



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

Dipartimento di Giurisprudenza

**Corso di laurea magistrale in
GIURISPRUDENZA**

Tesi di Laurea in Diritto processuale penale

**LE DEROGHE AL CONTRADDITTORIO NELLA TUTELA DEI
“TESTIMONI VULNERABILI”**

Relatore: Prof. Francesco Morelli

Laureanda: Giulia Voltolina

Correlatore: Prof. Daniele Negri

Correlatore: Prof.ssa Stefania Carnevale

Sessione di laurea: autunnale - anno accademico: 2014/2015

Indice

INTRODUZIONE.....	
1. CARATTERI DEL PROCESSO PENALE E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO.....	
1.1 Dal sistema “misto” a quello accusatorio del codice del 1989.....	p. 1
1.2 La riforma costituzionale e il nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione.....	p. 7
1.3 Il principio del contraddittorio nella formazione della prova.....	p. 18
1.3.1 Il principio del contraddittorio in Costituzione.....	p. 20
1.3.2 Conseguenze della qualificazione di “contraddittorio nella formazione della prova”.....	p. 23
1.3.3 Contraddittorio in senso oggettivo e soggettivo.....	p. 24
2. IL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA E IL RAPPORTO CON IL CONTRADDITTORIO.....	
2.1 Il principio di immediatezza.....	p. 31
2.1.1 Oralità e immediatezza.....	p. 35
2.1.2 Art. 525 c.p.p.: immutabilità del giudice come corollario dell'immediatezza.....	p. 37
2.1.3 Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di mutamento del giudice.....	p. 38
2.2 Le letture dibattimentali come deroga all'oralità-immediatezza.....	p. 42
2.2.1 Due casi a confronto: lettura di atti originariamente irripetibili e lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione.....	p. 44
2.2.1 a) Lettura di atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, art. 511 c.p.p. – irripetibilità originaria.....	p. 44

2.2.1 b) Art. 512 c.p.p. – lettura di atti per sopravvenuta e imprevedibile impossibilità di ripetizione.....	p. 49
2.3 L'incidente probatorio come deroga all'immediatezza. Compatibilità dell'istituto con i caratteri del processo penale.....	p. 54
2.4 ... conclusione: rapporto tra il principio del contraddittorio e il principio di immediatezza.....	p. 61
3. MINORI E TESTIMONI VULNERABILI NEL PROCESSO PENALE.....	
3.1. La testimonianza dei minori nel processo penale.....	p. 67
3.2 L'assunzione della testimonianza del minore in incidente probatorio.....	p. 74
3.2.1 Sentenza Corte di Giustizia sul “caso Pupino”: questione riguardante il ricorso alla procedura incidentale al di fuori dei casi tassativi previsti dal codice.....	p. 76
3.2.2 Modalità particolari di assunzione della prova in incidente probatorio – art. 398 comma 5° <i>bis</i> c.p.p.....	p. 82
3.2.3 Esame in dibattimento del minore escusso in incidente probatorio – art. 190 <i>bis</i> c.p.p.....	p. 90
3.3 L'esame del minore in dibattimento.....	p. 95
3.3.1 Il metodo della <i>cross examination</i> nell'assunzione della testimonianza.....	p. 95
3.3.2 Le deroghe alla <i>cross examination</i> nell'assunzione della testimonianza di un minore – artt. 498 commi 4°, 4° <i>bis</i> , 4° <i>ter</i> c.p.p.....	p. 102
3.3.3 Estensione al testimone maggiorenne infermo di mente delle cautele previste dall'art. 498 c.p.p.....	p. 112
3.3.4 Art. 498 comma 4° <i>quater</i> c.p.p.: introduzione del concetto di vulnerabilità della persona offesa. Direttiva 2012/29/UE recante le norme minime per la tutela della vittima.....	p. 114
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	p. 117

INTRODUZIONE

L'analisi che verrà di seguito effettuata si propone di individuare, partendo da quelli che sono i caratteri fondamentali del processo penale, le possibili deroghe ai principi del c.d. “giusto processo”, così come delineato a seguito della riforma costituzionale del 1999, in vista della tutela degli interessi quali la serenità e la riservatezza di minori e di altri soggetti rientranti nella non definita categoria dei “testimoni vulnerabili”, il cui contributo spesso si rivela fondamentale per l'esito del processo. La necessità di fornire a questi testimoni, che nella maggior parte dei casi sono anche le vittime del reato, una tutela particolare, diviene più forte di fronte a crimini di elevato allarme sociale; è stato proprio l'intento di mettere un freno al dilagare di tali fattispecie criminose che ha mosso gli interventi legislativi che si sono succeduti a partire dal 1996 e che hanno inciso non solo sulle norme sostanziali, ma anche su quelle disciplinanti il processo.

La via percorsa dal legislatore si è concentrata su vari fronti: dalla tutela nel corso delle indagini, prevedendo un'ipotesi di incidente probatorio speciale quando si procede per determinate fattispecie di reato (art. 392 comma 1° *bis*, introdotto dalla legge n. 66 del 1996 e poi sottoposto a varie modifiche nel corso degli anni) e l'assistenza psicologica al minore nel corso delle indagini (art. 351 comma 1° *ter* e art. 362 comma 1° *bis*, entrambi di recente introduzione, ad opera della legge n. 172 del 2012), fino alla predisposizione di vari strumenti di tutela nel dibattimento (la previsione della conduzione dell'esame ad opera del presidente, la possibilità di effettuare l'esame con modalità “protette” o anche “schermate” - quest'ultimo previsto per particolari categorie di reati-, ma anche l'esclusione della pubblicità dibattimentale in alcuni casi obbligatoria, in altri stabilita dal giudice). Non sempre però gli interventi legislativi hanno saputo contemperare efficacemente le due esigenze: la tutela del minore e il rispetto dei principi processuali. Complici anche una dottrina e una giurisprudenza

lassiste, spesso i principi sui quali si basa l'attuale processo penale sono stati messi da parte, ridotti a meri strumenti formali, privi di rilievo pratico.

A più di vent'anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale, alcune delle sue strutture portanti sembrano essersi sgretolate, nel nome delle più varie esigenze, spesso anche di natura extraprocessuale: un esempio è dato dall'istituto dell'incidente probatorio, sottoposto negli anni a vari interventi. Esso rappresenta un caso di deroga alla regola per cui la sede ordinaria di acquisizione della prova è il dibattimento, regola che ha rappresentato una delle “conquiste” del nuovo codice procedurale.

L'analisi della tematica in esame non può non prendere le mosse da quelle che sono le caratteristiche dell'attuale sistema accusatorio, in contrapposizione a quello misto, vigente fino al 1989, e dei principi sui quali esso si fonda. In particolare, saranno oggetto di trattazione il principio del contraddittorio, con le varie evoluzioni che esso ha subito nel corso degli anni: dai tentativi, all'inizio degli anni Novanta, di ridurne la portata, in nome del ritorno al carattere repressivo del sistema inquisitorio, acclamato da più parti a causa dell'aumento del numero di delitti di stampo mafioso; fino alla riforma costituzionale del 1999 che ha inciso sull'art. 111 della Costituzione e alla legge di attuazione n. 63 del 2001. Di seguito si tratterà del principio di immediatezza e delle sue deroghe, nei casi di letture dibattimentali e dell'incidente probatorio, fino a giungere al nodo fondamentale riguardante la commistione tra i due principi e in particolare se la deroga al principio di immediatezza che si verifica nell'incidente probatorio celi anche una deroga al contraddittorio, nonostante in dottrina si affermi che una delle caratteristiche dell'istituto è proprio quella di mantenere integro tale ultimo principio.

CARATTERI DEL PROCESSO PENALE E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO

Dal sistema “misto” a quello accusatorio del codice del 1989

L'attuale sistema processuale penale prevede un tipo di processo modellato sulle caratteristiche del tipo accusatorio. Uno dei caratteri di quest'ultimo, che valgono a distinguerlo, assieme ad altri, dal modello inquisitorio, è il principio dialettico: è proprio la dialettica tra le parti processuali a stimolare la scelta del giudice in ordine alla ricostruzione del fatto¹. Il giudice non è più colui che acquisisce prove per l'accertamento della verità (intesa nel senso di “verità materiale”²), ma colui che risolve la contrapposizione dialettica tra le parti³.

Il sistema processuale antecedente, previsto dal codice Rocco del 1930, era improntato a principi del modello inquisitorio⁴ e, secondo quanto affermava la dottrina dell'epoca⁵, era caratterizzato dal fatto che il diritto d'accusa fosse affidato ad un organo

¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13^a ediz., Giuffrè, Milano, 2012, p. 8.

² “il processo inquisitorio cerca la verità 'materiale', quello accusatorio la verità 'formale'”. Così P. FERRUA, *Studi sul processo penale II. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 185.

³ G. GIOSTRA, *Voce Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VIII, 2001, p. 1.

⁴ Con riferimento ad ogni schema processuale che si è succeduto nel corso degli anni, è più corretto parlare di sistema “misto”, in quanto non esiste una piena coincidenza tra lo schema processuale adottato dal legislatore e trasposto nel codice, con i caratteri del modello al quale si ispira. “Misto” è quindi quel sistema che presenta caratteri del modello accusatorio e contemporaneamente di quello inquisitorio, combinati tra loro. In questo modo si realizza una mediazione tra il sistema accusatorio e inquisitorio, “con lo scopo di contemperare le esigenze di difesa della società e la tutela dei diritti individuali” così G. ILLUMUNATI, *Voce Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. I, 2007, p. 2. I concetti di “accusatorio” e “inquisitorio” non sono altro che dei modelli, per cui un sistema processuale sarà considerato appartenente ad un tipo oppure ad un altro a seconda di quelli che sono i caratteri che, in concreto, sono considerati essenziali, senza escludere però la sussistenza di alcuni elementi propri del sistema opposto.

⁵ Come riportato da G. CONSO, *Voce Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, Vol. I, 1958, il quale riporta le opinioni di LEONE “lineamenti” e VANNINI “Manuale”.

distinto dal giudice; dall'istruzione scritta e segreta, contrapposta ad un giudizio pubblico e orale (da qui appunto la qualificazione "mista" del codice); dalla carcerazione preventiva dell'imputato, che in alcuni casi era obbligatoria, in altri affidata alla discrezionalità del giudice; e dal fatto che fosse il giudice ad assumere le prove.

Il procedimento si componeva di una fase preliminare, sommaria, nella quale il pubblico ministero valutava la non manifesta infondatezza della *notitia criminis*. Ad essa, se la notizia di reato non era manifestamente infondata, seguiva la fase dell'istruzione la quale poteva assumere il carattere dell'istruzione sommaria, se condotta dal pubblico ministero, oppure dell'istruzione formale, qualora fosse stata svolta dal giudice istruttore. Il giudice istruttore veniva definito come "signore del processo e delle prove"⁶ e, secondo quanto disposto dall'art. 299 del codice allora in vigore, compiva "tutti gli atti necessari per la ricerca della verità".

