

LA CONSULTA SI PRONUNCIA SUL CD. INCIDENTE PROBATORIO “SPECIALE”: RICOSTRUZIONE DELL’ISTITUTO E CONSIDERAZIONI FINALI.

Valentina Rossi



Per leggere il testo clicca su [Sentenza](#)

Abstract

La Corte Costituzionale, con sentenza n.14 del 2021, si è pronunciata nuovamente sull'incidente probatorio "speciale" di cui all'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Macerata che, con ordinanza di rimessione, in riferimento alle norme parametro di cui agli artt. 3 e 111 Cost., aveva investito la norma "nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, debba riguardare la persona minorenni che non sia anche persona offesa dal reato".

Nel solco di una disciplina normativa che ha delineato, ai fini dell'assunzione della prova, un modello di contraddittorio attenuato e tutelato a favore delle vittime di talune fattispecie di reato e soggetti vulnerabili, sia in sede di incidente probatorio, come previsto dall'art. 398, commi 5-bis, 5-ter e 5-quater c.p.p., sia nello sbocco dibattimentale di cui agli artt. 472, comma 3-bis e 498, commi 4-ter e 4-quater del codice di rito, l'incidente probatorio "speciale" di cui all'art. 392, comma 1-bis, c.p.p., pone non poche problematiche, oggetto di rimessione, sulle quali la sentenza in esame si è pronunciata.

Va dapprima rilevato che la Consulta si è espressa sulla irragionevolezza, manifestata dal giudice a quo, di una liberalizzazione dell'accesso all'assunzione della prova ove debba essere acquisita la testimonianza di un minore nel catalogo di reati ivi espressi, affermando, per l'istituto di cui art. 392 comma 1 bis c.p.p., il principio di presunzione di indifferibilità o non ripetibilità dell'apporto testimoniale, a tutela della salvaguardia della personalità del minore e della genuinità della formazione della prova.

Conclude la Corte Costituzionale ribadendo la natura eccezionale dell'istituto contemplato nella disposizione censurata, da considerarsi quale deroga al principio di immediatezza della prova che si pone, tuttavia, in un equo contemperamento tra l'esigenza di preservare la libertà e dignità del testimone minorenni e quella di tutelare le garanzie difensive dell'indagato/imputato attraverso la modalità di documentazione integrale delle dichiarazioni testimoniali rese, di cui all'art. 398 comma 5 bis c.p.p. e la possibilità, per il giudice, di fare utilizzo di un contraddittorio pieno, ai sensi dell'art. 498 comma 4 c.p.p.

Permangono, tuttavia, talune problematiche alla stregua della intera disciplina normativa del contraddittorio attenuato e tutelato, con riferimento, in particolare, all'esame del testimone minorenni.

1. Forme di contraddittorio attenuato e tutelato nell'assunzione della prova

Nel d.lgs. 2122016 è definito lo statuto speciale della testimonianza della vittima vulnerabile laddove viene delineata una disciplina privilegiata per l'assunzione della testimonianza della persona offesa vulnerabile a

partire dalla fase delle indagini preliminari, ove la raccolta della deposizione si avvale della mediazione di uno psicologo, per passare al contraddittorio incidentale sino allo sbocco dibattimentale, ove l'audizione ha carattere residuale.

Tale disciplina è andata ben oltre l'onere di indicazione della necessità di un accertamento in concreto della vulnerabilità per ogni vittima, richiesto dalla normativa comunitaria (art. 22 e ss. Direttiva 2012/29/UE), prevedendo, in concreto, un'estesa zona di "vulnerabilità presunta" comprensiva delle vittime di tutti i reati indicati dagli artt. 351 comma 1 ter e 392 comma 1 bis c.p.p.^[1], i quali, se minori, possono essere sentiti in contraddittorio incidentale e con modalità protette, anche se non rivestono la qualità di vittima.

Alla categoria dei "vulnerabili presunti" si affianca quella della "vulnerabilità atipica"^[2], riferita alla condizione di debolezza relazionale delle vittime di reati secondo i parametri di cui all'art. 90 quater c.p.p. (età, stato di infermità, stato di deficienza psichica, tipologia di reato e sua valenza traumatizzante, modalità e circostanze del fatto), la cui valutazione, eventualmente già ritenuta sussistente nel corso dell'audizione unilaterale, deve essere, in ogni caso, ripetuta, ove venga richiesto ed ammesso l'incidente probatorio.

