682 ss.

⁴²¹ In questo senso, A. GAITO, *Vecchio e nuovo approccio a proposito della rinnovazione in appello*, in *Arch. pen.*, 2015, pag. 8.

⁴²² Cass. sez. V, 13 marzo 2015, n. 29827, in *CED cassazione*, n. 265139, Cass. sez. IV, 23 settembre 2014, n. 44084, *ivi*, n. 260692. In alcune occasioni, la giurisprudenza ha reputato possibile un ribaltamento *ex actis* dell'assoluzione nel caso di considerazioni sull'attendibilità “estrinseca”: v. Cass. sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722, *ivi*, n. 265880, Cass. sez. IV, 26 febbraio 2013, n. 16566, *ivi*, n. 255261.

sono state investite della questione concernente la necessità, o meno, in caso di appello proposto dal pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento per motivi riguardanti la valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, che il giudice dell'appello disponga la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale⁴²³. In merito a ciò, sebbene l'art. 603 c.p.p. non disciplini espressamente la questione della *reformatio in peius* nel giudizio di secondo grado, deve ritenersi che una sentenza assolutoria di primo grado possa essere riformata – a seguito dell'appello del pubblico ministero – solo previo esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del procedimento e che siano stati ritenuti decisivi per il giudizio assolutorio di primo grado. Pertanto, sulla base di questa osservazione della Corte, è stato sancito l'obbligo per il giudice dell'impugnazione di disporre, anche d'ufficio, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, a norma dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. In proposito, l'argomentazione proposta dalle Sezioni Unite si basava, innanzitutto, sulla necessità di garantire il rispetto dei principi del giusto processo – sanciti dalla CEDU e così come interpretati dalla Corte di Strasburgo – quando il giudice nazionale è chiamato ad applicare le norme interne. In particolar modo, il principio previsto dall'art. 6§3, lett. *d* CEDU, che riconosce all'imputato il diritto di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico»⁴²⁴, deve considerarsi applicabile anche al giudizio di appello, poiché espressione del diritto a un processo equo ex art. 6§1, CEDU. A seguire, nella pronuncia in esame veniva anche sottolineata l'importanza del principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533, comma 1°, c.p.p., strettamente connesso alla presunzione di innocenza e al *favor rei* processuale.

A tal proposito, il presupposto di fondo addotto dalla Suprema Corte era che una sentenza di assoluzione emessa in primo grado comporti, di per sé, l'esistenza di un dubbio ragionevole circa l'innocenza dell'imputato, ragione per

⁴²³ Cass. sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, *Dasgupta*, in *CED cassazione*, n. 267492. Per un commento, E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016.

⁴²⁴ art. 6§3, lett. *d* CEDU

la quale al fine di ottenere la riforma di una sentenza assolutoria «non è sufficiente una mera diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, occorrendo una forza persuasiva superiore, tale da far venire meno “ogni ragionevole dubbio”»⁴²⁵. Per tale ragione, la rinnovazione dell’istruttoria è stata ritenuta «assolutamente necessaria» ex art. 603, comma 3°, c.p.p. quando l’appello investa il proscioglimento fondato su prove dichiarative ritenute “decisive”. La Corte, oltretutto, chiarisce come in tale contesto per prove dichiarative “decisive” debbano intendersi quelle che hanno «determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, [...] se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee ad incidere sull’esito del giudizio di appello», oppure quelle che, nonostante siano state ritenute di scarso o nullo valore probatorio da parte del giudice di primo grado, «siano, nella prospettiva dell’appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell’esito di condanna».

La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale, tuttavia, non solleva il giudice dall’obbligo di fornire una motivazione particolarmente rigorosa, che deve confutare in maniera specifica le argomentazioni che avevano indotto il giudice di primo grado a pronunciarsi per l’assoluzione dell’imputato⁴²⁶.

Al fine di consolidare gli orientamenti giurisprudenziali delle Sezioni Unite e della Corte di Strasburgo, il legislatore ha, dunque, introdotto nell’art. 603 c.p.p. il comma 3-bis., a norma del quale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla

⁴²⁵ Nella motivazione, la Corte richiama Cass., sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, *Galante*, in *CED cassazione*, n. 251066, secondo cui «la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l’assoluzione non presuppone la certezza dell’innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza».