La fase istruttoria aveva a tutti gli effetti natura processuale e giurisdizionale; questa caratteristica comportava delle ricadute sul piano probatorio: le prove acquisite in questa fase venivano utilizzate dal giudice del dibattimento per fondare la propria decisione e questo nonostante i (limitati) sbarramenti posti dal legislatore alla possibilità di ingresso in dibattimento del materiale probatorio raccolto nella fase istruttoria. Spesso il giudice del dibattimento si limitava a chiedere al testimone se confermasse o meno in giudizio le dichiarazioni rese nella fase precedente. Di fatto mancava una separazione tra le fasi processuali e il sistema, nonostante fosse qualificato come sistema "misto", vedeva una netta prevalenza dei caratteri inquisitori⁷. Apparentemente l'assunzione delle prove in dibattimento avveniva nel pieno rispetto dei principi dell'oralità e dell'immediatezza, ma, di fatto, i verbali nei quali erano contenuti gli atti

⁶ P. TONINI, *Dal codice del 1930 al codice del 1988*, in P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 17.

⁷ F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 62, anziché plaudere, come la dottrina dell'epoca, al compromesso che si era realizzato con il sistema "misto", critica il tentativo di individuare un punto di equilibrio tra "opposti che non si lasciano conciliare". Il fatto di premettere al dibattimento un'istruzione scritta e segreta, fa sì che il dibattimento si risolva in una "finzione di procedimento accusatorio".

istruttori andavano a porsi tra il giudice e la prova, declassando il dibattimento a mera fase di controllo degli elementi probatori raccolti in precedenza⁸.

L'avvento della Costituzione ha avuto delle ricadute sul sistema penale. È necessario premettere che, nonostante la Carta Costituzionale non effettuò una scelta netta in favore di uno o di un altro schema processuale, ma si limitò a individuare delle garanzie e dei principi, questi ultimi permettono di qualificare il modello di processo in essa delineato come appartenente al modello accusatorio. Si possono citare le disposizioni contenute negli artt. 24 comma 2° e 27 comma 2°⁹: da esse si evince che è compito dell'accusa dimostrare la colpevolezza dell'imputato (presunto innocente) e ciò si realizza principalmente attraverso il contraddittorio effettivo¹⁰. L'imparzialità del giudice può essere assicurata solo separando il suo ruolo da quello dell'accusatore.

Prima di una modifica radicale, effettuata con l'emanazione di un nuovo codice nel 1989, il codice del 1930 è stato sottoposto a varie riforme parziali (di particolare importanza quella realizzata dalla legge n. 517 del 1955) e questo grazie anche all'avvio dell'attività della Corte Costituzionale, nel 1956, che ha dichiarato l'illegittimità di molte norme del codice che erano ormai contrastanti con i principi costituzionali, in quanto di matrice prevalentemente inquisitoria. Esisteva però anche un altro orientamento che guardava ad una piena riforma del processo penale¹¹, nella quale trovassero attuazione i principi cardine del modello accusatorio, sistema riconosciuto come connaturale ad un ordinamento di tipo democratico. Di tale orientamento si faceva

⁸ G. ILLUMINATI, *Voce Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 6.

⁹ “La difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento” art. 24 2° comma. “L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva” art. 27 2° comma, Costituzione italiana.

¹⁰ G. ILLUMINATI, *op. loc. cit.*

¹¹ Merita citare F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, cit., p. 64 s., che auspicava una riforma del sistema processuale che portasse ad un processo “concepito come dialogo di tre persone”, dove il contraddittorio si pone come un'esigenza. Non si trattava però di attuare un sistema caratterizzato da un'istruzione condotta in un contraddittorio utopisticamente privo di limiti, piuttosto l'Autore guardava ad una modifica attraverso la quale gli atti dell'istruzione fossero declassati ad attività preprocessuale di parte; di conseguenza, le informazioni raccolte dal pubblico ministero sarebbero state prive di efficacia probatoria e servite piuttosto a valutare la fondatezza dell'eventuale domanda. Si tratta però di atti diversi dalle prove, che si formano in dibattimento, secondo la regola del contraddittorio. Il primo atto del processo qui proposto consiste in una domanda proposta al giudice dal magistrato titolare del potere d'accusa.

portavoce F. Carnelutti il quale sosteneva che non fosse sufficiente procedere a delle modifiche del codice allora vigente, ma fosse necessaria una sostituzione: suo è il “Progetto” del 1963, che aveva l’intento di creare un sistema accusatorio puro, eliminando la fase istruttoria e assegnando un ruolo di primo piano al dibattimento. Carnelutti sottolinea la necessità di superare la vecchia distinzione tra istruzione e giudizio, in uso nel codice Rocco e sostituirla con un’inchiesta preliminare (alla quale sarebbe seguito, eventualmente, un dibattimento) che avrebbe avuto la sola funzione di effettuare una valutazione sulla necessità o meno di entrare nella fase dibattimentale. L’inchiesta preliminare si sarebbe distinta dall’istruzione sommaria prevista dal codice del 1930 per il fatto di non fornire dei risultati direttamente utilizzabili dal giudice del dibattimento; piuttosto, quei risultati, sarebbero stati appresi dal pubblico ministero e, solo per il tramite di quest’ultimo, avrebbero potuto pervenire, indirettamente, alla conoscenza del giudice¹².

Il progetto, giudicato troppo radicale (G. Conso lo definisce “quasi rivoluzionario”¹³), non ebbe esito, ma, successivamente, nel 1974 fu promulgata la legge delega n. 108 alla quale seguì il Progetto preliminare del 1978, il cui tentativo di divenire codice definitivo fu ostacolato dal periodo storico in cui fu emanato: i fatti di terrorismo frequenti in quegli anni richiedevano una ferma condanna da parte dello Stato, mettendo da parte il garantismo che caratterizzava il Progetto.

Nel 1987 viene emanata la legge delega n. 81, con la quale viene delegato al Governo il compito di emanare il nuovo codice di procedura penale. L’art. 2 di detta legge delega precisa che “il codice deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio”. Il modello processuale che qui viene preso a riferimento è opposto a quello adottato dal legislatore nel 1930: oralità, partecipazione di accusa e difesa su un piano paritario, facoltà del pubblico ministero e delle altre parti, nonché dei difensori della persona offesa di indicare elementi di prova. Viene ribadita la scelta accusatoria

¹² F. CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Morano editore, 1963, p.18 e ss.

¹³ G. CONSO, *Costituzione e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 9.

già presente nella delega del 1974, da attuarsi però “secondo i principi e i criteri” presenti nella legge stessa¹⁴. Il codice del 1989 è infatti caratterizzato dalla netta separazione tra le fasi processuali delle indagini preliminari e del dibattimento, dove la prima ha la funzione di permettere al pubblico ministero di “assumere le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale”: serve quindi a individuare gli elementi per sostenere l’accusa e, ancor prima, a valutare la possibilità di configurare una precisa imputazione; possibilità che potrà però essere vagliata solo al termine delle indagini¹⁵. È qui che il legislatore pone l’esercizio dell’azione penale e il conseguente inizio del processo.

La fase processuale inizia successivamente (ed è solo eventuale); precisamente, al termine delle indagini preliminari, il pubblico ministero, quando ritenga che gli elementi acquisiti nelle indagini siano “idonei a sostenere l’accusa in giudizio”¹⁶, chiede il rinvio a giudizio dell’imputato. Qualora invece, in osservanza del disposto dell’art. 125 disp. att., gli elementi raccolti nelle indagini non siano idonei a sostenere l’accusa in giudizio, il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione. L’archiviazione della notizia di reato non può mai essere disposta dal pubblico ministero di propria iniziativa, egli si limita a portare la richiesta dinanzi al giudice.

La scelta del legislatore è stata quella di eliminare la precedente fase istruttoria e sostituirla con quella delle indagini preliminari, la quale si distacca dalla prima non solo dal punto di vista terminologico, ma soprattutto per le sue caratteristiche, trattandosi di una fase che non può essere qualificata come processuale e giurisdizionale. Di conseguenza, la persona nei cui confronti viene svolta l’attività di indagine, non può

¹⁴ Tra coloro che sostenevano l’esigenza di riformare totalmente il sistema processuale, tramite l’emanazione di un nuovo codice, G. LATTANZI, E. LUPO, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenza di sistema*, in *Cass. pen.*, 1983, f. 1, p. 181 ss., dove si critica quel sistema processuale che si è venuto formando attraverso vari interventi del legislatore e della Corte Costituzionale sul codice del 1930, che hanno sì portato a delle attenuazioni dei caratteri inquisitori, ma ne hanno lasciata in vita la struttura, giungendo a quello che viene definito come “garantismo inquisitorio”. Pertanto si plaude agli intenti della legge delega del ’74 prima, e di quella del ’78 poi.

¹⁵ P. L. VIGNA, *Le indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 5.

¹⁶ Articolo 125 disp. att.

essere definito imputato, ma solamente “persona sottoposta alle indagini”, o, più semplicemente, “indagato”.

Il legislatore ha deciso di caratterizzare la fase delle indagini preliminari in senso endoprocessuale¹⁷: ciò che viene raccolto nel corso di questa fase rimane all'interno della stessa, non può – di norma - essere utilizzato in dibattimento¹⁸. Di conseguenza, non vengono raccolte vere e proprie prove, ma solo elementi di prova che non possono, se non in casi eccezionali, essere utilizzati in dibattimento per fondare la decisione del giudice. È il dibattimento, luogo nel quale il principio del contraddittorio trova la massima espressione, la sede deputata alla formazione della prova.

Le indagini sono condotte dal pubblico ministero e non più dal giudice; viene eliminata la figura del giudice istruttore, sostituita dal giudice per le indagini preliminari che non detiene quei poteri di indagine e di accertamento della verità propri del giudice istruttore. La funzione del giudice per le indagini preliminari è invece di garanzia, nonché di controllo della regolarità delle indagini; la sua viene definita come una giurisdizione di garanzia¹⁹, in questo modo il giudice per le indagini preliminari acquisisce la posizione di soggetto terzo che è equidistante dalle parti, in conformità a quelle che erano state le direttive poste nella legge delega del 1987²⁰.

Come in precedenza enunciato, il sistema processuale previsto dall'attuale codice può essere definito di tipo accusatorio, qualificazione che viene però effettuata a soli fini descrittivi, essendo sempre più radicata l'idea che le etichette di “accusatorio” e “inquisitorio” non servano più a definire la complessità degli ordinamenti processuali. Nemmeno le Carte internazionali come la CEDU, il Patto sui diritti civili e politici indicano una preferenza per il sistema inquisitorio o accusatorio, piuttosto, quello che richiedono è che il sistema processuale adotti le caratteristiche del giusto processo²¹.

¹⁷ P. L. VIGNA, *Le indagini preliminari*, cit., p. 6.