In tal sede, e, in particolare, nel contraddittorio cartolare di cui all'art. 396 c.p.p., l'interesse al riconoscimento della vulnerabilità appare, a sua volta, *prima facie*, un *vulnus*, in quanto potrà essere fatto valere direttamente dal pubblico ministero, e, solo indirettamente, dalla persona offesa, attraverso la mediazione del pubblico ministero.

Con l'utilizzo di uno statuto speciale, la persona offesa vulnerabile viene sottoposta ad una anticipazione dell'audizione in sede incidentale con l'ausilio di modalità protette, a tutela, da un lato, dello stato del dichiarante, e, dall'altro, della stessa genuinità della prova^[3], contemplando la normativa di riferimento un ambiente tutelante e le modalità adeguate di cui al comma 5 bis dell'art. 398 c.p.p. e dell'art. 498 comma 4 ter c.p.p. (audizione incidentale anche fuori dal Tribunale e, anche in sede dibattimentale, uso del vetro specchio e dell'impianto citofonico), secondo l'ampia discrezionalità del giudice (*a tal riguardo Cass., sez. III, 8 gennaio 2009, n. 7141*).

Quanto appena delineato è da considerarsi un contraddittorio "attenuato"^[4] ove l'esame è condotto attraverso il filtro del giudice e di un tecnico/psicologo e le parti possono formulare domande mediate dall'Autorità giudiziaria o dal tecnico, con la richiesta di chiarimenti.

Appare meritevole di considerazione la circostanza che, per la sola tipologia di vittime vulnerabili di cui all'art. 398 comma 5 bis c.p.p., la testimonianza in contraddittorio incidentale in modalità protetta è attivata d'ufficio, laddove è invece attivata ad impulso di parte per ogni ulteriore categoria residuale.

Ciò si riverbera, inevitabilmente, sulle prerogative difensive dell'indagato/imputato che appaiono in tale ipotesi attenuate a causa della rinuncia all'oralità, che, tuttavia, è controbilanciata dalla integrale

documentazione dell'audizione attraverso riproduzione fonografica o audiovisiva, che garantisce una non alterazione della testimonianza, la quale, nel corso dell'intero iter procedimentale, rileverà nella sua complessità, verbale e extraverbale, e, dunque, in termini di maggiore affidabilità.

2. Le questioni sollevate dal Gip del Tribunale di Macerata nell'ordinanza di rimessione n. 98 del 18 febbraio 2020

Con ordinanza di rimessione n. 98 del 18 febbraio 2020, il Gip presso il Tribunale di Macerata ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 comma 1 bis c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 111 Cost., assumendo quale irragionevole la necessaria audizione anticipata del minore testimone che non sia anche persona offesa dal reato, alla luce del suo automatismo, in assenza di una valutazione in concreto della specificità del caso, della prevedibilità o meno delle conseguenze traumatiche della deposizione e anche della circostanza che la memoria del teste "si perda nei tempi ordinariamente necessari per la istruttoria dibattimentale".

A parere del giudice a quo, non potrebbe essere invocata la ratio di impedire la **cd. "vittimizzazione secondaria"** del dichiarante, rischio che potrebbe essere invece evitato dall'escussione anticipata del teste minorenni sulla base dei presupposti di cui all'art. 392 comma 1 lettere a) e b) c.p.p. (incidente probatorio ordinario).

L'accesso privilegiato all'incidente probatorio, così come delineato dall'art. 392 comma 1 bis c.p.p., avrebbe determinato, a parere del Gip di Macerata, un particolare **contraddittorio**, da intendersi nel suo corollario dell'**immediatezza**, che non sarebbe salvaguardato in modo adeguato dalla documentazione integrale mediante riproduzione fonografica o audiovisiva dell'escussione, non potendo la stessa sostituire la percezione diretta dell'esame testimoniale.

3. La risposta della Consulta: ammissibilità della questione di legittimità sollevata, alla luce dell'assenza di discrezionalità del giudice in ordine all'accoglimento della richiesta di incidente probatorio "speciale" e....