⁴²⁶ Cass. sez. Un., 28 gennaio 2019, n. 14426, *Pavan*, in *CED cassazione*, n. 275112-03. Per un commento, v. G. GALLUCCIO MEZIO, *Riflessioni a margine delle Sezioni unite nel caso Pavan: la rinnovazione della “prova tecnica” in appello tra luci e ombre*, in *Cass. pen.*, 2019, pag. 3878 ss. Inoltre, le Sezioni Unite hanno successivamente precisato che anche l’esame orale del perito e del consulente tecnico, qualora rivesta carattere “decisivo”, deve essere necessariamente rinnovato in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria, in quanto trattasi di prove dichiarative equiparabili alla testimonianza. Qualora, invece, il giudice del primo grado si sia basato unicamente sulla relazione scritta del consulente tecnico o del perito, senza esaminarlo oralmente, non sorge alcun obbligo di una nuova escussione.

valutazione della prova dichiarativa, il giudice (...) dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»⁴²⁷. Tali considerazioni, tuttavia, assumono particolare rilevanza nel caso in cui a dover essere escussi in grado d'appello siano dei testimoni minori d'età, frequentemente sottoposti – nei procedimenti per determinati reati – a consulenza tecnica, accertamento tecnico irripetibile o perizia psicologica al fine di valutarne l'idoneità a rendere testimonianza, ai sensi dell'art. 196, comma 2°, c.p.p. Per quanto sopraesposto ed in relazione alle prescrizioni contenute nella lettera della legge, si può dedurre che una nuova audizione del dichiarante minorenni, precedentemente escusso in sede di incidente probatorio durante la fase delle indagini preliminari, sia esclusa dalla rinnovazione obbligatoria prevista per il giudizio di secondo grado, poiché quest'ultima sarebbe riferita unicamente alle prove assunte nella fase dibattimentale di primo grado.

Tale scelta appare complessivamente ragionevole, considerando la duplice finalità dell'incidente probatorio, ovvero, da un lato, sottrarre il minore al più presto dal circuito giudiziario, prevenendo la verifica di fenomeni come vittimizzazione secondaria e, dall'altro, garantire la genuinità delle sue dichiarazioni.

In virtù di questa duplice funzione, pertanto, l'unica soluzione per legittimare la mancata escussione dei testimoni minorenni in grado d'appello – escludendo dunque l'operatività dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. – consisterebbe nella videoregistrazione integrale dell'udienza incidentale di assunzione della prova, secondo quanto prescritto dall'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. Infatti, la cautela anzidetta consentirebbe di assicurare, anche nella fase di impugnazione, il contraddittorio sulla formazione della prova, evitando che

⁴²⁷ Comma aggiunto dall'art. 58, legge 23 giugno 2017, n. 103, intitolata «Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario». Nell'introdurre tale disposizione, tuttavia, il legislatore ha fatto riferimento esclusivamente alla «rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale», omettendo di prevedere un nuovo esame delle prove orali «decisive», discostandosi così dall'orientamento espresso dalle Sezioni Unite.

un'eventuale condanna si basi esclusivamente sulla mera rilettura dei verbali e delle trascrizioni della testimonianza resa *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p.⁴²⁸

Tuttavia, occorre segnalare che le Sezioni unite⁴²⁹, nella motivazione della sentenza precedentemente citata, ritengono che in presenza di un soggetto vulnerabile come il minore non sembrerebbe possibile «ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio», nonostante venga rimessa al giudice la «valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore *stress* al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria». Oggi, queste considerazioni devono essere lette alla luce degli artt. 603, comma 3-*bis* e, soprattutto, 190, comma 1-*bis*, c.p.p., il quale consente di ascoltare nuovamente i testimoni minorenni e le persone offese particolarmente vulnerabili – già sentiti in sede incidentale e qualora si proceda per uno dei reati *ivi* espressamente elencati – solo in presenza di «specifiche esigenze», tra le quali potrebbe annoverarsi la volontà del pubblico ministero di riformare in appello una sentenza di proscioglimento⁴³⁰.