¹⁸ Come si vedrà successivamente nella trattazione, vi sono dei casi in cui il codice permette l'utilizzo in dibattimento degli atti compiuti nelle indagini.

¹⁹ 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, Milano, 1989, p. 16.

²⁰ V. GREVI, *Funzioni di garanzia*, cit., p. 24.

²¹ G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, f. 6, p. 2097.

La riforma costituzionale e il nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione

Successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice, l'aumento del numero dei delitti di stampo mafioso, ha fatto sì che la Corte Costituzionale si pronunciasse sulla legittimità di molte disposizioni del codice: il testo originario limitava infatti la possibilità di poter utilizzare i verbali delle dichiarazioni rese nella fase antecedente al dibattimento; all'opposto, la Corte, basando le sue considerazioni sul principio di "non dispersione della prova"²², afferma la necessità di utilizzare i verbali di atti formati anteriormente al dibattimento, come prova del fatto. Questo principio viene espressamente enunciato nella sentenza n. 255 del 1992 dove la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle norme di cui all'art. 500 commi 3° e 4° c.p.p.²³, in riferimento agli artt. 2, 3, 24 comma 1°, 25 comma 2°, 101 comma 2° della

²² Principio di non dispersione della prova: tutti gli elementi probatori acquisiti anche in fasi anteriori al dibattimento devono poter essere conosciuti dal giudice e utilizzati ai fini della decisione, non rilevando né il momento, né le modalità di assunzione della prova; ciò che interessa è tutelare il materiale probatorio e porlo all'attenzione del giudice. È evidente che in questo modo si cambia la logica sulla quale il legislatore ha impostato il nuovo codice, perché viene meno la centralità del dibattimento come luogo privilegiato per l'assunzione della prova, a vantaggio della fase delle indagini preliminari, alla quale sono estranee le garanzie tipiche del giudizio. "Accanto al principio dell'oralità è presente il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili con il metodo orale" (Corte Cost., sent. n. 255 del 1992). La Corte, in questa sentenza, richiama una precedente decisione (Corte Cost., sent. n. 24 del 1992), dove la dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 195 comma 4° c.p.p., permette il "recupero di elementi probatori acquisiti nella fase delle indagini e che, in taluni casi, possono rivelarsi addirittura fondamentali per l'accertamento dei fatti". Il fondamento del principio è individuato dalla Corte in quegli "istituti che recuperano al fascicolo del dibattimento, e quindi alla utilizzazione probatoria, atti non suscettibili di essere surrogati da una prova dibattimentale" (sono richiamati gli atti irripetibili compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria e che vengono allegati al fascicolo ex art. 431 c.p.p.; i verbali degli atti assunti in incidente probatorio; gli atti assunti dal pubblico ministero o dal giudice nell'udienza preliminare che, per circostanze imprevedibili, sono divenuti irripetibili e che pertanto possono essere letti a norma dell'art. 512 c.p.p.; nonché l'ipotesi di lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato assente, contumace o che si avvale del diritto al silenzio, come prescritto dall'art. 513 c.p.p.). Si tratta di ipotesi che la Corte richiama in sentenza per mostrare come vi sia qui un contemperamento tra il rispetto del metodo orale (che non è una regola assoluta, stante la deroga che si verifica, nei casi richiamati, all'oralità e all'immediatezza dibattimentale) con l'esigenza di non disperdere dei risultati probatori legittimamente acquisiti, che non potrebbero poi essere nuovamente assunti in sede dibattimentale.

²³ D'ora in avanti l'indicazione c.p.p. (codice di procedura penale) verrà omessa. I numeri degli articoli che verranno in seguito riportati dovranno, ove non diversamente precisato, ritenersi riferiti al codice di procedura penale attualmente in vigore.

Costituzione: la questione posta all'attenzione della suprema Corte riguardava l'art. 500 comma 3° e 4° nella parte in cui precludeva al giudice "di valutare, al fine dell'accertamento dei fatti, le dichiarazioni precedentemente rese dai testimoni e contenute nel fascicolo del pubblico ministero, se utilizzate per le contestazioni"²⁴. Le dichiarazioni rese nel corso delle indagini, qualora fossero state utilizzate in dibattimento, non avrebbero potuto costituire prova dei fatti, ma solamente fornire una valutazione ai fini della credibilità del dichiarante; da qui il rischio "di mandare assolto un imputato che le dichiarazioni ritenute attendibili indicano univocamente come l'autore del reato".

Nello stesso anno, con una precedente sentenza (n. 254), la Corte aveva già avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 513, articolo dichiarato costituzionalmente illegittimo "nella parte in cui non prevede che il giudice, sentite le parti, disponga la lettura dei verbali delle dichiarazioni di cui al comma 1° del medesimo articolo, rese dalle persone indicate nell'art. 210, qualora queste si avvalgano della facoltà di non rispondere"²⁵. Già in questa occasione, la Corte si era appellata al principio di non dispersione della prova che, a detta dei giudici costituzionali, emerge con chiarezza da tutti quegli istituti con i quali il legislatore ha dato rilievo probatorio ad atti compiuti al di fuori del dibattimento (come i verbali di atti irripetibili, quelli assunti in incidente probatorio, ma la Corte basa le sue affermazioni anche su istituti come quello previsto dall'art. 512 che prevede la possibilità di lettura di atti formati antecedentemente alla fase dibattimentale).

La conclusione, anche per la sentenza n. 255, è la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate: in questo modo si vanno a mettere in discussione i cardini del modello accusatorio che avevano guidato il legislatore nella stesura del nuovo codice. La Corte ridimensiona il principio di oralità, definito come non unico veicolo di formazione della prova²⁶, sottolineando piuttosto come il fine del processo sia

²⁴ Corte Cost., sent. n. 255 del 1992.

²⁵ Corte Cost., sent. n. 254 del 1992.

²⁶ O. DOMINONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1997, f. 3, p. 743, critica l'utilizzo, da parte della Corte, del termine oralità come sinonimo di contraddittorio, si legge infatti in sentenza che "il sistema accusatorio positivamente instaurato ha prescelto la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente

la ricerca della verità²⁷ e mostrando così un ritorno a quella impostazione di matrice inquisitoria che, con l'introduzione di un nuovo codice, si era voluto superare²⁸.

Di fronte a questo nuovo scenario occorre riportare il dibattito al centro del sistema processuale e il tentativo è stato compiuto dal legislatore con due leggi, rispettivamente del 1995 e del 1997 (n. 332 e 267): con quest'ultima, in particolare, si è limitata l'utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dall'imputato sul fatto altrui, quando l'accusatore in dibattimento si fosse avvalso del diritto al silenzio. L'intervento legislativo provocò le reazioni di alcuni esponenti della magistratura²⁹, tanto che nel 1998 la Corte Costituzionale si pronunciò di nuovo con la sentenza n. 361, dichiarando l'illegittimità, tra altri, dell'art. 513, comma 2^o³⁰: la norma era stata modificata dalla legge n. 267 del 1997, prevedendo quindi che, qualora il dichiarante si fosse avvalso della facoltà di non rispondere, la lettura delle precedenti dichiarazioni potesse essere disposta solo con l'accordo delle parti. La Corte sostiene che "la scelta del legislatore del 1997 è venuta incontro all'esigenza di precludere, in mancanza del consenso, l'acquisizione meramente 'cartolare' delle dichiarazioni precedentemente rese sul fatto altrui dall'imputato di reato connesso o collegato che in dibattimento si rifiuti di rispondere"³¹. Per il Giudice di legittimità è irragionevole che l'utilizzo in dibattimento delle precedenti dichiarazioni sia fatto dipendere dalla scelta, meramente discrezionale, dell'imputato in procedimento connesso di rispondere in

all'esigenza di ricerca della verità, ma accanto al principio dell'oralità è presente, nel nuovo sistema processuale, il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente (o non genuinamente) acquisibili con il metodo orale" (Corte Cost., sent. n. 255 del 1992).

²⁷ Si legge in sentenza che: i commi 3° e 4° dell'art. 500 "appaiono privi di giustificazione, ponendo in essere un'irragionevole preclusione alla ricerca della verità".

²⁸ L'oralità e l'immediatezza sono, secondo la Corte, non delle regole assolute, ma dei "criteri guida" del nuovo processo,

²⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 13ª ediz., Giuffrè, Milano, 2012, p. 40.

³⁰ La declaratoria di illegittimità costituzionale ha investito anche gli artt. 210, "nella parte in cui non ne è prevista l'applicazione anche all'esame dell'imputato nel medesimo procedimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero", 238 comma 4°, "nella parte in cui non prevede che, qualora in dibattimento la persona esaminata a norma dell'art. 210 del codice di procedura penale rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza di consenso dell'imputato alla utilizzazione si applica l'art. 500, commi 2° bis e 4°". Corte cost., sent., n. 361 del 1998.

³¹ Corte cost., sent., n. 361 del 1998 alla quale si riferiscono le successive citazioni in tale paragrafo.

dibattimento sui fatti concernenti la responsabilità altrui, dopo che egli, “pur avendo la facoltà di non rispondere ex. Art. 210 comma 4°, si era in precedenza consapevolmente risolto a rendere dichiarazioni *erga alios*”. Viene sottolineata l'irragionevolezza di una disciplina che rimette alla volontà dell'imputato in procedimento connesso e della parte interessata ad impedire l'acquisizione delle precedenti dichiarazioni, l'esclusione della possibilità per il giudice di conoscere il contenuto delle precedenti dichiarazioni. Il principio di ragionevolezza invece “impedisce di escludere a priori l'acquisizione in dibattimento di elementi di prova raccolti legittimamente nel corso delle indagini o nell'udienza preliminare”. Dall'altro lato la tutela del diritto di difesa, impone invece una disciplina che subordini l'ingresso di tali dichiarazioni “nel patrimonio di conoscenza del giudice alla possibilità di instaurare il contraddittorio tra il dichiarante e il destinatario delle dichiarazioni”³². La possibilità di esaminare il dichiarante è invece preclusa, a detta della Corte, dalla mancata previsione di contestazioni in caso di esercizio della facoltà di non rispondere. La Corte afferma che la disciplina contenuta nell'art. 513 comma 2°, così come riformata dal legislatore nel 1997, impedisce la formazione dialettica della prova davanti al giudice.

Viene invece preso ad esempio di norma giusta, utile al fine di dare una soluzione all'illegittimità costituzionale della norma censurata³³, quella contenuta nei commi 2° *bis* e 4° dell'art. 500 che stabiliscono che sia possibile procedere alle contestazioni anche quando il teste rifiuti di rispondere sulle circostanze riferite nelle precedenti dichiarazioni; tali precedenti dichiarazioni sono però acquisite al fascicolo del dibattimento e valutate come prova dei fatti se sussistono altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità. La situazione dell'imputato dichiarante su un fatto altrui e

³² La Corte in sentenza richiama anche la funzione del processo penale, “strumento non disponibile dalle parti e destinato all'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità”. Tale funzione è pregiudicata, secondo la Corte, da una disciplina che rimette alla volontà dell'imputato in procedimento connesso e della parte interessata ad impedire l'acquisizione delle precedenti dichiarazioni, l'esclusione della possibilità per il giudice di conoscere il contenuto delle precedenti dichiarazioni.

