

SCHEDA 22 Febbraio 2021

L'INCIDENTE PROBATORIO «SPECIALE» TORNA COSTITUZIONALE

Veronica Tondi

Corte cost., sent. 5 febbraio 2021, n. 14, Pres. Coraggio, Red. Petitti

Per leggere la sentenza, [clicca qui](#).

1. Con la sentenza in commento, il Giudice delle leggi è tornato a pronunciarsi **sull'incidente 1-bis**, c.p.p., dichiarando **infondata la questione di legittimità costituzionale** che aveva riguardato i procedimenti per i delitti ivi indicati, **l'assunzione della testimonianza** in sede di incidenti probatori, **offesa dal reato, debba riguardare la persona minorennе che non sia anche persona offesa**.

L'ipotesi di assunzione anticipata della prova in esame è stata oggetto, nel corso degli anni, di diverse pronunce, volte dalla percezione della non piena corrispondenza tra la *ratio* delle previsioni di cui si tratta e l'effimera natura.

Come è noto, essa costituisce espressione della «**polifunzionalità**»**[1]** di un istituto processuale «**effimero**»**[2]**, non rinviabili, in un sistema processuale improntato al principio della separazione delle funzioni, un'evoluzione tale da consentirne l'adeguamento a scopi di diverso tenore**[3]**.

Pur nel perseguimento di finalità di indubbio rilievo, quali, per quanto qui di interesse **minorenne**, e la tutela della **genuinità del contributo dichiarativo** proveniente dai medesimi modi di attuazione del tutto coerenti. Ne sono derivati **dubbi sulla razionalità complessiva di una** 398, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater* c.p.p., a cui si accompagnano le previsioni dettate dagli artt. 472, comma 3-*bis*, del codice di rito – che, dettata con riguardo a cataloghi di reati non solo in alcuni casi fonte di irragionevoli disparità di trattamento, o caratterizzata da ingiustificate **Tali impressioni non hanno, tuttavia, trovato sempre conferma nella giurisprudenza contrastante** con la Carta fondamentale, e in primo luogo con il parametro dell'art. 3 Cost., censurate.

Tanto premesso, la sentenza di cui si tratta suscita interesse sotto una pluralità di profili.

In primo luogo, la Corte è stata chiamata a considerare le previsioni di cui all'art. 392, comma 1, c.p.p. **consueti, tendenzialmente orientati** – come è stato rilevato[4] – **a estendere a ipotesi di reato** indipendentemente dall'accertamento dei presupposti di non rinviabilità, o a ottenere l'escussione delineate dal codice di rito. E difatti, l'ordinanza di rimessione dubitava della opportunità dell'anticipata della prova **in tutti i casi in cui**, procedendosi per le fattispecie di reato ivi indicate. Inoltre, la pronuncia ha avallato, quantomeno sotto il profilo della coerenza con la Carta, la dottrina e in giurisprudenza – che sostiene la configurabilità, nell'ipotesi di cui al comma 1, **non rinviabilità** dell'atto probatorio.

Infine, degno di nota è il fatto che il Giudice delle leggi abbia comunque ribadito la **naturale** deroga al **principio di immediatezza**; oggetto, quest'ultimo, di recente, del bel noto *obiter dictum* di cui al paragrafo 2.1 della sentenza, in cui si è valutato l'introduzione di ragionevoli eccezioni al medesimo, purché nel rispetto di adeguati principi di ragionevolezza, e di fronte dell'eccessiva dilatazione dei tempi del processo, divenga un mero «simulacro».

Le riflessioni della sentenza sulla *ratio* delle scelte normative non sopiscono, tuttavia, al particolare riferimento all'esame del testimone minorenne.

2. Se si ha riguardo più specificamente, alle **censure di costituzionalità formulate dal giudice** in contrasto con gli **artt. 3 e 111 Cost.** della norma sopra indicata, in quanto intesa da ricercare nel contrasto al giudice pressoché ogni discrezionalità in ordine all'accoglimento della richiesta di incidente probatorio, si può dire che l'ordinanza di rimessione, **non sarebbe stata ragionevole la preclusione** al giudice di rimessione di valutare l'opportunità dell'anticipata della prova **testimonianza del minore**, che non sia anche persona offesa dal reato. **Non avrebbe invece** potuto essere **esigenze di tutela** da possibili conseguenze traumatiche dell'escussione, o di prevenire

In particolare, secondo l'ordinanza di rimessione, **non sarebbe stata ragionevole la preclusione** al giudice di rimessione di valutare l'opportunità dell'anticipata della prova **testimonianza del minore**, che non sia anche persona offesa dal reato. **Non avrebbe invece** potuto essere **esigenze di tutela** da possibili conseguenze traumatiche dell'escussione, o di prevenire

necessario all'istruzione dibattimentale. In tale ipotesi, infatti, **non avrebbe potuto invocare** del dichiarante.

Tale meccanismo di accesso privilegiato all'incidente probatorio avrebbe quindi determinato il **principio del contraddittorio**, nel suo corollario dell'**immediatezza**, non garantito dall'atto. Quest'ultima non avrebbe, infatti, potuto sostituire la percezione diretta dell'atto. Consentire al giudice decidente di esercitare i poteri ordinariamente spettantigli in tale sede

Appare curioso rilevare come l'ordinanza di rimessione abbia fatto riferimento al necessario **nesso causale** tra il reato e la persona offesa dal reato, sebbene **l'assenza, in capo a quest'ultima, della facoltà di costituirsi parte civile** attraverso una richiesta all'organo dell'accusa, suscettibile di rigetto con provvedimenti problematici e discussi della disciplina sul punto[6].