Oltretutto, deve segnalarsi che, a seguito della recente entrata in vigore della riforma del processo “Cartabia” – mediante il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 – il giudice d'appello che intenda procedere al ribaltamento della pronuncia assolutoria di primo grado, non è più incondizionatamente tenuto alla rinnovazione delle prove dichiarative, dovendosi attenere ai canoni di valutazione previsti dai commi 1° e 3° dell'art. 603 c.p.p., quali l'impossibilità di decidere allo stato degli atti e l'assoluta necessità della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale⁴³¹. Invece, nel caso in cui l'esame testimoniale del

⁴²⁸ Contra, Cass. sez. III, 8 gennaio 2020, n. 10378, in *CED cassazione*, n. 278540-01, ritiene che la condizione di particolare vulnerabilità del testimone già sentito in incidente probatorio non sia di ostacolo alla rinnovazione del suo esame in appello *ex art.* 603, comma 3-*bis*, c.p.p.

⁴²⁹ Cass. sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, *Dasgupta*, in *CED cassazione*, n. 267492.

⁴³⁰ Cass. sez. III, 25 giugno 2019, n. 50774, in *CED cassazione*, n. 279008-01. Ferma restando, comunque, la necessità di bilanciare tali esigenze finalizzate all'accertamento della responsabilità con quella di evitare ulteriori traumi al dichiarante minorenne, qualora nuovamente chiamato a deporre.

⁴³¹ Inoltre, in virtù del principio *tempus regit actum*, non rileva la circostanza che la modifica normativa sia entrata in vigore solo successivamente all'impugnazione della sentenza di primo grado. Cfr. Cass. sez. V, 14 febbraio 2024, n. 17965, in *CED cassazione* n. 286490-01; tra l'altro,

minorenne avvenga in dibattimento e sia stato videoregistrato, il giudice, comunque, non potrebbe condannare in appello l'imputato solo sulla base di quanto affermato dal teste nella registrazione precedentemente effettuata, in quanto la formulazione perentoria dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. non sembra ammettere deroghe per le prove acquisite in giudizio.

A tal riguardo, la differenza di trattamento che si pone tra il minore escusso in incidente probatorio e in dibattimento è ragionevole, se si tengono in considerazione una serie di elementi. L'incidente probatorio, infatti, consente di acquisire il contributo dichiarativo del minore in un lasso di tempo breve rispetto all'accadimento dei fatti, quando il ricordo è più intenso e non influenzato da fattori esterni e, quindi, la dichiarazione risulta essere maggiormente attendibile. Inoltre, la procedura incidentale è finalizzata all'acquisizione di quelle testimonianze che non sono "rinviabili" al dibattimento, in ragione, ad esempio, del pericolo di deterioramento della traccia mnemonica del soggetto in età infantile, nonché dell'esigenza di fare uscire il minore dal circuito giudiziario nel più breve tempo possibile. Diversamente, il fatto di aver atteso il giudizio per l'escussione della testimonianza del dichiarante è sintomo dell'assenza di cause di non rinviabilità impellenti o degne di nota⁴³². Per le ragioni sopra esposte, la soluzione interpretativa proposta risulta essere la più conforme alla salvaguardia della personalità del testimone fragile – precedentemente escusso nella fase delle indagini preliminari – e dei principi europei del giusto processo, derivandone anche una serie di vantaggi pratici, essendo l'unica capace di «originare un circolo virtuoso, costringendo di fatto le parti a una maggiore considerazione dell'eventuale non rinviabilità di questa delicata testimonianza fin dalle

il giudice d'appello che proceda alla *reformatio in peius* della sentenza assolutoria di primo grado, ai sensi dell'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. , non è tenuto alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, nel caso in cui si limiti a una diversa valutazione, in termini giuridici, di circostanze di fatto non controverse, senza porre in discussione le premesse fattuali della decisione riformata. Cfr. Cass. sez. II, 30 novembre 2023, n. 3129, in *CED cassazione* n. 285826-01; inoltre, la prova riassunta in ottemperanza alla disposizione di cui all'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. non deve necessariamente essere raccolta una seconda volta qualora muti la persona fisica del giudice di secondo grado o dei componenti del collegio giudicante. Cfr. Cass. sez. V, 07 giugno 2024, n. 31694, in *CED cassazione* n. 286780-01.