³³ L'art. 513 comma 2° viene dichiarato costituzionalmente illegittimo “nella parte in cui non prevede che qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura si applichi l'art. 500 commi 2° *bis* e 4°”.

che si avvalga del diritto al silenzio è assimilata a quella di un testimone – questo sulla base della “analogia tra le posizioni processuali di soggetti le cui dichiarazioni sono contraddistinte dall'essere rivolte, e dall'essere destinate a valere, nei confronti di altri”-. Per la Corte appare coerente con i principi costituzionali prima richiamati, che, “alle persone indicate nell’art. 210 vengano applicate le regole relative alle contestazioni previste per i testimoni anche in caso di rifiuto di rispondere”: si può quindi superare la manifesta irragionevolezza della disposizione censurata attraverso l’applicazione a tale ipotesi della disciplina prevista dall’art. 500 comma 2° *bis* e 4° relativa alle contestazioni previste per i testimoni che si rifiutino di rispondere in sede di esame. In questo modo, i contenuti delle precedenti dichiarazioni, potranno effettivamente entrare nel patrimonio di conoscenza del giudice. Verrà così tutelato il diritto di difesa sia dell'imputato dichiarante sia di quello destinatario delle dichiarazioni: qualora il dichiarante sia sottoposto alle contestazioni delle circostanze attinenti alle precedenti dichiarazioni, non viene leso il diritto al silenzio; viene poi attuato anche il contraddittorio, inteso come “diritto a contestare tali dichiarazioni in contraddittorio con le altre parti e davanti al giudice, adottando il meccanismo già previsto dal legislatore in caso di rifiuto totale o parziale di rispondere del testimone”.

Dalla soluzione data in sentenza si nota come il giudice costituzionale non si preoccupi affatto di tutelare il contraddittorio (inteso almeno nel senso di contraddittorio *per* la prova³⁴): sugli elementi di prova raccolti nelle indagini preliminari, e quindi in assenza di contraddittorio, l'accusato non potrà esercitare un vero e proprio controesame, potendo solo limitarsi a fare una critica del testo³⁵; quello che viene assicurato è quindi un “contraddittorio meramente formale o 'di facciata’”³⁶.

Già con le precedenti sentenze dei primi anni novanta, si poteva notare come la Corte utilizzasse una concezione di contraddittorio molto riduttiva, dove il significato attribuito a questo termine era quello di garanzia soggettiva dell'imputato (diritto che

³⁴ Qualificazione che si deve D. SIRACUSANO, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, f. 11, p. 1425.

³⁵ M. CECCHETTI, *Il principio del giusto processo nel nuovo articolo 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo, nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, Padova, 2001, p. 59.

³⁶ P. TONINI, *Il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, f. 12, p. 1507.

necessariamente collide con la ricerca della verità, ritenuto il fine del processo penale), come diritto a confrontarsi con l'accusatore, e non di metodo per la corretta ricostruzione dei fatti. Una dottrina sottolinea come l'errore nel quale è incorsa la Corte (precisamente, si fa riferimento, nel testo, alla sentenza n. 255 del 1992) non sta tanto nell'aver individuato il fine del processo nella ricerca della verità, quanto nell'aver pensato che il principio del contraddittorio fosse un ostacolo al raggiungimento di tale fine, percependo il contraddittorio come solo diritto individuale³⁷. Quello che interessa è realizzare il fine del processo penale, ricercare la verità e ciò anche a scapito del contraddittorio, degradato a mero elemento formale. Come è stato osservato, in tale impostazione può essere individuata una traccia della precedente cultura propria del sistema misto, adottato dal codice Rocco³⁸, dove il contraddittorio non era il naturale metodo di formazione della prova, ma "la sovrastruttura garantistica di una funzione propria dell'autorità giudiziaria"³⁹, che serviva per evitare che l'autorità giudiziaria, nell'esercizio delle proprie funzioni, ignorasse quelle che erano le ragioni e i diritti dell'imputato; a tal fine erano riconosciuti a quest'ultimo dei poteri e diritti, inizialmente molto deboli, tramite i quali egli poteva controllare l'attività dell'autorità giudiziaria. Con il nuovo codice però il contraddittorio non è solo espressione di una garanzia soggettiva, ma è un vero e proprio metodo di accertamento dei fatti che deve regolare tutto il processo; è quindi un valore processuale. Nella sentenza n. 361 la Corte Costituzionale ha ritenuto di aver tutelato il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore, in realtà ha interpretato il principio del contraddittorio in modo riduttivo, limitandolo alla "critica di una prova già formata in segreto"⁴⁰.

Tali sono le premesse che hanno portato il legislatore, nel 1999, alla legge di revisione costituzionale che ha prodotto quello che è l'attuale testo dell'art. 111 della Costituzione, nella quale molti hanno rinvenuto l'intento politico di reagire all'attività

³⁷ P. FERRUA, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, f. 4, p. 203.

³⁸ O. DOMINONI, *Oralità contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in AA. VV., *Il giusto processo, atti del convegno presso l'università di Salerno, 11-13 ottobre 1996*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 85.

³⁹ O. DOMINONI, *op. loc. cit.*

⁴⁰ P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in AA. VV., *Giusto processo, nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, Padova, 2001, p. 14.

della Corte, responsabile di essersi appropriata delle prerogative riservate al potere legislativo⁴¹. Se, come sottolineato da Chiavario può essere individuato, nella riforma, un “senso di orgogliosa rivendicazione di tali prerogative”⁴², un altro orientamento giudica riduttiva quella chiave di lettura che individua le ragioni della modifica costituzionale nel solo intento politico di contrastare le affermazioni della Corte Costituzionale⁴³. Adotta questa chiave di lettura, ad esempio, Grevi, il quale ritiene che anche la vicinanza cronologica tra la sentenza della Corte e l’iniziativa legislativa, sia sintomo di un orientamento politico intenzionato a contrastare “l’impostazione e le affermazioni fatte proprie dalla Corte”⁴⁴. Secondo l’autore è proprio nelle innovazioni in materia di contraddittorio nella formazione della prova, contenute nel progetto di legge, che si nota l’atteggiamento di contrasto da parte del legislatore nei confronti della Corte, toccando delle tematiche sulle quali si era, pochi mesi prima, pronunciata la Corte Costituzionale: in particolare, il contrasto andrebbe individuato nell’enunciazione che sarebbe stata poi trasposta nel testo dell’attuale art. 111 della Costituzione, per cui “la colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore”⁴⁵. Con tale disposizione si è andati a stravolgere l’orientamento espresso nella sentenza n. 361 che ha invece permesso di conferire, attraverso il meccanismo della “contestazione acquisitiva”⁴⁶, efficacia probatoria alle dichiarazioni rese in precedenza da colui che in sede di esame si avvale del diritto al silenzio.

Come anticipato, secondo Marzaduri, non è possibile ridurre l’intervento legislativo ad una mera risposta polemica nei confronti della Corte: il fatto che già da tempo fosse presente un orientamento che spingeva nel senso di una modifica costituzionale, è confermato dal fatto che le iniziative di revisione costituzionale

⁴¹ V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, f. 3, p. 821.

⁴² M. CHIAVARIO, *Un giusto processo dal futuro ancora incerto*, in *Corr. Giur.*, 2000, f. 1, p. 5.

⁴³ E. MARZADURI, *La riforma dell'articolo 111 Cost, tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Legisl. Pen.*, 2000, p. 758.

⁴⁴ V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 842.

⁴⁵ Articolo 111 Costituzione, comma 4°.

⁴⁶ V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 825.

avevano ripreso delle norme che erano già contenute in un progetto di riforma presentato in entrambe le Camere l'anno antecedente la pronuncia del giudice delle leggi; norme che avevano l'intento di trasporre nel testo costituzionale molte delle disposizioni contenute nell'art. 6 n. 3 della CEDU⁴⁷.

Il 23 dicembre 1999 viene pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il testo della legge costituzionale n. 2, legge per l'“inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione”. Il concetto di giusto processo era già presente in giurisprudenza fin da prima che la riforma lo costituzionalizzasse nell'art. 111 della Costituzione: si può citare, ad esempio, la sentenza n. 131 del 1996 in merito alla imparzialità e all'indipendenza del giudice, sentenza nella quale si definisce il concetto di “giusto processo” come “formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio - comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio”⁴⁸. Altro riferimento è alla sentenza n. 421 del 1997 dove viene citato il concetto di giusto processo al quale sono funzionali le norme che assicurano la difesa tecnica in quanto garantiscono “l'effettività di un contraddittorio più equilibrato e una più sostanziale parità delle armi tra accusa e difesa”⁴⁹.

È però con il nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione che il concetto entra a pieno titolo nella Carta costituzionale e ciò non tanto – e non solo - come diritto individuale o come proiezione del diritto di difesa, quanto piuttosto come “strumento

⁴⁷ Si tratta del progetto di legge costituzionale approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, il quale, nell'art. 130, individuava alcune caratteristiche che dovevano essere riconosciute nel processo in generale e alcuni diritti dell'imputato nel processo penale in particolare. Si afferma quindi un orientamento diretto a costituzionalizzare le garanzie processuali contenute nella CEDU, in particolare il riferimento al giusto processo e, soprattutto l'intento era quello di “trasporre alcune delle enunciazioni contenute nell'art. 6 par. 3 della Convenzione e concernenti specificamente le prerogative dell'accusato nel processo penale” Così M. CECCHETTI, *Il principio del giusto processo nel nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 51.

⁴⁸ Corte Cost., sent., n. 131 del 1996.

⁴⁹ Corte Cost., sent. n. 421 del 1997.

attraverso il quale si attua la giurisdizione”⁵⁰. Come sottolineato da Chiavario, nel testo del riformato art. 111 coesistono due prospettive del giusto processo: quella soggettiva, legata al diritto del singolo e quella oggettiva, che collega il giusto processo con l’esercizio della giurisdizione⁵¹. La prima non è esclusa, ma piuttosto è assorbita dalla seconda, impedendo così di lasciare il diritto al giusto processo nella disponibilità delle parti processuali e soprattutto permettendo di dare spazio ad esigenze di tutela che non riguardino solo la persona accusata, ma anche la vittima del reato. Merita attenzione, in relazione a questo aspetto, il fatto che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo abbia affermato che il concetto di processo giusto richieda necessariamente un bilanciamento tra il diritto di difesa dell’accusato e la tutela della vittima⁵².