Entrambe le questioni sollevate dal giudice a quo sono state superate dalla Corte costituzionale attraverso i passaggi motivazionali della sentenza in oggetto che ora si diranno, con la premessa che la norma oggetto di censura costituzionale è stata introdotta quale risposta agli stimoli provenienti dalla normativa comunitaria^[5], la quale richiedeva agli Stati membri forme di tutela nel corso dell'audizione del testimone minorenni e della persona offesa di talune tipologie di reati lesivi della libertà sessuale o di

autodeterminazione, dell'integrità fisica e della personalità dell'individuo.

Ne è derivata, pertanto, l'introduzione nel codice di rito, attraverso la l. 15 febbraio 1996 n. 66, della ipotesi contemplata dall'art. 392 comma 1 bis, poi sottoposto a successive modifiche estensive, quali, a titolo esemplificativo, la l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote e il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, di attuazione della direttiva 2012/29/UE, il quale ha infine esteso l'ambito di applicazione della norma all'audizione della vittima vulnerabile, anche in assenza del novero dei reati menzionati.

Di conseguenza, ove l'assunzione della **testimonianza del minore, anche non persona offesa dal reato**, e della vittima, anche maggiorenne, riguardi taluni delitti lesivi della libertà sessuale o di autodeterminazione, dell'integrità fisica e della personalità dell'individuo, il giudice non è vincolato all'accertamento del presupposto della non rinviabilità di cui all'art. 392 comma 1 c.p.p.

Quanto all' ammissibilità della questione di legittimità sollevata, la Consulta, richiamando la sentenza n. 34091 del 26 luglio 2019 emessa dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione, che ha considerato **abnorme**^[6] **l'ordinanza del Gip che rigetti l'istanza di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 comma 1 bis c.p.p. all'esito di valutazioni di opportunità, ha fatto proprio quell'orientamento che ritiene che** il giudice, al quale sia presentata la richiesta di incidente probatorio "speciale", **dovrebbe limitarsi alla sola valutazione dei presupposti di ammissibilità della stessa**, e, dunque, la provenienza da un soggetto legittimato, la circostanza che si proceda per uno dei reati elencati dalla disposizione e che la persona di cui debba essere acquisita la testimonianza sia minorenni o sia persona offesa dal reato, con ciò limitando, da un lato, **le valutazioni del giudice alla sola** verifica dei presupposti legittimanti, e, dall'altro, sollevando l'istante dall'onere di specificare le circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento.

L'assenza di discrezionalità in capo al giudice comporta, pertanto, l'ammissibilità della questione di legittimità sollevata.

4....infondatezza per mancato contrasto all'art. 3 Cost.

La sentenza della Corte costituzionale ha, pertanto, ritenuto legittima la **configurabilità di una "presunzione di indifferibilità e di non rinviabilità"**^[7] **laddove sussistano, come nel caso di cui all'art. 392 comma 1 bis c.p.p.,** esigenze costituzionali di salvaguardia del minore che si trovi in una "condizione di vulnerabilità" o alla stregua dei reati sui quali lo stesso dovrebbe deporre e ciò sulla base di dati di esperienza **generalizzati**, riassumibili nella formula dell' "*id quod plerumque accidit*"^[8].

Di conseguenza, non appare **irragionevole, e, dunque, in contrasto all'art. 3 Cost., l'equiparazione**

legislativa tra il minorente testimone e la persona offesa dal reato, quanto all'assunzione anticipata della prova testimoniale di cui alla norma censurata, in quanto ciò si giustificerebbe in quella **vulnerabilità**, che, secondo la sentenza della Consulta, contraddistinguerebbe il primo soggetto, purché si proceda per i reati ivi tassativamente indicati.

Ebbene, le finalità della norma in oggetto censurata sarebbero, a parere della Consulta, sia di natura processuale, ossia la garanzia della genuinità della prova che potrebbe essere pregiudicata dalla pubblicità del dibattimento, offuscante il ricordo del minore, in un momento comunque lontano rispetto al verificarsi dei fatti, sia di natura extra-processuale, vale a dire l'esigenza di salvaguardare la dignità del minore da eventuali traumatismi^[9] derivati dalla sua attiva partecipazione in un contesto processuale, esigenza che ne imporrebbe una sua "rapida fuoriuscita" dal procedimento penale ove vengano trattati **delitti lesivi della sfera sessuale, espressamente elencati**, in quanto idonei a determinare una più intensa necessità di protezione.