⁴³² Si pensi, ad esempio, al caso di una persona offesa prossima ai diciotto anni, coinvolta in reati poco pregnanti dal punto di vista emotivo.

indagini»⁴³³. Il pubblico ministero, infatti, sarebbe conscio del fatto che qualora ritenga di non procedere in incidente probatorio – pur in presenza dei presupposti richiesti *ex lege* – causerebbe non solo un maggiore pregiudizio psico-fisico al minore, ma al contempo aumenterebbe le probabilità di una sentenza assolutoria dell'imputato in appello. Per altro verso, la persona offesa, seppur tramite il proprio difensore, solleciterebbe con maggior dinamismo il pubblico ministero a chiedere l'incidente probatorio e, anche la stessa persona sottoposta alle indagini, vaglierebbe con maggiore attenzione l'opportunità di avanzare una richiesta di incidente, al fine di evitare il moltiplicarsi di comportamenti suggestivi – fino al primo grado o anche fino all'appello – che potrebbero influenzare il contributo dichiarativo del minore. Da ultimo, è opportuno segnalare che le Sezioni unite sono tornate nuovamente a pronunciarsi sull'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ma, questa volta, nel caso in cui sia l'appello dell'imputato finalizzato a ribaltare in senso assolutorio la sentenza di condanna pronunciata in primo grado⁴³⁴. La Corte sostiene che, in tal caso, il giudice d'appello non abbia un obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado, legittimando, quindi, una riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna sulla base di una mera rivalutazione *ex actis*. Tale affermazione trova fondamento sull'assunto per cui il ribaltamento in senso assolutorio del giudizio di condanna è perfettamente in linea con il principio della presunzione di innocenza *ex art. 27, comma 2°*, Cost., presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533, comma 1°, c.p.p., a differenza di quanto avviene nell'ipotesi inversa. Tuttavia, resta fermo l'obbligo per il giudice di fornire una «motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado». Ad ogni modo, sarebbe stato auspicabile che, nell'introdurre l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p., il legislatore

⁴³³ In questo senso, N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., pag. 212 ss.

⁴³⁴ Cass. sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, *Troise*, in *CED cassazione*, n. 272430. Per un commento, v. A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, pag. 288 ss.

avesse previsto l'obbligo di rinnovazione anche nel caso di appello avverso la sentenza di condanna, al fine di garantire il rispetto dei principi dell'oralità e immediatezza del giudizio anche nel caso di doppia conforme della sentenza impugnata; infatti, i giudici d'appello potrebbero limitarsi a rivalutare *ex actis* le prove orali, in un'ottica di economicità e semplicità, riponendo "piena fiducia" sull'operato dei giudici di primo grado, in quanto giunti ad una condanna all'esito di un contatto diretto con le fonti dichiarative⁴³⁵.

⁴³⁵ N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., pag. 200.

BIBLIOGRAFIA

- G. ABRUZZESE, *Limiti cronologici all'esperibilità dell'incidente probatorio*, in *Giur. di merito*, 2003
- V. AIUTI, *Corte europea e "motivazione rafforzata" nel caso Lorefice*, in *Cass. pen.*, 2018
- V. AIUTI, *L'art. 603, c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016
- L. ALGERI, *Il microsistema della testimonianza della "vittima vulnerabile": aspetti giuridici e tecniche di intervista*, in *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, a cura di P. FELICIONI e A. SANNA, Giuffrè, 2019
- L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1., 2020
- L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Giuffrè, 2017
- L. ALGERI, *L'esame del minore al vaglio della Consulta: la mobilità del giudice naturale preserva la concentrazione*, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Dir. pen. proc.*, 2018
- S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi, V. Manes, Bologna University press, 2007
- S. ALLEGREZZA, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012
- G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, UTET, 1997
- E. AMODIO, voce *Persona offesa dal reato*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, a cura di AMODIO – DOMINIONI, Giuffrè, 1989
- E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul "caso Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006