Il concetto di giusto processo è enunciato nel primo articolo della legge costituzionale del 1999, dove si afferma, al comma 1°, che “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”. Vengono poi, nei vari commi, individuate alcune garanzie generali e altri principi, specificamente riferiti al processo penale. Tale distinzione è presente già nelle fonti internazionali, in particolare si individua dal raffronto tra il primo e il terzo paragrafo dell’art. 6 della CEDU, dove nel primo si fa riferimento a garanzie generali come l’indipendenza e l’imparzialità del giudice, la durata ragionevole del processo, la pubblicità delle udienze, mentre il terzo paragrafo si riferisce ai “diritti di ogni accusato” (essere informato della natura e dei motivi dell’accusa a suo carico, disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la propria difesa, difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore a sua scelta, esaminare o far esaminare i testimoni a carico, così come ottenere la

⁵⁰ M. CHIAVARIO, Voce *Il giusto processo (dir. Proc. Pen)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, 2001, p. 3.

⁵¹ V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di “giusto processo” penale (tra “ragionevole durata” diritti dell’imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 432, nota come, soprattutto con riferimento al settore penale, i principi inseriti nell’art. 111 pongono l’accento soprattutto sulla condizione dell’imputato, configurando una serie di garanzie per quest’ultimo. Alla garanzia insita nel 4° comma, ad esempio, relativa al contraddittorio nella formazione della prova, canone epistemologico del processo penale, viene fatta seguire la regola dell’inutilizzabilità nei confronti dell’imputato di dichiarazioni accusatorie rese da chi si è sempre sottratto al confronto dialettico di fronte al giudice.

⁵² M. CHIAVARIO, *Il diritto al processo delle vittime dei reati e la corte europea dei diritto dell’uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 943.

convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, farsi assistere gratuitamente da un interprete). Il concetto di “giusto processo” comprende assieme una serie di garanzie e le riunisce in modo unitario⁵³.

Tra le disposizioni dedicate in generale ad ogni processo troviamo quella del comma 2° dove, accanto all'affermazione del principio del contraddittorio, vengono menzionate altre due garanzie del giusto processo: la parità delle parti⁵⁴, nonché la terzietà e imparzialità del giudice. Si tratta di garanzie che erano già presenti nel testo dell'art. 130 del progetto della Commissione bicamerale, con l'unica aggiunta dell'aggettivo “imparziale” che deve connotare il giudice, non potendolo qualificare solamente come soggetto terzo. Il concetto di contraddittorio che è enunciato nel secondo comma attiene ad un contraddittorio di tipo “argomentativo”, “sulla prova” - diverso dal contraddittorio “per la prova” che viene esplicitato nell'art. 111 comma 4° della Costituzione con specifico riguardo al processo penale - . Non si guarda qui al contraddittorio come metodo dialettico per la formazione della prova, principio caratteristico del processo penale, ma al diritto di ciascuna parte di vedere ascoltate le proprie ragioni, espressione del principio '*audiatur et altera pars*', per cui ogni parte ha diritto di essere messa nella condizione di esporre le proprie tesi prima che il giudice emetta una decisione.

Altro elemento caratterizzante il giusto processo è la parità delle parti, esplicitata nello stesso comma in cui si parla del principio del contraddittorio, che regola ogni processo e che è una garanzia che viene riconosciuta in generale, non solo come diritto dell'accusato⁵⁵. È l'eguaglianza che deve essere riconosciuta alle parti nel processo che rende la decisione equa ed equilibrata e ciò lo si vede soprattutto con riferimento al

⁵³ V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di “giusto processo” penale*, cit., p. 433 s, critica la modalità con la quale il legislatore costituzionale ha operato nell'includere tali principi nell'art. 111, in quanto le nuove garanzie sono state aggiunte alle precedenti, comportando così una giustapposizione di garanzie proprie del sistema accusatorio con altre che appartengono ad una diversa tradizione giuridica, senza che sia stato individuato un filo conduttore che le riunisca in modo coordinato.

⁵⁴ La parità delle parti che viene in rilievo nel processo penale è diversa da quella che connota il procedimento civile: in quest'ultimo, date le sue caratteristiche, si può attuare una piena parità tra attore e convenuto, al contrario, nel processo penale, tale obiettivo deve essere temperato con la diversa posizione che assumono l'imputato e la parte pubblica.

⁵⁵ M. CHIAVARIO, *Voce Il giusto processo (diritto processuale penale)*, cit., p. 3.

momento della acquisizione probatoria: dovrà infatti essere garantita ad entrambe le parti la possibilità di prospettare le proprie tesi⁵⁶.

Al giusto processo deve necessariamente essere connessa la condizione di imparzialità del giudice, il quale deve essere anche “terzo” (espressione che invece non compare nel testo dell'art. 6 della CEDU); la questione connessa a questi due termini riguarda la circostanza che si tratti di espressioni che abbiano un unico significato, oppure i significati siano da tenere distinti. Quella parte della dottrina che ritiene che i termini non siano altro che sinonimi⁵⁷, per cui l'imparzialità alluderebbe alla funzione esercitata nel processo, mentre la terzietà allo “status, ossia al piano ordinamentale” e afferma che i termini terzietà-imparzialità sarebbero posti assieme in modo da rafforzarsi a vicenda, scorge nel testo della legge una base per l'avvio della discussione sulla possibile separazione delle carriere tra organi giudicanti e requirenti.

La legge assicura poi la “ragionevole durata (del processo)”: qui si può notare subito la differenza rispetto alla disposizione internazionale (CEDU) dove non troviamo una riserva di legge in merito alla durata ragionevole, ma in essa viene riconosciuto un diritto soggettivo (“ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole”). La qualificazione della “durata ragionevole del processo” fa sì che possa verificarsi il rischio di un conflitto tra tale garanzia e i diritti soggettivi, in particolare quelli della difesa, che potrebbero essere compromessi in nome di esigenze di celerità processuali⁵⁸. Il legislatore non solo ha qualificato la ragionevole durata come elemento oggettivo che deve connotare ogni processo e che è strettamente legato all'aggettivo “giusto”, ma ha lasciato alla legge il compito di attuare tale garanzia; questa scelta ha delle ricadute anche sul controllo che la Corte Costituzionale potrà operare: non sarà un sindacato sulla durata del singolo processo, ma si limiterà a verificare che la legge abbia attuato il compito che le viene prescritto dalla Costituzione.

⁵⁶ G. L. VERRINA, Voce *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen., Agg., A-Z*, 2004, p. 639.

⁵⁷ P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'articolo 111 Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2000, p. 49.

⁵⁸ P. FERRUA, *Il processo penale*, cit., p. 49. Opinione contrastata da E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, f. 4, p. 1422, che sostiene che tale interpretazione si basi su una errata qualificazione “oggettiva” del principio della ragionevole durata del processo, che invece è sorto come diritto soggettivo dell'individuo.

È nel terzo comma del riformato art. 111 che troviamo la connessione più stretta tra la riforma costituzionale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essendo inserite nella Carta costituzionale molte delle garanzie che la fonte sovranazionale riconosce all'imputato (precisamente, si parla di "accusato" in modo da riferirle non solo alla vera e propria fase processuale, avviatasi dopo la formulazione dell'imputazione, ma anche a quella delle indagini) nel processo penale. Si tratta del diritto: ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa a proprio carico (troviamo una differenza tra il testo costituzionale e quello della Convenzione, in quanto in quest'ultima non troviamo l'aggettivo "riservatamente" che accompagna il diritto di informazione); di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la propria difesa; di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico; di ottenere la convocazione e di interrogare persone per la propria difesa, alle stesse condizioni previste per l'accusa; di essere assistito da un interprete.

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova

Il termine contraddittorio evoca una "discussione pubblica fra due persone che sostengono e difendono opinioni contrarie"⁵⁹, una contrapposizione dialettica tra soggetti che sono portatori di interessi ed obiettivi diversi e che devono godere degli stessi diritti⁶⁰. Tale discussione deve realizzarsi di fronte ad un soggetto (giudice) terzo ed imparziale, investito del compito di valutare le contrapposte ipotesi rappresentate e potrà farlo in modo distaccato in quanto intervenga come soggetto terzo, estraneo alla contesa. Affinché si realizzi tale contrapposizione è necessario non solo che ciascuna parte sia messa nella possibilità di prospettare le proprie argomentazioni dinanzi al giudice, ma anche che essa conosca le "opinioni, argomentazioni e conclusioni altrui"⁶¹. Una dottrina che ritiene il contraddittorio un' "attività di collaborazione delle parti con il

⁵⁹ Vocabolario italiano Treccani.

⁶⁰ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VIII, 2001, p. 1.

⁶¹ V. CAVALLARI, Voce *Contraddittorio (dir. proc. pen)*, in *Enc. dir.*, Vol. IX, 1961, p. 730.

giudice”⁶², si scontra con l'opinione di coloro che negano che nel contraddittorio possa scorgersi tale caratteristica: la prima infatti finisce per porre a carico delle parti un onere di verità, partendo dall'errato presupposto che esse siano mosse da un superiore interesse di giustizia e, così facendo, finisce per trasformare il processo in un fatto cooperativo⁶³.

Come messo in rilievo da Giostra, si possono distinguere: un contraddittorio retorico-argomentativo e un contraddittorio poietico, dove il primo riguarda un atto acquisendo o acquisito (è il caso del contraddittorio preventivo e di quello posticipato), mentre quello poietico è preso in considerazione dall'art. 111 comma 4° della Costituzione, riferendosi al contraddittorio contestuale, che viene in rilievo nel momento in cui si forma la prova⁶⁴. Il contraddittorio acquisisce così la qualificazione di tecnica di accertamento⁶⁵, relativa al momento in cui si forma la prova, sul presupposto che la conoscenza sarà tanto più vicina al vero quanto più elevato è lo spazio lasciato alla contrapposizione dialettica tra le parti⁶⁶. Tale caratteristica si ritrova nella sua massima espressione nel metodo dell'esame incrociato, caratterizzato dal fatto che le domande sono rivolte dalle parti stesse, dove ciascuna può affermare le proprie tesi e allo stesso tempo replicare a quelle avversarie; il tutto sotto la supervisione di un soggetto terzo, il giudice, che, in quanto soggetto garante della legalità dello svolgimento dell'esame, effettuerà un controllo sulla legittimità delle domande e delle risposte date.

⁶² V. CAVALLARI, Voce *Contraddittorio (dir. proc. pen)*, cit., p. 729. Anche se l'autore precisa che, almeno riguardo all'imputato, non può parlarsi propriamente di collaborazione in quanto l'imputato ha interesse all'accertamento della verità solo nella misura in cui egli risulti innocente.

⁶³ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio*, cit., p. 5.

⁶⁴ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio*, cit., p. 2.

⁶⁵ P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3ª ediz., Giappichelli, Torino, 2007, p. 298.

⁶⁶ Come affermato da GIOSTRA, Voce *Contraddittorio*, cit., p. 4, in quanto il processo non può condurre alla “verità necessaria”, ma solo alla “verità probabile”, non potrà fondarsi sulla logica dimostrativa, ma sul metodo dialettico, sulla contrapposizione delle opinioni.