Come si è anticipato, i dubbi relativi al contrasto della norma con la Carta fondamentale sono stati sollevati dal giudice *a quo*: merita dunque ripercorrere i principali passaggi argomentativi della sentenza, in cui è stata offerta una sintetica sintesi delle caratteristiche essenziali della disciplina.

Al fine di conformarsi alle **sollecitazioni provenienti dalle fonti del diritto internazionale** in materia di **acquisizione del contributo dichiarativo della vittima del reato e del minore**, il legislatore ha modificato l'art. 398 del codice di procedura penale, introducendo il comma 1-bis, introdotto dalla l. 15 febbraio 2003, n. 22, e successivamente modificato da successive leggi, in particolare dalla l. 3 agosto 1998, n. 269, in materia di pornografia; la l. 11 agosto 2003, n. 228, contro la tratta di persone; il d.l. 23 febbraio 2004, n. 47, in materia di sfruttamento sessuale; e, ancora, la l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote. Da ultimo, la direttiva 2012/29/UE, ha esteso la sfera di operatività della norma censurata all'elenco dei reati contemplato nel catalogo di reati ivi contemplato.

Fatta salva quest'ultima ipotesi, si è, così, **svincolato dall'accertamento del presupposto di reato** l'assunzione della **testimonianza del minore, anche se questo non sia persona offesa dal reato**, **quando si proceda per determinati delitti**, lesivi in linea generale, della libertà sessuale e dell'integrità della personalità dell'individuo.

La disciplina è completata da previsioni riferibili alla **discovery degli atti d'indagine** (art. 398, comma 1-bis, c.p.p., anch'esso oggetto di ripetuti interventi di modifica). Il comma 1-bis, che limita la rinnovazione dell'esame in dibattimento ai soli casi in cui esso riguarda la testimonianza del minore, o sia ritenuto dalle parti assolutamente necessario, e le citate disposizioni non si applicano al giudizio.

Tanto premesso, è possibile procedere all'analisi dei principali snodi argomentativi della sentenza.

3. Al fine di comprendere appieno il cuore della motivazione della sentenza, rappresenti incostituzionalità, appare preferibile soffermarsi, in primo luogo, sul presupposto interpretato **in capo al giudice, di discrezionalità rispetto all'accoglimento della richiesta** di incidenti.

Si richiama sul punto l'orientamento recentemente accolto dalla III sezione penale della Corte con **l'ordinanza del g.i.p. che disattenda l'istanza per il ritenuto difetto di ragioni di urgenza** è così sconfessato l'indirizzo, assolutamente maggioritario in giurisprudenza e in dottrina, dell'art. 586 c.p.p.

In tali pronunce, la Suprema Corte ha quindi ritenuto che il giudice, al quale sia presentata *bis*, c.p.p., **dovrebbe limitarsi a valutare i presupposti di ammissibilità della stessa**, e che proceda per uno dei reati elencati dalla disposizione; che la persona di cui debba essere accertato il reato. All'esito di tale vaglio, residua, inoltre, l'operatività dell'art. 190 c.p.p., secondo cui si deve riflettere sull'implausibilità della mancata ammissione della prova richiesta dalle "parti" i

Per contro, secondo un diverso indirizzo, espresso di recente dalla stessa Corte di cassazione, si tratta di un «bilanciamento dei contrastanti interessi legati, da un lato, alle esigenze di tutela della difesa dell'imputato»**[9]**.

Indipendentemente da ogni valutazione sulla condivisibilità del ricorso alla categoria delle **valutazioni del giudice**, essenzialmente, alla verifica dei relativi presupposti, esclude «circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento», può dirsi prevalente in natura sistematica, nonché legate alla *ratio* delle previsioni di cui si tratta.

Su tale ultimo punto si avrà modo di tornare a breve. Basti rilevare, per il momento, che il probatorio alla fase delle indagini, quando debba essere esaminato un testimone «vulnerato da **un pericolo di «non riassumibilità o non utile riassumibilità» nel giudizio****[11]**. Il contenzioso, con le alterazioni o modificazioni, in ragione delle caratteristiche dei meccanismi psichici del testimone, e in particolare, particolarmente traumatici sulla capacità di ricordare e rievocare correttamente i fatti, **evenienze coesiste e si salda alla tutela della personalità e della dignità del dichiarante** fenomeno della cd. «vittimizzazione secondaria». Non sembra, dunque, esservi spazio, se non per valutazioni ulteriori a quella della ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 392 c.p.p., per una positiva verifica del requisito dell'urgenza, coerentemente con la già richiamata estensione.