- S. ARASI, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, vol. V
- S. ARDITA, *La prevedibilità dei fatti impeditivi della ripetizione della testimonianza in dibattimento. Il caso del minore affetto da grave forma di stress*, in *Cass. pen.*, 2002
- A. BALABIO - G. SARTORI - R. VACONDIO, *La memoria del testimone*, Giuffrè, 2021
- M. BARGIS, *Commento all'art. 13*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI, III ed., Cedam, 2002
- M. BARGIS, *Commento all'art. 15 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996
- M. BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. It. dir e proc. pen.*, 1990
- M. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, vol. VI.
- M. BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso*, Giuffrè, 1994
- M. BARGIS, *Note in tema di esame testimoniale*, in, *Studi di diritto processuale penale*, vol. II, *Questioni europee e "ricadute italiane"*. Giappichelli, 2007
- P. BARTOLO, F. COPPI, *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Giappichelli, 2007
- G. BELLANTONI, *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un microsistema in evoluzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007
- H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, in AA. VV, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, a cura di S. ALLEGREZZA, Giappichelli, 2012
- G. BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Giuffrè, 2006
- S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in AA.VV. *Trattato di procedura penale*, a cura di G. UBERTIS e G. P. VOENA, Giuffrè, 2000

- I. BORASI, *L'anticipazione dell'assunzione probatoria nel processo penale: evoluzione e prospettive future*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010
- P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, 1936
- L. CAMALDO – G. DI PAOLO, *La Corte costituzionale nega l'estensione dell'incidente probatorio per assumere la testimonianza del minorenne al di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2003
- L. CAMALDO, *La testimonianza del minorenne nel processo penale, nuove modalità di assunzione della testimonianza e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000
- L. CAMALDO, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006
- G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010
- A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019
- L. CARACENI, *Le sommarie informazioni dalla fonte minorenne: i modesti ritocchi della legge n. 172/2012 tradiscono le attese per un'audizione garantita*, in AA. VV., *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Giuffrè, 2015
- D. CARPONI SCHITTAR - R. ROSSI, *Perizia e consulenza in caso di abuso sessuali sui minori. Quesiti e soluzioni psicologico-forensi*, Giuffrè, 2012
- M. CASSANO, *Il giudice per le indagini preliminari nel processo pretorile*, in *Quad. CSM*, 1989
- F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 luglio 2014
- E. M. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Cass. pen.*, 2014
- F. CERQUA, *Fonti deboli e processo penale: i congegni di protezione dei dichiaranti particolarmente vulnerabili*, Maggioli, 2018

- C. CESARI, *Il “minore informato sui fatti” nella legge n. 172/2012*, Giuffrè, 2013
- C. CESARI, *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, 2015
- C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, 2000
- G. CHIARIELLO, *Incidente probatorio e limiti all'intervento ed alla partecipazione dell'indagato e dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1998
- M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale: appunti sul nuovo codice*, II' ed., UTET, 1990
- M. CHIAVARIO, *Sospensione del processo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 1993
- A. M. CIAVOLA, *La testimonianza del minorente vittima di violenza sessuale in sede di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, vol. IX
- A. M. CIAVOLA, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Corte d'appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, 2015
- G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Dal progetto preliminare del 1978 alla legge delega del 1987*, CEDAM, 1989
- C. CONTI – L. MACCHIA, voce *Indagini preliminari*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Treccani, 1989
- C. CONTI, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di 16 anni*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 9
- M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorente nell'incidente probatorio*, in AA. VV., *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, 2^a ed., Giuffrè, 2015
- F. COPPI, *In tema di ammissibilità dell'indagine preliminare in assenza di prova circa l'esistenza di indagini preliminari in corso*, in *Giust. It.*, 1990
- A. CORBO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2021

- L. CUOMO – F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, Giappichelli, 2007
- A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, II' ed., Giappichelli, 1991
- A. CRISTIANI, *Vademecum del difensore nel nuovo processo penale*, Giappichelli, 1991
- M. DANIELE, *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali – L. 1.10.2012 n. 172 (protezione dei minori) – art. 5*, in *Leg. pen.*, 2013
- A. DE CARO, *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020
- L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, II ed., Cedam, 2005
- L. DE CATALDO NEUBURGER, *L'idoneità del minore a rendere testimonianza*, in AA.VV., *Difendere valutare e giudicare il minore. Il processo penale minorile, manuale per avvocati, psicologi e magistrati*, a cura di A. Forza - P. Michielin - G. Sergio, Giuffrè, 2001
- L. DE CATALDO NEUBURGER, *Testimoni e testimonianze deboli*, Cedam, 2006
- V. DE ROBERTO, *incidente probatorio*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, 1989
- F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 11 aprile 2016
- G. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Giuffrè, 1994
- G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, vol. VI, agg., Giuffrè, 2001
- F. R. DINACCI, *L'art. 190-bis, c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen.*, 2014
- O. DOMINIONI, voce *Nullità*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. AMODIO – O. DOMINIONI, Giuffrè, 1989