Il principio del contraddittorio in Costituzione

Nel vigore del codice abrogato, il contraddittorio non era altro se non una mera garanzia connessa al diritto di difesa, che trovava la sua base costituzionale nell'art. 24 secondo comma. Il codice Rocco accoglieva il principio autoritativo per cui il pubblico ministero acquisiva gli elementi di prova e li trasferiva poi nel processo, nel quale sarebbero stati valutati dal giudice, senza che vi fosse spazio per una contrapposizione dialettica. Il contraddittorio veniva in rilievo allora come formale garanzia per la difesa⁶⁷, in modo da controllare i poteri dell'autorità giudiziaria, nel momento in cui gli atti venivano trasmessi dalla fase istruttoria a quella dibattimentale.

L'attuale codice abbandona il principio autoritativo per accogliere quello dialettico⁶⁸; al contraddittorio per la prova guarda il comma 4° del riformato art. 111 della Costituzione. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova viene definito come il “diapason della giurisdizione penale”⁶⁹: “il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”⁷⁰. Dire che il processo penale è regolato da tale principio significa affermare che le parti devono essere coinvolte nella formazione stessa della prova (salvo che ciò non sia possibile a causa delle caratteristiche della prova stessa, come nel caso delle intercettazioni delle comunicazioni⁷¹). Si è voluto riconoscere un principio che era invece stato messo da parte con le sentenze dei primi anni novanta e, da ultimo, con quella del 1998 ad opera della Corte Costituzionale, principio che richiedeva di essere riportato al centro del sistema processuale penale, attribuendogli uno spazio all'interno della Carta Costituzionale. D'altronde, già il nuovo codice procedurale ne aveva sottolineato l'importanza attraverso la centralità del dibattimento, qualificato come luogo nel quale avrebbe dovuto formarsi la prova e non mero scenario di un contraddittorio su una prova già formata nella fase istruttoria, come avveniva nel vigore del codice

⁶⁷ O. DOMINONI, *Un nuovo idolum theatri*, cit., p. 740.

⁶⁸ O. DOMINONI, *op. loc. cit.*

⁶⁹ G. GIOSTRA, *Voce Contraddittorio*, cit., p. 6.

⁷⁰ Articolo 111 Costituzione, comma 4°, primo periodo.

⁷¹ Il principio non viene in rilievo nemmeno con riferimento a prove precostituite (documenti), sulle quali si potrà esercitare solo un contraddittorio sulla prova, sottoponendole all'esame delle parti.

antecedente. La centralità del dibattimento come terreno di formazione probatoria richiedeva una qualificazione del contraddittorio come “contraddittorio per la prova”⁷²; contraddittorio che invece era stato ridotto dalle sentenze della Corte Costituzionale a contraddittorio “minore”, “sulla prova”, che non permetteva di porre un limite sufficiente all'utilizzo dibattimentale, a fini di prova, di dichiarazioni rese in fasi antecedenti. Mentre nell'orientamento dei giudici costituzionali il contraddittorio rappresentava un ostacolo alla ricerca della verità⁷³, fine al quale doveva tendere il processo, ora, con l'art. 111 comma 4° della Costituzione, il contraddittorio “torna alleato e non nemico della verità”⁷⁴; il metodo dialettico viene ora visto come quello più adeguato per la ricostruzione dei fatti e per eliminare “lo scarto tra verità giudiziale e verità storica”⁷⁵. La contrapposizione dialettica che è connaturale al contraddittorio permette lo scontro tra le diverse posizioni prospettate dalle parti ed è proprio nel conflitto tra tali opposte prospettive che si forma la prova e si giunge all'accertamento del vero: la verità infatti non si manifesta nelle solitarie intuizioni del giudice onnisciente, né nel dialogo-cooperazione delle parti, ma piuttosto si “tradisce” nel conflitto tra le opposte prospettive⁷⁶.

Il contraddittorio non trova più la sua base costituzionale nell'art. 24, comma 2° della Costituzione, come si sosteneva in passato e non è più solo riferito al diritto di difesa dell'individuo. Così sostiene Ferrua⁷⁷, il quale ritiene che sia fuori discussione che

⁷² D. SIRACUSANO, *Il contraddittorio tra Costituzionale e legge ordinaria*, cit., p. 1425.

⁷³ Il contraddittorio come metodo conoscitivo era stato degradato a “mera formalità derogabile dell'acquisizione probatoria” F. M. IACOVIELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, f. 8-9, p. 2030, s. Già prima delle sentenze della Corte, e nel vigore del precedente codice, G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. Dir.*, 1986, f. 1, p. 21, rilevava come l'affermazione secondo cui il processo mira all'accertamento della verità rischi di diventare pericolosa se ad essa si attribuisce il significato di raggiungere l'“obiettivo esclusivo e irrinunciabile della verità storica”, dove le regole del contraddittorio “finiscono per diventare un inutile 'impaccio’”.

⁷⁴ E. MARZADURI, *La riforma dell'articolo 111 Cost.*, cit., p. 790, dove viene citata la Relazione della Commissione permanente.

⁷⁵ G. GIOSTRA, *Voce Contraddittorio*, cit., p. 4.

⁷⁶ P. FERRUA, *Il giusto processo*, 3ª edizione, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 130 s. La funzione del contraddittorio si manifesta principalmente sul terreno della prova dichiarativa attraverso il metodo dell'esame incrociato, il cui alternarsi di domande e risposte permette di smascherare la menzogna e, attraverso essa, raggiungere l'accertamento della verità.

⁷⁷ P. FERRUA, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, cit., p. 403.

il contraddittorio debba essere inteso anche come espressione del diritto individuale di difesa, ma non può essere ridotto solo a questo: esso è anche un metodo, anzi “il miglior metodo per la ricostruzione dei fatti, pur nella fallibilità di ogni criterio”⁷⁸. L'autore critica quella dottrina⁷⁹, che riduce il principio a mero diritto individuale e che afferma che la qualificazione del contraddittorio come metodo di ricerca della verità rischia di riportare in auge la vecchia cultura inquisitoria. Gli appartenenti a quest'ultima dottrina⁸⁰ ritengono sia fuorviante distinguere il principio enunciato nell'art. 111 in garanzia oggettiva (canone di regolarità della struttura giurisdizionale) e in garanzia soggettiva (diritto dell'imputato), anzi parlare di garanzia oggettiva è sbagliato, perché l'espressione non si concilia con i valori a cui si ispira il giusto processo⁸¹.

Il terreno dello scontro sta proprio nel rapporto tra contraddittorio e ricerca della verità che le sentenze della Corte nei primi anni Novanta avevano concepito come antitetico e che ora viene invece recuperato: il contraddittorio ora non è più un ostacolo alla ricerca della verità, ma, come sottolineato nella relazione della Commissione permanente, “serve il processo, perché serve la verità e dunque la giustizia”. Come sostenuto da Ferrua, è proprio la qualificazione del contraddittorio come “metodo di conoscenza”, come garanzia oggettiva, che permette di allontanare il rischio del riemergere di istanze di tipo inquisitorio, che deriverebbero invece da una ricostruzione dei fatti svolta in segreto⁸²: il contraddittorio è ora il “miglior metodo possibile”⁸³ per la ricerca della verità giudiziale (il concetto di verità è da intendere come ricostruzione del

⁷⁸ Interpretazione che trova il suo avallo anche in una pronuncia della Corte Costituzionale, sent. n. 32 del 2002, dove il contraddittorio viene riconosciuto come “metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio”. In una più recente sentenza si precisa che il contraddittorio nell'art. 111 sarebbe evocato in due distinte accezioni: come garanzia individuale, ma anche come “metodo di accertamento dei fatti” sentenza n. 184 del 2009 Corte Cost.

⁷⁹ Come E. AMODIO, *La procedura penale*, cit., p. 1422.

⁸⁰ E. AMODIO, *loc. ult. cit.*

⁸¹ Anche il principio della ragionevole durata del processo è, da questa dottrina, letto in chiave puramente soggettiva: si tratterebbe solo di un diritto dell'imputato, non di una garanzia oggettiva, per cui in nome di tale principio non si potrebbero sopprimere delle garanzie difensive. Questa dottrina però omette di considerare che un principio come quello della ragionevole durata può essere portato ad esempio di principio che ha la duplice valenza di canone oggettivo e di diritto soggettivo. Ciò si ricava dal raffronto tra il testo del comma 3° dell'articolo 1 legge costituzionale n. 2 del 1999 e quello dell'art. 6 della CEDU (al quale la riforma costituzionale si ispira): mentre il primo esalta l'aspetto oggettivo del principio, prevedendo che la legge “ne assicura la ragionevole durata”, la Convenzione vede la ragionevole durata del processo come un diritto dell'accusato.

fatto che sia il più possibile aderente a quanto avvenuto storicamente; alcuni autori parlano di “verosimiglianza”, con riferimento alla verità processuale). Si tratta di un “principio metodologico” che, permettendo di assicurare l'imparzialità del giudice, non può essere ridotto ad una regola che “attribuisce facoltà e diritti alle parti”⁸⁴.

Il giudice non può più essere considerato, come in passato, come unico soggetto che osserva i fatti e, utilizzando le proprie esperienze sensoriali, è in grado, da solo, di ricostruirli; ormai è definitivamente caduta quella concezione del giudice come “ideale soggetto conoscente” che afferra una verità oggettiva⁸⁵; è piuttosto, sull'attività argomentativa delle parti che deve basarsi il fenomeno probatorio e il fatto che la dialettica tra le parti -elemento indefettibile del contraddittorio- debba governare la formazione probatoria sembra garantire il prevalere dei mezzi di prova orali rispetto a quelli documentali⁸⁶.

Conseguenze della qualificazione di “contraddittorio nella formazione della prova”

Il principio è un metodo che tutela la funzione cognitiva del processo, assicurando il formarsi della prova dichiarativa nel conflitto tra le varie prospettive proposte dalle parti. Qualificando il contraddittorio in modo forte, come contraddittorio nella formazione della prova, si giunge a prescrivere come regola l'inutilizzabilità del materiale probatorio raccolto fuori dal dibattimento⁸⁷, mentre il possibile utilizzo di tale materiale potrà avvenire solo in casi eccezionali, come tali tassativamente individuati; tutto ciò si traduce in una precisa direttiva al legislatore che dovrà limitare il più

⁸² L'autore ritiene che sarebbe stato più corretto parlare di metodo anziché di principio del contraddittorio. In *Il processo penale dopo la riforma dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2000, p. 55.

⁸³ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 4.

⁸⁴ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3^a ediz., Giappichelli, Torino, 2007, p. 9. In tal senso anche D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 23.

⁸⁵ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 8.

⁸⁶ E. MARZADURI, *La riforma dell'articolo 111 Cost.*, cit., p. 791.