Se, tuttavia, alcuni autori si sono orientati nel senso del riconoscimento di una vera e propria *causa* probatorio**[12]**, altri hanno negato la possibilità di fare ricorso a tale modello teorico, ritenendo che, per accedere all'incidente, in un'ipotesi – quella di cui si tratta – in cui esso semi

In tale prospettiva, la tesi della non rinviabilità presunta si è ritenuta problematica a dichiarazioni rese nel corso delle indagini, *ex art. 512 c.p.p.***[14]**

Pur non potendo soffermarsi, in questa sede, sui rapporti tra non rinviabilità e irripetibilità legittimità, abbia, in alcuni casi, esteso i presupposti di applicabilità della norma da ultimo **forte stress** conseguenti all'aver subito determinati fatti**[16]**, mostrando così di **necessariamente prevedibili**. Tale orientamento appare particolarmente problematico per quanto qui di interesse, le condizioni di fragilità del minore e l'insorgere di meccanismi traumatizzanti dell'esame dibattimentale, che le richiamate previsioni dell'art. 392-*bis* c.p.p.

La sentenza della Corte costituzionale ha quindi **escluso l'illegittimità della configurazione della rinviabilità**», che si reputa tale da trovare fondamento sia nella «condizione di vulnerabilità contestata»**[18]**.

La Corte ha dunque svolto il vaglio di ragionevolezza secondo modalità già sperimentate in materia di **rispondenza della presunzione**, specialmente quando la stessa incida su diritti fondamentali riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»**[19]**. È, difatti, già rinvenibile in giurisprudenza la valutazione delle presunzioni assolute, che le ritiene in contrasto con il principio di uguaglianza **«tutte le volte in cui sia possibile formulare ipotesi di accadimenti reali contrarie alla stessa»****[20]**. E, dunque, quando sia possibile**[21]** – secondo altre sentenze, «agevole»**[22]** la presunzione assoluta deve ritenersi in contrasto con l'art. 3 Cost.

Pertanto, **non è irragionevole la menzionata equiparazione legislativa del minorenni alla testimonianza anticipata della testimonianza**: tale conclusione è fondata sulla **vulnerabilità** che, secondo la giurisprudenza, purché però – si aggiunge – si proceda per i reati tassativamente indicati, caratterizzati come delittuosi di tipo domestico**[23]**.

Al fine di procedere oltre nella valutazione delle ragioni giustificatrici di tale accostamento, pronuncia, nella parte in cui essa individua le *rationes* della disciplina di cui si tratta.

4. Come si è anticipato, il Giudice delle leggi ha ritenuto che non contrasti con **l'art. 3 Cost.** l'assunzione del contributo dichiarativo del minorenni il quale non sia anche vittima del reato, ma che, in caso di urgenza, si proceda secondo le regole generali.

Sul punto, la sentenza ha ribadito un orientamento già valorizzato nella giurisprudenza con riferimento alla **finalità di natura tanto extraprocessuale, quanto processuale**. Con riguardo alla prima, il minore rispetto al rischio che «l'assunzione della testimonianza esponga quest'ultimo a un'assunzione di responsabilità penale»**[24]**, e, inoltre, a favorirne una **rapida fuoriuscita** dal procedimento.

La seconda, connessa alla prima nella misura in cui il carattere emotivamente impegna incidere sulla capacità di ricordare e descrivere correttamente i fatti, attiene alla **garanzia** pericolo di offuscamento o rimozione dei ricordi, o di alterazione dovuta a condizionamenti minore»[25]. In tal senso, l'assunzione della prova in un momento quanto più possibile vicino anche a rilevanti finalità di **tutela dell'accusato**.

In ogni caso, la Corte precisa che le esigenze appena indicate ricorrono, quella **extraproc** **sessuale elencati dalla norma**, in quanto tali da determinare «con maggiore intensità e processuale, **«specialmente»** se l'accusa abbia ad oggetto questi reati.

Si può, intanto, osservare come le richiamate *rationes* della scelta legislativa siano state v la normativa in materia di incidente probatorio “speciale”. Il Giudice delle leggi è **dell'ambito di applicazione della normativa con il bilanciamento di interessi operato da** dell'assenza di profili di arbitrarietà o manifesta irragionevolezza.

Così, l'accento posto sulle esigenze di salvaguardia della persona del minore, di rilievo dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., per l'evidente “svista” della mancata inclusione del reato fattispecie ivi contemplate, in contrasto con il disposto del comma 2-*bis* dell'art. 392[26].

Per altro verso, le *rationes* suindicate hanno escluso la necessaria equiparabilità ai di maggiorenne infermo di mente[27]. In tali occasioni, le specifiche esigenze di tutela non s della sua deposizione, alla luce della **peculiarità dei suoi meccanismi psichici**, sono stati **ad altri soggetti «fragili»**. Le condizioni particolari in cui possono trovarsi tali dichiarati presupposti nei casi concreti, ai casi “ordinari” di incidente probatorio contemplati dall'art protezione del maggiorenne infermo di mente, proprio perché «particolarmente fragile», l **dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p.** all'assunzione della prova a cui sia interessato tale soddisfare istanze di tutela rilevanti *ex art. 2 Cost.*[29].

Significativo è inoltre il precedente[30] con cui la Corte ha escluso il contrasto con gli a parte in cui non estende le relative previsioni alla **testimonianza di minorenni che siano p** disposizione. Più specificamente, la Corte, nel riaffermare la ragionevolezza delle scelte le richiamate esigenze di protezione, quando l'accusa abbia ad oggetto le fattispecie di violazione del principio di uguaglianza, che potrebbe ritenersi integrata solo qualora l irragionevolmente più circoscritto di quanto non imponga la sua *ratio*».