5. La natura "eccezionale" dell'incidente probatorio "speciale"

Il percorso argomentativo della sentenza in oggetto si conclude con una riflessione in merito alla natura "eccezionale" dell'istituto dell'incidente probatorio "speciale" poiché in deroga al principio di **immediatezza**^[10], che presuppone l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide, e che si pone nell'ottica di un accesso anticipato all'assunzione della prova e dell'utilizzo di tecniche di esame più specifiche al caso di specie, funzionali a garantire un equo bilanciamento tra la salvaguardia del minore coinvolto, la genuinità della prova e le garanzie difensive dell'indagato/imputato.

Quell'assenza di discrezionalità in capo al giudice sull'accoglimento o rigetto della richiesta di incidente probatorio, è compensata dalla disposizione di cui al comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p., che rimette al giudice la possibilità di scegliere luogo, tempo e modalità particolare attraverso cui procedere all'incidente probatorio, con ciò potendo lo stesso optare tra un contraddittorio pieno, con facoltà per il pubblico ministero e per il difensore di porre domande dirette al minorente, ove il giudice ritenga che tale esame diretto non possa nuocere alla serenità del teste, e l'utilizzo di modalità protette, anche sulla base delle particolari condizioni in cui versa il minore e l'eventuale sensibilità dei fatti accaduti.

L'assenza di una percezione diretta della prova, è ritenuta dalla Corte Costituzionale, nella sentenza in commento, attenuata dalla necessaria documentazione integrale attraverso la **registrazione «fonografica o audiovisiva»** dell'esame, prevista dal comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., sebbene la mancanza di una previsione di inutilizzabilità potrebbe indebolire tale garanzia^[11].

6. Riflessioni finali

Alla stregua di quanto argomentato, si impongono talune brevi riflessioni finali.

Attraverso la sentenza in oggetto, la Consulta ha ritenuto la non irragionevolezza dell'assunzione anticipata della prova dichiarativa resa dal teste minorenni non anche persona offesa dal reato ribadendo, da un lato, la natura eccezionale dell'istituto di cui all'art. 392 comma 1 bis c.p.p., in deroga al principio della immediatezza della prova e, dall'altro, un giusto temperamento tra protezione del dichiarante e genuinità della prova a tutela dell'indagato/imputato.

Tuttavia, l'aver attribuito analoga condizione di vulnerabilità alla vittima del reato e al teste minorenni non persona offesa sulla base della sola circostanza che entrambi possano essere chiamati a rendere dichiarazioni su fatti legati all'intima sfera personale o alle violenze subite o alle quali si è assistito, àncora l'utilizzo dell'istituto in esame a tassative **tipologie di reato ove risiederebbe una vulnerabilità *in re ipsa*, prescindendo ciò da valutazioni più generali sulla particolare psiche del minore e sulla sua personalità.**

L'istituto in esame appare, pertanto, limitato ad una scelta puramente casistica di delitti^[12], peraltro non esaustivi della complessa materia ove sono in gioco beni di rilevanza costituzionale, e, semmai, frutto di politiche legislative fornite in risposta a situazioni emergenziali via via manifestatesi nel corso degli anni.

Un equo bilanciamento tra esigenze di protezione del minore testimone non persona offesa del reato e tutela della genuinità della prova a favore dell'indagato/imputato potrà, di fatto, essere garantito laddove il ricorso a particolari cautele nell'audizione, quali, a titolo esemplificativo, l'ausilio di un tecnico psicologo^[13], sia previsto a pena di inutilizzabilità^[14] della relativa prova dichiarativa e l'orientamento, costituzionalmente conforme^[15], della discrezionalità del giudice sul ricorso alle modalità particolari e protette di cui all'art. 398, comma 5-bis c.p.p., trovi espressa previsione normativa e valorizzazione nella disciplina dell'istituto dell'incidente probatorio "speciale", anche al fine di compensare l'assenza di discrezionalità sull'accoglimento o rigetto dell'istanza di incidente probatorio.