⁸⁷ Il principio si riferisce alle prove da costituire, non per le prove precostituite (come i documenti) che potranno solo essere sottoposte ad un contraddittorio successivo, sulla prova.

possibile il ricorso a materiale probatorio preconstituito, senza più il rischio di esporre le norme a declaratorie di illegittimità. In questo modo la Corte Costituzionale non potrà più utilizzare a proprio piacimento il principio di “non dispersione della prova”⁸⁸ per stabilire essa stessa cosa sia prova, perché il concetto è ora definito nell'art. 111 comma 4° della Carta Costituzionale.

Contraddittorio in senso oggettivo e soggettivo

Una dottrina mette in luce come l'art. 111 della Costituzione accolga contemporaneamente due accezioni del contraddittorio: una oggettiva e l'altra soggettiva⁸⁹. La prima implica la qualificazione del contraddittorio come “metodo di conoscenza” ed è enunciata nel primo periodo del comma quarto, mentre il contraddittorio in senso soggettivo, inteso come “garanzia individuale”, è rintracciabile nel diritto “di interrogare (davanti al giudice) o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico” (art. 111 comma 3°) che il comma 3° riconosce all'imputato⁹⁰. In quest'ultimo comma, gli autori concordano nell'individuare il riconoscimento costituzionale del “diritto a confrontarsi con l'accusatore” che è ricollegato all'obbligo di rispondere secondo verità posto in capo a tutti coloro che rendono dichiarazioni dinanzi al giudice⁹¹, diritto che può essere pienamente attuato solo qualora l'accusato abbia la possibilità di costringere l'accusatore a formulare i suoi addebiti davanti a lui e al giudice, obbligandolo a rispondere secondo verità. L'obbligo di rispondere secondo verità viene visto anche come corollario della qualificazione del contraddittorio come garanzia oggettiva (art. 111 comma 4°): affinché la prova possa dirsi effettivamente formata in contraddittorio è necessario che il dichiarante sia obbligato a rispondere secondo verità, altrimenti si rischia di declassare il

⁸⁸ Per le caratteristiche di tale principio: capitolo 1 nota 22.

⁸⁹ C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111. Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, f. 2, p. 197 s. P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, f. 10, p. 1388 s.

⁹⁰ C. CONTI, *Le due “anime” del contraddittorio*, cit., p. 198.

⁹¹ C. CONTI, *loc. ult. cit.*

contraddittorio, da metodo di conoscenza a mero elemento formale⁹². Anche la disposizione presente nel secondo periodo del comma 4° si riferirebbe, secondo gli autori, a quella qualificazione del contraddittorio in senso soggettivo; qui troviamo la clausola di inutilizzabilità: “la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”. Tale clausola effettua un bilanciamento tra i diritti che vengono qui in rilievo, quello dell'accusatore e quello dell'accusato; alla sottrazione al contraddittorio da parte dell'accusatore corrisponde una certa conseguenza: l'inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni. Gli autori ritengono che il divieto probatorio si riferisca solo alla prova di reità e non anche a quella di innocenza⁹³. L'inutilizzabilità deriva dal fatto che non è stato tutelato il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore, questo perché l'aspetto del contraddittorio che qui viene in rilievo è quello soggettivo, come diritto dell'imputato, mentre le esigenze dell'accusa non sono prese in considerazione. Vi è poi un altro argomento: come sostenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 361 del 1998, il diritto alla prova del pubblico ministero deve “passare attraverso il diritto di difesa dell'imputato”⁹⁴ (“la funzione del processo penale non può essere utilizzata per attenuare la tutela - piena e incoercibile - del diritto di difesa”⁹⁵), quindi la mancata attuazione del diritto di difesa dell'imputato (diritto a confrontarsi con l'accusatore), può precludere il diritto alla prova del pubblico ministero (inutilizzabilità delle dichiarazioni a carico), ma non può ledere il diritto alla prova dell'accusato (utilizzabilità delle dichiarazioni a favore)⁹⁶.

L'espressione “per libera scelta”, contenuta nel secondo periodo del comma 4°, ha suscitato discussioni in dottrina, essendo stata da alcuni interpretata come il riconoscimento espresso del diritto al silenzio per il dichiarante sul fatto altrui⁹⁷. La tesi

⁹² C. CONTI, *op. loc. cit.*

⁹³ Nello stesso senso anche V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui; diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, f. 3, p. 850.

⁹⁴ C. CONTI, *Le due anime del contraddittorio*, cit., p. 199.

⁹⁵ Corte cost., sent. n. 361 del 1998.

⁹⁶ C. CONTI, *op. loc. cit.*

⁹⁷ Vedi V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 850, che ritiene che con la regola dell'inutilizzabilità di dichiarazioni rese da soggetti che, per libera scelta, si sono sottratti all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore, “si finisce per accreditare al massimo livello di tutela la legittimità di condotta dei medesimi soggetti, quasi che il loro sottrarsi al

contraria a tale interpretazione fa leva innanzitutto su un dato di tipo storico: l'espressione era stata inserita nella norma, in sede di lavori preparatori, al fine di evitare l'utilizzabilità delle dichiarazioni di chi fosse stato costretto a tacere perché sottoposto a minaccia; un soggetto minacciato, infatti, tace "volontariamente", ma non "liberamente"⁹⁸. Inoltre, il termine "scelta libera" non è sinonimo di "scelta lecita", una scelta può essere compiuta liberamente, ma non è detto che, come tale, sia lecita (si pensi alla libera decisione di commettere un reato).

Questa doppia valenza del contraddittorio, come garanzia soggettiva e, al contempo, oggettiva, è criticata da coloro che affermano che il contraddittorio sia un metodo che "si realizza attraverso il riconoscimento dei diritti di intervento nel processo garantiti alle parti"; viene precisato che sono tali diritti a possedere un profilo soggettivo, ma non il contraddittorio in quanto tale⁹⁹. Così anche G. Illuminati, il quale ritiene che il contraddittorio sia sicuramente metodo di accertamento dei fatti, ma che la distinzione sia inutile, che i due aspetti non siano altro che due dimensioni dello stesso principio: ogni garanzia oggettiva della giurisdizione è anche un diritto soggettivo dell'imputato, anzi spesso nella Costituzione, tali garanzie sono menzionate in quest'ultima forma¹⁰⁰.

Qualificando il principio come contraddittorio per la prova, è evidente come le prove che saranno poi valutate dal giudice ai fini della decisione dovranno essere state formate in contraddittorio e non potranno essere considerati tali degli elementi di prova che entrano in dibattimento in quanto utilizzati per le contestazioni ex art. 500. Le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni "vengono sì sottoposte al contraddittorio, ma non sono formate in contraddittorio"¹⁰¹, avendo invece trovato la loro origine nella segretezza degli atti di indagine. Dopo la costituzionalizzazione della regola per cui la prova deve formarsi nel contraddittorio tra le parti, non è permesso eluderla affermando

contraddittorio sul fatto altrui corrispondesse all'esercizio di una facoltà riconosciuta se non addirittura meritevole di tutela sul terreno costituzionale".

⁹⁸ P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, cit., p. 1391 e C. CONTI, *Le due anime del contraddittorio*, cit., p. 199.

⁹⁹ G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, f. 3, p. 1093.

¹⁰⁰ G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, f. 2, p. 392.

¹⁰¹ P. FERRUA, *L'avvenire del contraddittorio*, in *Critica dir.*, 2000, p. 25.

invece che il materiale probatorio, per il solo fatto che venga contestato, diviene oggetto del contraddittorio¹⁰²; l'unico uso che se ne potrà fare è una valutazione ai fini della credibilità del dichiarante¹⁰³. Contrastano tale impostazione coloro che invece propendono per un'interpretazione ampia del contraddittorio, per cui il principio sarebbe rispettato anche quando la precedente dichiarazione, pur formatasi nelle indagini, trovi ingresso in dibattimento tramite le contestazioni nel corso dell'esame¹⁰⁴. Si avrà una formazione della prova “in modo complesso”¹⁰⁵ dove però viene comunque rispettata la dialettica tra le parti. Se si escludesse a priori l'utilizzabilità dibattimentale di prove formate fuori dal dibattimento – affermano i sostenitori di questa teoria -, si finirebbe per dare una soluzione di tipo massimalista, focalizzata sulla tutela del metodo, ma che non tiene conto del fine da raggiungere: verrebbe diminuito il materiale probatorio che il giudice può legittimamente utilizzare per la sua decisione, con il rischio di avere degli effetti distorti dal punto di vista del diritto sostanziale. La tesi contraria all'uso a fini probatori delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni trova il suo riscontro nella nuova formulazione dell'art. 500 prevista dalla riforma di attuazione del “giusto processo” (legge n. 63 del 2001)¹⁰⁶: il comma 2° di questo articolo stabilisce espressamente che “le dichiarazioni lette per le contestazioni possono essere valutate ai fini della credibilità del teste”, prevedendo poi nei commi 4°, 6° e 7° una serie di casi,

¹⁰² Accoglie tale impostazione E. MARZADURI, *La riforma dell'art 111*, cit, p. 792.

¹⁰³ L'art 111 comma 4° richiede il rispetto del contraddittorio nella formazione della prova, non essendo sufficiente il contraddittorio nella critica delle prove, quello che si realizza con la mera contestazione. M. BARGIS, *Commento alla legge n. 63 del 2001 – art 16*, in *Legisl. Pen.*, 2002, f.1-2, p. 279.

¹⁰⁴ P. TONINI, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, f. 3, p. 272. C. CONTI, *Voce Giusto processo*, in *Enc. dir., Agg.*, Vol. V, 2001, p. 637.

¹⁰⁵ P. TONINI, *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, f. 3, p. 272. Vedi anche D. SIRACUSANO, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, f. 11, p. 1425.

¹⁰⁶ La legge è intervenuta anche sull'art. 195 comma 4° imponendo il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni; da essa si ricava l'intento di evitare che delle dichiarazioni raccolte in assenza di contraddittorio, possano entrare in dibattimento e andare a fare parte degli elementi utilizzati per la decisione. Su di essa è intervenuta anche una sentenza della Corte Costituzionale (n. 32 del 2002) che ha riconosciuto come dal principio del contraddittorio “deriva come corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi”.

eccezionali, in cui tale dichiarazioni sono acquisite al fascicolo per il dibattimento, sancendo così l'irrelevanza probatoria delle contestazioni¹⁰⁷.

Nell'art. 130 del Progetto della Commissione bicamerale i principi del contraddittorio, oralità, concentrazione e immediatezza venivano enunciati in modo assoluto (“la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità e davanti a giudice terzo”); nel testo della legge costituzionale n. 2 del 1999 invece, scompare il riferimento esplicito agli altri principi, mentre il contraddittorio è affermato non in modo assoluto, ma può essere limitato in casi eccezionali, quando vengono in rilievo delle esigenze che impediscono la formazione della prova nel contraddittorio (casi che saranno regolati dal legislatore, sulla base di quanto stabilito nel comma 5° del riformato articolo costituzionale). Si passa dal “massimalismo”¹⁰⁸ che contraddistingueva il contraddittorio nel Progetto della Commissione, al bilanciamento tra esigenze contrapposte, individuabile nell'art. 111 comma 5° della Costituzione. Il contraddittorio infatti non è il fine ultimo, ma un metodo che in alcuni casi può manifestarsi inidoneo a perseguire le finalità processuali; ovviamente, in quanto derogatori, i casi di cui al comma 5° devono essere interpretati in senso restrittivo.