L'orientamento espresso dalla pronuncia è dunque analogo a quello desumibile dalla **l'eccezionalità** dell'istituto dell'incidente probatorio. Nondimeno, la sentenza, pur nega anticipata della testimonianza, ha considerato non trascurabile, sotto il profilo dell'**opport**

prova «a breve distanza di tempo dal fatto, e senza necessità di ripeterla, per di più quando concluso il naturale processo di rimozione psicologica di fatti traumatici, cui egli sarebbe p Da ultimo, la Corte si è soffermata sul rapporto tra la prevenzione di situazioni tali da sc emozionale» e la salvaguardia di una corretta rievocazione e descrizione dei fatti[31].

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia emerge dunque l'indubbio, e as **peculiari, concernenti il funzionamento della memoria e della psiche del minore**, le su fatti, la capacità di tollerare le pressioni provenienti da un contesto come quello dibattim pur quando non sia vittima del reato. Si tratta di profili valorizzati anche dalla dottrina[3 posto l'accento sulla **sinergia** generalmente ravvisabile tra le finalità della protezione del personalità del soggetto, e quelle dell'acquisizione di dichiarazioni genuine e attendibili.

È stato, invero, osservato come le medesime modalità di escussione del testimone possan di prova che venga in considerazione[33].

Al riguardo, hanno fornito significative indicazioni, oltre alla letteratura in materia, anch multidisciplinare che appare ineludibile in questo settore. Basti pensare alle indicazioni medici, psichiatri, criminologi. Essa ha messo in risalto la **maggiore sensibilità della ps ricordo** naturalmente propri della mente umana, in ragione della loro elevata **suggestione** tra esperienze e accadimenti effettivamente vissuti, osservati, o invece narrati da altri. tendenza a formulare risposte tendenti a compiacere l'adulto che le pone[35]. Così, in lini sovranazionale[36], nonché previsto da convenzioni internazionali e atti normativi dell' vittima del reato, l'esame del minore dovrebbe avvenire a una **distanza temporale ravvic** reato, secondo modalità accreditate dalla letteratura scientifica, ed evitando possibilment

Ne deriva la **particolare idoneità dell'istituto dell'incidente probatorio** al persec eventualmente espletato dopo il **decorso di un lungo arco temporale** dal momento d produrre esiti attendibili. Per di più, esso rischia di essere influenzato dalla previa assunzio alcuna forma di contraddittorio, ed eventualmente in forme diverse da quelle suggerite.

L'individuazione delle **tecniche di conduzione dell'esame più idonee a contemperare deposizione e le garanzie difensive** è, in particolare, rimessa, a norma del comma 5-*bis* de stata valorizzata dalla sentenza in commento. Pertanto, quel **bilanciamento di interessi** richiesta può essere espletato al momento della determinazione di tali modalità: conside privilegiata la **piena esplicazione del contraddittorio**, o, in alternativa, il ricorso a **moda** titolo esemplificativo, come elementi da tenere in considerazione, le condizioni particolari degli accadimenti narrati[38].

In proposito, si può rilevare come la consapevolezza dell'elevata specificità del minore **estensiva del richiamato comma 5-bis dell'art. 398**, ritenuto applicabile anche oltre i cor trovato l'avallo della stessa Corte costituzionale[40], che ne ha individuato il fondamento. Se, difatti, il primo, al comma 5, rinvia alle forme stabilite per l'assunzione delle prove, la possibile applicazione delle particolari modalità di cui al comma 5-bis dell'art. 398, quale è indipendente dal fatto che si proceda per reati determinati. Ne consegue, secondo la sentenza, che trovare applicazione, in sede di incidente probatorio, anche quando l'accusa non abbia ad oggetto reati determinati.

In definitiva, occorre individuare un adeguato equilibrio tra le suindicate esigenze, che non è la consapevolezza che l'accesso anticipato all'assunzione della prova, nonché l'individuazione dei **soggetti coinvolti nel procedimento penale**, compreso l'accusato.

Come si è rilevato, peraltro, in alcuni procedimenti, la testimonianza del minore potrebbe derivare dall'essenzialità dell'acquisizione di dichiarazioni genuine, secondo modalità rispetto a quelle diverse dalla *cross examination*, e calibrate sulle caratteristiche specifiche del caso concreto.

Come si è già rilevato, **l'incidente probatorio appare un istituto indubbiamente funzionale** alle garanzie correlate all'ipotesi di cui al comma 1-bis dell'art. 392: si pensi alle modalità di *discovery* totale degli atti d'indagine a norma dell'art. 393, comma 2-bis, c.p.p. La sentenza mira ad assicurare l'esplicazione del diritto di difesa e la partecipazione dell'accusato alla formazione della prova.

5. Negata, dunque, l'irragionevolezza della disciplina censurata, per le ragioni suindicate dell'incidente probatorio, in quanto derogatorio al principio di **immediatezza**, «il quale postula l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide»[45]. A fronte della critica che sembra, pertanto, che la sentenza ravvisi il **punto di equilibrio tra i diversi valori in gioco**, che l'accusa abbia ad oggetto quegli specifici delitti rispetto a cui si porrebbero con maggiore evidenza.

A queste ultime, tuttavia, non sembra potersi disconoscere una valenza più generale. E difatti, nelle *rationes* delle scelte legislative, ha frequentemente richiamato caratteristiche, profili di **ampiamente alla deposizione testimoniale del minore**.