[1] Come motivato nella sentenza in oggetto.

[2] V., ex multis, Cass., Sez. II, 26 novembre 2010, n. 3315 e Cass., Sez. III, 25 settembre 2000, n. 11537.

[3] A tal riguardo Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996.

[4] A tal riguardo la Corte di legittimità ha chiarito che « nel caso di esame protetto di minori nelle forme

dell'incidente probatorio (art. 398 comma 5-bis) non ricorre alcuna ipotesi di nullità ove sia il giudice a condurre direttamente l'assunzione della prova testimoniale, in quanto l'esperto in psicologia infantile, eventualmente nominato ai sensi dell'art. 498 comma 4 c.p.p., ha solo la funzione di assistere il giudice fornendo sostegno psicologico al minore ovvero di indicare le modalità con cui devono essere preferibilmente poste le domande » (Cass., sez. III, 15 febbraio 2008, n. 11130, G., C.E.D. Cass., n. 239003). Inoltre, la Corte è giunta a ritenere legittima anche la testimonianza in forma scritta (con domande orali e risposte scritte) quando questa modalità appare necessaria per tutelare la fragile psicologia del teste e la genuinità della deposizione (Cass., sez. III, 25 maggio 2004, n. 33180, I., C.E.D. Cass., n. 229157: in motiv., si afferma che tale forma non costituisce violazione del principio del contraddittorio — in quanto non impedisce alle parti presenti di rivolgere domande o fare contestazioni —, né violazione del principio dell'oralità, in quanto non si tratta di prova precostituita fuori dal processo ma formata in contraddittorio tra le parti, come per le deposizioni del sordo o del sordomuto).

[5] A tal riguardo, la decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, poi sostituita dalla direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato; e, ancora, la direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

Analogamente, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, e la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011.

Unitamente a tali accordi, risultano esservi numerose raccomandazioni e atti di "soft law", tra cui le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei ministri il 17 novembre 2010, e le e Linee guida delle Nazioni Unite sulla giustizia nelle cause che coinvolgono minori vittime e testimoni di reato (Risoluzione 2005/20 del Consiglio economico e sociale del 2005).

[6] Cass., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572; analogamente, Cass., Sez. III 16 maggio 2019, n. 34091. In senso contrario, *ex multis*, Cass., Sez. VI ,15 luglio 2020, n. 24996.

[7] In dottrina, L. Camaldo, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., 176 ss.

[8] V., *ex multis*, Corte cost., 11 gennaio 2021, n. 1, che ha ritenuto infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24, comma 3, Cost., la questione di legittimità dell'art. 76, comma 4-ter, del d.P.R. n. 115 del 2002, nella parte in cui determina l'automatica ammissione al patrocinio a spese dello Stato della persona offesa dai reati di cui agli artt. 572, 583-bis, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612-bis, nonché, ove commessi in danno di minori, dai

reati di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqües*, 601, 602, 609-*quinqües* e 609-*undecies* c.p.; sull'art. 4-*bis* ord. penit., Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253; in materia sanzionatoria, Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 268; con riguardo alle presunzioni in materia cautelare, tra le altre, Corte cost., 25 maggio 2010, n. 265.

[9] V., ex multis, Cass., Sez. II, 26 novembre 2010, n. 3315.

[10] Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132.

[11] Tuttavia, in caso di inosservanza di documentazione fonografica o audiovisiva, la Corte di legittimità non ha rilevato l'esistenza di alcuna causa di nullità o inutilizzabilità, potendo, la carente documentazione, *"semmai comportare un ostacolo al necessario controllo, cui è appunto finalizzata l'adozione di detta particolare documentazione, circa l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni rese"* (Cass., sez. III, 9 luglio 2008, n. 32580, xy, C.E.D. Cass., n. 240746).

[12] V. S. Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 151 ss.

[13] V., ex multis, Cass. sez. 3 n. 3651 del 10/12/2013, dep. 2014, C.E.D..

[14] L. Algeri, *Il testimone vulnerabile*, cit., 130.