- S. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006
- D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in vista del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *Cass. pen.*, 2014
- P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019
- L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016
- G. FRIGO, *La difesa nel nuovo processo penale*, in *Quad. giust.*, 1986, n. 59
- G. FRIGO, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida dir.*, 2005
- C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di quale ambiguità argomentativa*, nota a Cort. Cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Giur. cost.*, 2018
- A. GAITO, *Vecchio e nuovo approccio a proposito della rinnovazione in appello*, in *Arch. pen.*, 2015
- V. GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. merito*, vol. IV, 1990
- V. N. GALATINI – G. DI PAOLO, *Commento all'art. 13 della legge 3 agosto 1998, n. 269*, in AA. VV., *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, 2002
- G. GALLUCCIO MEZIO, *Riflessioni a margine delle Sezioni unite nel caso Pavan: la rinnovazione della "prova tecnica" in appello tra luci e ombre*, in *Cass. pen.*, 2019
- A. M. GIANNINI - E. TIZZANI, *I bisogni delle vittime del crimine: proposta per un modello esplicativo*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, n. 2, 2009

- G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005
- G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. VII, 2001
- V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA, VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, 1989
- V. GREVI, *Le indagini preliminari ed incidente istruttorio nella progettazione del nuovo processo penale: dal pubblico ministero «giudice» al pubblico ministero «parte»* in *Cass. pen.*, 1984
- V. GREVI, *Una prospettiva realistica verso il nuovo codice di procedura penale*, in *Pol. dir.*, 1980
- V. GREVI – G. ILLUMINATI, *Le prove*, in AA.VV *Compendio di Procedura penale*, XI ed., a cura di M. BARGIS, Cedam, 2023
- G. GULOTTA - I. CUTICA, *Guida alla perizia in tema di abuso sessuale e alla sua critica*, Giuffrè, 2004
- G. GULOTTA – L. DE CATALDO – F. PINO – L. MAGRI, *Il bambino come prova negli abusi sessuali*, in AA. VV., *Psicologia della prova*, a cura di C. CABRAS, Giuffrè, 1996
- K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. GARUTI, Utet giuridica, 2009
- G. LATTANZI – E. LUPO, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenze*, in *Quad. giust.*, 1982, n. 16
- U. LEDONNE, *L'incidente probatorio*, in *Giust. pen.*, 1990, vol. III
- M. LIBERATORE, L. LOMBARDI, *La valutazione degli aspetti contestuali e motivazionali legati alla testimonianza: metodi e strumenti*, in *Manuale psicoforense dell'età evolutiva*, a cura di G. B. CAMERINI - R. DI CORI - U. SABATELLO - G. SERGIO, Giuffrè, 2018

- E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016
- L. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997
- L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005
- E. LUPO, *L'incidente probatorio, incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale*, in *Quad. CSM*, vol. II, n. 28, 1989
- E. LUPO, *La testimonianza del minore. Dall'ipotesi di abuso all'abuso di ipotesi*, Edizioni del Rosone, 2007
- A. MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CANZIO – FERRANTI – PASCOLINI, Giuffrè, 1989
- M. MASTROGIOVANNI, *Le nuove norme per l'assunzione anticipata della prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, a cura di DALIA – FERRAIOLI Giuffrè, 1998
- O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2019
- G. MAZZONI, *La testimonianza in età evolutiva*, in *età evolutiva*, 1995
- G. MAZZONI, *Memorandum of Good Practice on Video Recorded Interviews with Child Witnesses for Criminal Proceedings*, in *Psichiatria, Psicologia e Diritto*, 2010, n. 3
- T. MAZZUCA, *L'incidente probatorio*, in *Giust. pen.*, vol. III, 1991
- A. MOLARI, *L'incidente probatorio*, in *L'Indice penale*, 1989
- A. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2019
- C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, UTET, 2000