In ogni caso, secondo quanto si è posto in luce nella pronuncia, le conseguenze del margine sono neutralizzate sotto il profilo del pieno esercizio dei poteri, anche di porre domande, accorciando le attutite dalla necessaria **registrazione «fonografica o audiovisiva»** dell'esame, prevista e osservata in sede di commento della disciplina, il difetto del presidio dell'inutilizzabilità è indicata[47].

Il richiamo del principio di immediatezza è particolarmente significativo, in un momento ir costituzionale, non è spesso in grado di esplicitare gli effetti epistemici e di garanzia allo st dei procedimenti penali. Ne è derivata l'affermazione incidentale, nel 2019, della pos: bilanciamento tra valori differenti[48].

Si deve inoltre ricordare che **il rapporto tra il principio di immediatezza e le esigenze di vittima del reato** – è stato di recente portato all'attenzione della **Corte di giustizia** del dell'esame testimoniale della persona offesa in caso di mutata composizione del collegio come la tutela della stessa vittima non possa pregiudicare **il diritto a un processo equo** 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretati coerentemente co della Corte di Strasburgo in materia di valutazione diretta dell'attendibilità del testimone della composizione del giudice[50]. Nondimeno, secondo l'approccio tipicamente appli analisi rimesso al giudice, in considerazione delle caratteristiche del caso concreto, lo s adeguate garanzie e all'equità complessiva del procedimento, a fronte dell'eventuale suss nuovamente la vittima[51]. Orientamento, questo, valorizzato anche in materia di testimonio

La giurisprudenza anche sovranazionale in materia esprime dunque la dialettica tra la processo e particolari istanze di protezione del testimone.

Si è ben consapevoli del fatto che il più elevato standard di tutela del contraddittorio des forme di bilanciamento e soluzioni giudicate, per contro, coerenti con la Convenzione.

Nondimeno, e indipendentemente da ogni giudizio sulla più recente giurisprudenza costitu tollerabilità di un **diverso equilibrio normativo tra gli interessi coinvolti nella materia** i 2, 31 e 32 Cost. – anche nella prospettiva di salvaguardare il principio del contraddittorio

Non sembra, in definitiva, che gli odierni limiti posti all'accesso “liberalizzato” all'as essenziali, al fine di assicurare la coerenza della disciplina con la Carta fondamentale. pregiudicare proprio quel principio che nell'art. 111 Cost. gode di una «considerazione pr effetti in termini di attendibilità del risultato probatorio che esso tende a realizzare.

6. Si possono, a questo punto, formulare alcune brevi considerazioni finali.

Con la sentenza in esame, il Giudice delle leggi ha confermato alcuni punti fermi già rinvi esigenze di protezione tanto del dichiarante, quanto della genuinità della prova, riferibili : dal suo essere persona offesa dal reato.

La pronuncia appare tuttavia aver valorizzato, ai fini della tenuta complessiva della di quanto implicante una deroga al fondamentale principio di immediatezza.

Sotto tale profilo, la non irragionevolezza di una previsione tale da **presumere «un'analog** ossia la vittima e il minore in quanto tale – è stata ricollegata all'eventualità che entr all'intimità e connessi a violenze subite o alle quali si è assistito»[54]. Può tuttavia rile testimone minorenni **prescinda, per le ragioni già illustrate, dalla tipologia di reati** considerazioni sviluppate dalla pronuncia sulle caratteristiche della psiche del minore genuinità della prova.

Un approccio teso a **estendere il ricorso all'incidente probatorio “speciale”** quando de dalla giurisprudenza sovranazionale[55] e poi dalle fonti europee[56], nel segno del vulnerabilità slegata dal ricorso a un approccio casistico legato alla fattispecie di reato per

Con riguardo al minore, può ritenersi ragionevole ravvisare l'esistenza «quasi *in re ipsa*», p di salvaguardia della persona e dell'attendibilità del suo contributo conoscitivo, anche ne perdurante limitazione dell'accesso privilegiato all'incidente probatorio soltanto quando Per di più, questi ultimi, progressivamente estesi oltre la sfera sessuale, **non si presentar** rilevato da tempo dalla dottrina[58], in ragione di un approccio tendenzialmente casistic attuazione a obblighi internazionali concernenti specifiche fattispecie criminose[59].

Specialmente se a venire in considerazione siano **interessi di primario rilievo co: contraddittorio** nell'assunzione di contributi conoscitivi spesso decisivi per l'accertame all'assunzione anticipata della testimonianza del minore oltre i confini più angusti og residuale, dal comma 1, lett. a) e b). Una simile conclusione è, invero, auspicata da tempo c

L'istituto **consente infatti di non vanificare il contributo di tutte le “parti” alla fo** all'adozione di modalità adeguate alle specifiche condizioni del minore e alle caratteristi accennato, non solo la successiva deposizione testimoniale rischierebbe di essere influen: sede di indagini, ma le dichiarazioni ivi assunte potrebbero essere recuperate, per effetto [61], al pur prevedibile manifestarsi di forme di trauma o di “stress” emotivo. Peraltro, i specifico riferimento all'ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile (art. 3. presidiato dall'**inutilizzabilità**[62], anche a voler superare con un'interpretazione estensiv per taluni reati.

Sebbene la pronuncia esaminata avvalori, nei termini suindicati, la ragionevolezza e la sost disciplina nella direzione sopra accennata potrebbe essere opportuna e non confliggere co condizioni necessarie, a tal fine, l'orientamento della discrezionalità del giudice *ex art. 398*

della proporzionalità[63], e la valorizzazione delle garanzie[64] attinenti alla *discovery* e a verso simili soluzioni le accentuate peculiarità del minore quale fonte di prova nel processo **con la vittima del reato.**

[1][1] Così, G. Di Chiara, voce *Incidente probatorio*, *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2002, 546 *a giudizio, di udienza preliminare e di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1999, 1, 328 ss.

[2] Le definisce in questi termini F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 869.

[3] V., sull'assetto originario e sull'evoluzione dell'istituto, *ex multis*, E. Aprile, *L'incidente e l'archiviazione*, II ed., Milano, 2011, 657 ss.; K. La Regina, *Incidente probatorio*, in *Ti Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, 551 ss.; E. N. da A. Gaito, Torino, 2008, 218 ss.; A. Macchia, *Incidente probatorio, Contributi allo studio* c Renon, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro, probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova Suraci, *L'incidente probatorio*, Pisa, 2017, 11 ss.

[4] Così, L. Camaldo e G. Di Paolo, *La Corte costituzionale nega l'estensione dell'incidente di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2003, 3, 870 ss.

[5] Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, in www.cortecostituzionale.it. V., al riguardo, *ex m di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale: Corte costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della C Mazza, Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi*; R. **del giudice: una regola da rimeditare**, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2019; D. Negri, **La C sulla giostra dei bilanciamenti**, in *Arch. pen.*, 2019, 2; E. Valentini, *Dalla Corte costituzior giudice penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3, 1716.

[6] La questione è stata oggetto di soluzioni non univoche anche nella giurisprudenza s Italia, aveva espresso alcuni dubbi su una normativa tale da non tutelare adeguatamente i mezzo di prova potenzialmente essenziale ai fini della costituzione di parte civile, Corte g le previsioni della decisione quadro 2001/220 GAI ostino a una disciplina del tenore di que **incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte Ue**, in *Dir all'incidente probatorio della persona offesa nella giurisprudenza della Corte di giustizia criticità legate alla scelta legislativa di rimettere l'assunzione anticipata della prova alla*

alle indagini, tra gli altri, R. Casiraghi, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle Ubertis* e G. P. Voena, vol. XVI, Milano, 2011, 535-536; C. Cesari, *Il "minore informato su"* 2013, 1, 157 ss.

[7] Con riferimento al diritto dell'Unione europea, vengono in considerazione la decisione della Corte di giustizia sulla posizione della vittima nel procedimento penale, poi sostituita dalla direttiva 2012/29/UE sulla protezione delle vittime di reato; e, ancora, la direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 sulla protezione sessuale dei minori e la pornografia minorile. Si possono inoltre richiamare, in proposito, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989; la Convenzione dei diritti dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, la Convenzione sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul il 11 maggio 2002, le raccomandazioni e atti di *soft law*, tra cui è possibile ricordare, tra gli altri, le Linee guida dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa per la giustizia a misura di minore, adottate dal Comitato dei ministri il 17 novembre 2010, e le Linee guida del Consiglio europeo che coinvolgono minori vittime e testimoni di reato (Risoluzione 2005/20 del Consiglio europeo del 14 dicembre 2005).

[8] Cass., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, in *questa Rivista*, 2020, 6, 209 ss., con nota di **Roberto Casiraghi**, *probatorio, tra tutela della vittima vulnerabile e salvaguardia delle garanzie difensive* in *questa Rivista*, con nota di C. Ardigò, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima* in *questa Rivista*, 2020. In senso contrario, *ex multis*, anche di recente, Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, in *C.E.D. Cass.*, rv. 49030, in *C.E.D. Cass.*, rv. 271776) Cass., Sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, in *C.E.D. Cass.*, rv. 271776).

[9] Così, Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, cit., in motivazione.

[10] V., al riguardo, tra gli altri, E. Aprile, *L'incidente probatorio*, cit., 675; L. Camaldini, *La vittima vulnerabile: modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 176; *L'estensione dell'incidente probatorio*, cit., 870 ss.; K. La Regina, *Incidente probatorio*, cit. in *Ind. pen.*, 2000, 176; S. Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 109. Pur negando che possa parlarsi di prescrizione disciplinaria abbia posto «sullo sfondo» il presupposto appena indicato anche P. Renon, *L'incidente probatorio*, cit., 109. Rileva la configurabilità di un «diritto potestativo» delle parti ad ottenere l'acquisizione del rapporto ordinario tra indagini e dibattimento; S. Sau, *L'incidente probatorio*, cit., 109. Sostiene il «sostanziale» l'accoglimento della richiesta, pur formulando alcune considerazioni critiche che tendono a rafforzare la tendenza verso lo «spostamento del baricentro del rito nella fase preliminare». *Commentari delle norme contro la violenza sessuale*, Padova, 2002, 431; v. anche, in senso critico rispetto a un simile automatismo, G. Conti, *La disciplina di chi ha meno di sedici anni*, in *Guida dir.*, 1996, 9, 27; *Contra*, G. Piziali, *Reati contro la violenza sessuale*, cit., 127, a parere del quale le esigenze sussistono solo probabilmente.