- V. MOTTA, *La valorizzazione dell'incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014
- A. MUSCELLA, *Quali confini per la pubblicità delle udienze?* in *Arch. pen.*, 2017
- A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007
- B. NACAR, *Una nuova lettura dell'incidente probatorio*, in *Giur. It.*, 2002
- D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2019
- G. NEPPI MODONA, *Il nuovo processo penale tra emergente e cultura delle riforme*, in *Quest. giust.*, 1984
- G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI, Cedam, 1996
- G. PAOLOZZI, *L'incidente probatorio*, in *La Giustizia penale*, 1990
- C. PARODI, *Le persone interessate all'assunzione dell'incidente probatorio*, in *Dir. proc. pen.*, 1997
- N. PASCUCCI, *La testimonianza del minorenni nel processo penale*, in *Giur. It.*, n. 11., 2020
- N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni: dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Giappichelli, 2020
- L. PEPINO – D. SCATOLERO, *Vittime del delitto e vittimologia*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992
- B. PIATTOLI, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, Giappichelli, 2000
- U. PIERRO, *Incidente probatorio e udienza preliminare*, in *Annali dell'Istituto di diritto e procedura penale dell'Università di Salerno*, 1995
- G. PIZIALI, *Reati contro la libertà sessuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997

- T. RAFARACI, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalità*, 2010
- S. RAMAJOLI, *Chiusura delle indagini preliminari*, Cedam, 1997
- S. RECCHIONE, *L'ascolto del minore nel processo penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011
- P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Cedam 2000
- P. RENON, *Sub art. 392 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI, Cedam, 2005
- P. RENON, *Sub art. 393c.p.p.*, *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI, Cedam, 2005
- P. RENON, *Sub art. 394 c.p.p.*, *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO – GREVI, Cedam, 2005
- P. RENON, *Sub art. 400 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2005
- P. RENON, *Sub art. 401 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2005
- P. RENON, *Sub art. 402 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Cedam, 2005
- P. RENON, *sub. art. 403, c.p.p.*, in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, a cura di CONSO-ILLUMINATI, Cedam, 2015
- N. RESTIVO, *L'accusa nel nuovo codice di procedura penale: rapporti tra p.m. e il giudice istruttore*, in *Giust. pen.*, 1978
- P. RIVELLO, *Analisi critica dell'influenza esercitata dagli atti delle indagini preliminari sul concreto esito del processo*, in *Dif. pen.*, 1990, n. 31
- B. ROMANO, *Dubbi vecchi e nuovi di legittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenni*, nota a Cort. Cost., 9 luglio 1998, n. 262, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998

- A. ROSSI, *La persona offesa dal reato e gli enti esponenziali*, in *Quad. CSM*, 1989
- A. ROSSI, *La nozione giuridica dell'irripetibilità*, in *Arch. proc. pen.*, vol. I, 1993
- C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, 2013
- S. SAU, *L'incidente probatorio*, Cedam, 2001
- S. SAU, *Sub art. 395, Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Giuffrè, 2010
- S. SAU, *Sub art. 398, Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Giuffrè, 2010
- S. SAU, *Sub art. 402, Incidente probatorio*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Giuffrè, 2010
- S. SAU, *Codice di procedura penale commentato*, IV, Giuffrè, 2010
- A. SCCELLA, *Commento all'art. 5, l. 7-8-1997, n. 267*, in *leg. pen.*, 1998
- L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenni nel procedimento penale: l'esigenza di tutela della personalità tra disciplina codicistica ed interventi normativi recenti*, in *Leg. pen.*, 1996
- L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Cedam, 2000
- A. SORGATO, *Abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di assumere la testimonianza della vittima di violenza sessuale mediante incidente probatorio*, giurisprudenza commentata del 28 ottobre 2019, in *Il Penalista*.
- E. STRACUZZI, *"Ascolto e testimonianza del minore"*, in www.aipg.it, 14 novembre 2008
- S. SURACI, *L'incidente probatorio: tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini giuridica, 2017

- P. TONINI, *Note critiche sull'incidente probatorio*, in *Il giusto processo*, 1990
- F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale: il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età*, Cedam, 2017
- F. VERGINE, *Incidente probatorio e udienza preliminare tra autonomia e interferenze*, in *Dir. proc. pen.*, 2007
- P. L. VIGNA, *Sub art. 400 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO, IV, Giappichelli, 1990
- G. P. VOENA, *Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. X, 1989