- [11] Per tale nozione di non rinviabilità, v. S. Sau, *L'incidente probatorio*, cit., 112.
- [12] L. Camaldo, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., 176 ss.; L. Cama *dell'incidente probatorio*, cit., 870 ss.;
- [13] P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, cit., 89.
- [14] P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale*, cit., 89.
- [15] Su tale profilo, si rinvia, per tutti, a S. Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 99 ss
- [16] V., nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. II, 26 novembre 2010, n. 3315, in *Plu* 2002, 2, 616, con nota di S. Ardito, *La prevedibilità ex art. 512 c.p.p. dei fatti impeditivi del minore affetto da grave forma di stress*.
- [17] In senso critico rispetto a tale filone giurisprudenziale, v. R. Casiraghi, *La prova dichiar* 157 ss., la quale si sofferma sull'eccezionalità delle deroghe al principio del contraddittor G. Giostra, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv.*
- [18] V. la motivazione della sentenza in commento, § 5 del Considerato in diritto.
- [19] Così, *ex multis*, di recente, in materia contigua a quella oggetto della sentenza in co infondata, in riferimento agli artt. 3 e 24, comma 3, Cost., la questione di legittimità dell'a cui determina l'automatica ammissione al patrocinio a spese dello Stato della persona *quater*, 609-*octies* e 612-*bis*, nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui aq *quinquies* e 609-*undecies* c.p.; sull'art. 4-*bis* ord. penit., Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 2 n. 268; con riguardo alle presunzioni in materia cautelare, tra le altre, Corte cost., 25 magg
- [20] Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., § 8.3 del Considerato in diritto.
- [21] Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit. Rileva, in proposito, S. Bernardi, ***Sull'incomp periculosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in n dicembre 2019), n. 253***, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2020, 2, prescindere dal grado di probabilità che ciò accada, a mettere in crisi la validità della pres tale pronuncia.
- [22] V., tra le altre, Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 268; Corte cost., 25 maggio 2010, n. :
- [23] V. il § 5 del Considerato in diritto.
- [24] V. il § 4.2.1 del Considerato in diritto.
- [25] V. il § 4.2.2 del Considerato in diritto.

[26] Corte cost., 9 luglio 1998, n. 262, in *www.cortecostituzionale.it*: v., al riguardo, la nota

[27] Corte cost., 29 dicembre 2000, n. 583, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato costituzionale, sollevata in riferimento agli articoli 3 e 24 Cost., dell'art. 392, comma 1-*bis* esso previste si applichino anche all'assunzione della testimonianza della persona inferna dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale – solleva medesima norma, nella parte in cui non estende l'accesso all'incidente probatorio “liber testimonianza di persona maggiorenne «affetta da insufficienza mentale tale da richiedere

[28] Corte cost., 1° aprile 2003, n. 108, cit.

[29] Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato l' «nella parte in cui non prevede che il giudice possa provvedere nei modi ivi previsti all'ass sia un maggiorenne infermo di mente, quando le esigenze di questi lo rendano necessar «nella parte in cui non prevede che l'esame del maggiorenne infermo di mente vittima c mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico».

[30] Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 529, in *www.cortecostituzionale.it*: v., al riguard *l'estensione dell'incidente probatorio*, cit.; G. Dosi, *La difficile mediazione fra tutela de prevalere su qualsiasi altro*, in *Dir. e giust.*, 2003, 1, 18; A. Marandola, *Audizione del minor sessuali dell'incidente probatorio 'incondizionato'*, in *Fam. e dir.*, 2003, 3, 221 ss.

[31] Corte cost., n. 92 del 2018, in *www.cortecostituzionale.it*: v., al riguardo, L. Algeri, *Il giudice naturale preserva la concentrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 12, 1565; E. Aprile, *modalità di ascolto del minore*, in *Cass. pen.*, 2018, 7-8, 24; C. Gabrielli, *Costituzionalmen approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*, in *Giur. cost.*, 2018, : *probatorio regge alle censure di incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 964 **della testimonianza del minore: la Corte costituzionale dichiara infondata la questio** *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2018.

[32] V., al riguardo, S. Arasi, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 6; *vulnerabile nel processo penale italiano*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia *vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2011, 104 ss.; R. Casiraghi, *La pro fatti*”, cit., 157 ss.; G. Giostra, *La testimonianza del minore*, cit., 1022; K. La Regina, *probatorio*, cit. 225; A. Marandola, *Audizione del minore infrasedicenne*, cit., 222; G. Pizi: *tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in *Fam. e dir.*, 2005, 3, 327; P. Ren S. Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 109; L. Scomparin, *La tutela del testim* *L'incidente probatorio*, cit., 22. Cfr. anche, sul tema, M. Bargis, *Commento alla l. 15.2.199 pen.*, 1996, 498 ss.; G. Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali*

pen. proc., 2010, 8, 985 ss.; A. Capone, *Incidente probatorio e tutela delle vittime del re debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima* *pen.*, 2009, 4058 ss.

[33] Così, G. Giostra, *La testimonianza del minore*, cit., 1022.

[34] V., per approfondimenti sul tema, L. Algeri, *Il testimone vulnerabile tra esigenze di pro* 2020, 1, 132.

[35] V. la IV ed. della Carta di Noto, *Linee guida per l'esame del minore*, del 14 ottobre 20 Linee guida nazionali per l'ascolto del minore testimone, cit. Entrambi i documenti sono re

[36] V., tra le altre, le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per u Linee guida delle Nazioni Unite sulla giustizia nelle cause che coinvolgono minori vittir economico e sociale del 2005).

[37] Si può avere riguardo, in tal senso, a disposizioni quali l'art. 35 della citata Con 2012/29/UE, cit., o, ancora, l'art. 20 della direttiva 2011/92/UE, cit.

[38] V. il § 5.1 del Considerato in diritto.

[39] In questo senso, G. Canzio, *La tutela della vittima*, cit., 990; A. Presutti, *La tutela c* all'impiego nell'assunzione di prove diverse dalla testimonianza.

[40] Corte cost., 9 maggio 2001, n. 114, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato in in riferimento all'art. 3 Cost. – dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., nella parte in cui, allora, essa trova applicazione, il reato di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli, di cui all'art

[41] V., per tale considerazione, C. Cesari, *Il "minore informato sui fatti"*, cit., 157 ss.; G. Gi

[42] Cfr. S Sau, *L'incidente probatorio*, cit., 109; L. Suraci, *L'incidente probatorio*, cit., 122.

[43] Pongono in luce come il principio del contraddittorio non sia violato, per effetto de parti di contribuire alla formazione del risultato probatorio, eventualmente ponendo dor *L'incidente probatorio atipico*, cit., 630; R. Casiraghi, *La prova dichiarativa*, cit., 513. V. an *nell'incidente probatorio*, in *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. C *testimoni deboli*, cit., 331. Per la riflessione secondo cui il contraddittorio dovrebbe e *testimonianza del minore*, cit., 1027-1028. Osserva che il sistema processuale conosc centralità del contraddittorio dibattimentale, H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*,

[44] V. il § 5.1 del Considerato in diritto.

[45] V. il § 5 del Considerato in diritto.

[46] Corte cost., n. 529 del 2002, cit.

[47] In questo senso, S. Arasi, *L'incidente probatorio atipico*, 628-629; C. Cesari, *Il "minore sub art. 13 legge 3 agosto 1998, n. 269, cit., 795. Si pone in luce, sul punto, l'irragionevole c.p.p., in materia di interrogatorio della persona in stato di detenzione.*

[48] Corte cost., n. 132 del 2019, cit.

[49] Corte giust. Ue, 29 luglio 2019, C-38/18, Gambino, secondo cui «gli articoli 16 e 1 Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assiste decisione quadro 2001/220/GAI, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a cui la vittima di un reato sia stata sentita una prima volta dal collegio giudicante di un organo di tale collegio sia successivamente mutata, detta vittima deve, in linea di principio, essere ascoltata qualora una delle parti nel procedimento rifiuti che detto collegio si basi sul verbale della principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi e prospettive de iure condendo, in questa *Rivista*, 2020, 4, 54 ss.

[50] V. Corte e.d.u., 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; Corte e.d.u., 9 marzo 2004, Pitkänen c. Finlandia, tutte citate nella sentenza della Corte di giustizia.

[51] V. il § 55 della sentenza della Corte giust., Gambino, cit.

[52] Esprimono l'orientamento secondo cui «*in criminal proceedings concerning sexual offences, measures for protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate protection of the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which are proportionate to the risks to the victim's physical and psychological integrity*», *ex multis*, Corte e.d.u., I Sez., 10 maggio 2012, Aigner c. Austria; Corte e.d.u., IV Sez., 10 maggio 2007, A.H. c. Finlandia; Corte e.d.u., III Sez. Bocos-Cuesta c. Olanda, 10 novembre 2006, Germania, tutte in *hudoc.echr.coe.int*. V. anche, più in generale, Corte e.d.u., III Sez., 15 dicembre 2006, *Stanić*.

[53] Così, M. Daniele, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori*.

[54] V. il § 5 del Considerato in diritto.

[55] Corte giust. Ue, G.S., 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino: v., in senso critico, L. Ferrero, *Sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen. e profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Fabbri, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, 2005, 117-118.

[56] Vengono in considerazione, sul punto, specialmente le previsioni della direttiva 2012/24/UE.

[57] Cfr. H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 107; F. Cassibba, ***Oltre Lanzaro vulnerabili***, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2014. Più ampiamente, sulla vittima vulnerabile, *Lo scudo e la spada*, cit.

[58] V. H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 107; G. Di Paolo e N. Galantini, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 151 ss.

[59] Per alcune riflessioni sul punto, F. Cassibba, *Oltre Lanzarote*, cit.; C. Cesari, *Il "minore*

[60] In questo senso, L. Camaldo e G. Di Paolo, *La Corte costituzionale nega l'estensione testimonianza del minore*, 1026; per considerazioni analoghe, C. Cesari, *Il "minore informato per pedofilia - Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 10, 1233, se «differenziazione con altre ipotesi criminose che abbiano ad oggetto beni giuridici diversi» cit., 225-226.

[61] Per considerazioni analoghe, sulla preferibilità dell'incidente probatorio al "recupero" dell'art. 512, R. Casiraghi, *La prova dichiarativa*, cit., 531.

[62] L. Algeri, *Il testimone vulnerabile*, cit., 130; C. Cesari, *Il "minore informato sui fatti"*, c

[63] V. F. Cassibba, *Oltre Lanzarote*, cit.

[64] Valorizza l'esigenza di salvaguardare le garanzie difensive nell'estensione dell'accesso al minore, 1026-1027.