A garanzia della formazione della prova in contraddittorio, l'art. 526 prescrive che il giudice non possa utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite in dibattimento. La legge n. 63 del 2001 ha aggiunto all'articolo il comma 1° *bis*, che riproduce esattamente la seconda parte dell'art. 111 comma 4° della Costituzione. Il testo della disposizione, non particolarmente chiaro, è

¹⁰⁷ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 142 s. L'Autore giudica prive di fondamento quelle teorie espresse da coloro che tentano di negare la codificazione, nel nuovo art. 500, della regola di esclusione, facendo leva sul fatto che, se è vero che il secondo comma stabilisce la finalizzazione delle contestazioni al controllo della credibilità, non si può dire che questo sia l'unico uso consentito. Teoria che, sempre secondo l'Autore, non può essere sostenuta in quanto l'irrelevanza ai fini probatori dei verbali utilizzati per le contestazioni si desume dal complesso dell'art. 500 dove si prevede l'acquisizione di tali verbali al fascicolo per il dibattimento solo nelle ipotesi eccezionali. “Sino a che opera la regola del contraddittorio nella formazione della prova, la contestazione di una dichiarazione segreta vale quanto una domanda, ossia serve a stimolare una risposta; e non si può pensare di utilizzare come prova la domanda” p. 140-141.

¹⁰⁸ P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, cit. p. 1390.

stato oggetto di varie interpretazioni: sia nel senso che l'accertamento della colpevolezza non può basarsi esclusivamente sulla dichiarazione sottratta al contraddittorio; sia nel senso che questa non possa comunque costituire una delle prove della colpevolezza; sia infine nel senso che non possa essere neppure utilizzata in funzione di riscontro determinante ai fini della condanna, per cui, eliminata tale dichiarazione, la condanna non risulta più fondata su solide basi¹⁰⁹. La funzione della norma è quella di norma di chiusura¹¹⁰ che ribadisce la necessità che la prova si formi nel contraddittorio, per cui al fine di provare la colpevolezza sono inutilizzabili le dichiarazioni di chi si è voluto sottrarre.

¹⁰⁹ V. BOSCO, *Art. 526*, in G. Conso, G. Illuminati, (a cura di) *Commentario al codice di procedura penale*, 2^a ediz., CEDAM, Padova, 2015, p. 2395.

¹¹⁰ C. CONTI, Voce *Giusto processo*, cit., p. 646.

IL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA E IL RAPPORTO CON IL CONTRADDITTORIO

Il principio di immediatezza

Il dibattimento di primo grado è caratterizzato da una serie di principi tra i quali troviamo quello di immediatezza. Non enunciato in Costituzione, il principio nel testo dell'art. 130 del Progetto redatto dalla Commissione Bicamerale nel 1997, assieme a quello dell'oralità e della concentrazione, doveva caratterizzare il giusto processo; si è affermato che il testo contenesse un'indicazione per il legislatore priva di valore cogente, che metteva in luce l'impossibilità di qualificare tali principi come elementi indefettibili di ogni processo¹. Alcuni autori hanno ritenuto che il riconoscimento costituzionale di tale principio sia da rintracciare nel legame con il contraddittorio²: se la prova deve formarsi nel confronto dialettico delle parti dinanzi al giudice, è connaturale che la decisione dovrà essere assunta da quel giudice che vi ha assistito³. L'immediatezza implica l'esigenza di un rapporto diretto tra il giudice e le fonti di prova, eliminando ogni interferenza tra questi due elementi⁴.

¹ V. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, f. 3, p. 729.

² Per tale dottrina vedi D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 9.

³ C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, f. 6, p. 755, ritiene che il fondamento dell'immediatezza sia da rintracciare nel diritto di "difendersi provando" riconosciuto ad ogni accusato: quest'ultimo ha infatti la facoltà di confrontarsi con l'accusatore davanti al giudice (art. 111 comma 3° Costituzione); questo riferimento al giudice riguarderebbe un giudice ben determinato, quello che dovrà decidere sulla questione. Per l'esame del rapporto tra il principio del contraddittorio e quello di immediatezza si veda il capitolo secondo § 2.4 ..conclusione: rapporto tra il principio del contraddittorio e il principio di immediatezza.

⁴ I. CALAMANDREI, Voce *Immediatezza (principio di)*, in *Digesto disc. pen.*, Vol. VI, 1992, p. 149. L'Autrice riportando quanto affermato da G. UBERTIS, Voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, Vol. III, 1989, p. 463, sottolinea come il principio abbia anche un altro aspetto, precisamente quello che attiene al rapporto diretto tra le prove e le parti (alle quali

Caratteristica indefettibile del processo penale è lo svolgersi in relazione ad un fatto avvenuto nel passato, che viene fatto rivivere nell'ambito del giudizio⁵. Di tale fatto il giudice non è stato spettatore – stante l'incompatibilità tra ufficio di testimone e funzione di organo giudicante che caratterizza il nostro sistema processuale - ed è quindi necessario che egli si avvalga del contributo delle parti, dei testimoni o dell'apporto di prove documentali che gli permettano di poter esprimere il suo giudizio in ordine all'oggetto di cui si discute nel processo. In questo senso si afferma, e ciò non può essere messo in dubbio, che “il giudizio giuridico è sempre un giudizio mediato”⁶. Le parti, attraverso il dialogo, introducono le prove, o meglio enunciano delle ipotesi, tra le quali il giudice dovrà scegliere. Quest'ultimo si pone come soggetto terzo, che partecipa al confronto tra i protagonisti del processo e può così, tramite la contestuale partecipazione al dibattimento, cogliere gli elementi dai quali formare il proprio convincimento. Il raggiungimento di una decisione giusta e completa si avrà in quanto il giudice entri “in rapporto diretto con le parti, i testi, i periti escussi nel pubblico dibattimento”⁷ così che egli possa percepire e valutare compiutamente le loro deposizioni; questo implica non solo un'elevata preparazione tecnico-giuridica, ma anche un “elevato intuito psicologico”⁸ perché oggetto del giudizio sono anche il comportamento, il tono della voce, la sicurezza con la quale i testi riferiscono le informazioni in loro possesso.

Per comprendere la portata del principio è necessario comprendere il significato dell'attività valutativa svolta dal giudice⁹. È ormai abbandonata l'impostazione positivista che vedeva il procedimento mentale del giudice articolato in un sillogismo: l'accertamento probatorio non si risolve in una mera attività logica, di sussunzione del fatto nella norma; non esisterebbe una fase destinata al solo accertamento probatorio al

l'attuale codice riconosce ampi poteri in materia di iniziativa probatoria, poteri che, sottolinea sempre Calamandrei, non possono essere esercitati senza un rapporto diretto con gli elementi di prova).

⁵ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 126, parla di “carattere eminentemente ermeneutico del processo”, dove presente e passato sono strettamente connessi, in quanto è “lo stesso presente che dà senso al passato”, p. 129.

⁶ M. MASSA, *Contributo*, cit., p. 269.

⁷ C. MASSA, *Il principio dell'immediatezza processuale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli II*, Giuffrè, Milano, 1972, p.1122.

⁸ C. MASSA, *Il principio dell'immediatezza processuale*, cit., p. 1129.

⁹ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 17.

termine della quale il fatto stesso (che di per sé non esprime alcun significato) è pronto per essere riassunto nella norma¹⁰. Si fa uso, nel ragionamento sillogistico, della massima d'esperienza, costituente la premessa maggiore, attraverso la quale si giunge alla soluzione del caso di specie. Il modello sillogistico si basa su una concezione della giurisdizione come attività meccanica, nella quale non c'è spazio per l'attività valutativa, ma dove entrano solo asserzioni o negazioni¹¹, in modo tale che l'interpretazione si riduca ad una mera descrizione di un fatto, del quale è possibile predicare la verità o la falsità¹² e dove la prova si risolve nella mera percezione di un fatto ad opera del giudice¹³. La crisi di tale impostazione è coincisa con il riconoscimento del carattere “creativo ed integrativo” che connota l'interpretazione, così come con la consapevolezza della complessità del nesso tra decisione e giustificazione¹⁴. Si è riconosciuto che il giudizio del giudice è necessariamente caratterizzato da “asserzioni valutative”¹⁵, il dato sul quale il giudice deve esprimere il giudizio si presenta alla sfera conoscitiva ed a quella emozionale del soggetto, senza che sia possibile scindere i due momenti¹⁶. Il giudice, nel partecipare alla ricostruzione processuale di ciò che è descritto nell'imputazione, finisce, anche in modo inconsapevole, per condizionare con la propria soggettività l'esito dell'accertamento¹⁷. Vi è l'impossibilità di concepire l'attività del giudicare come un momento puramente logico, dove la decisione è il frutto della somma di vari giudizi meramente conoscitivi, ognuno dei quali formato su ciascuno dei singoli dati del giudizio. Se così fosse, la decisione sarebbe determinata solo dal rigido rispetto delle regole meramente logiche, non essendovi alcuno spazio per i giudizi di valore; di conseguenza, sarebbe irrilevante pretendere un rapporto diretto tra il soggetto che

¹⁰ M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 64.

¹¹ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 77.

¹² Da escludere anche la teoria della c.d. “giurisprudenza realistica americana” (FRANK) dove le prove sono valutate in vista della decisione che il giudice intende raggiungere e dove si lascia ampio spazio all’“intuizione” del giudice.

¹³ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3ª ediz., Giappichelli, Torino, 2007, p. 8, sottolinea che la visione che tale concezione aveva del giudice era quella di un soggetto che, guidato dal raziocinio, segue un percorso per arrivare alla decisione, tramite un procedimento puramente logico.

¹⁴ B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 74.

¹⁵ M. MASSA, *Contributo*, cit., p. 177.

¹⁶ M. MASSA, *Contributo*, cit., p. 258.

¹⁷ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 9.

giudica e i dati oggetto della sua attività, l'immediatezza sarebbe superflua. Il discorso acquista senso solo se si accoglie l'idea dell'accertamento probatorio come attività nella quale entrano necessariamente gli elementi di valore, altrimenti, continuando a ritenerlo come processo meramente tecnico e meccanico, si vedrebbe la decisione come "sommatoria di conoscenze neutre e avalutative"¹⁸ e, di conseguenza, anche l'immediatezza risulterebbe superflua. Se si vuole fare in modo che il giudizio sia "giudizio di verità"¹⁹ è necessario che esso sia emesso dal giudice che ha partecipato al dibattimento e "lo ha potuto elaborare in modo verosimile alla sua storicità"²⁰.

All'interno del fenomeno probatorio viene fatta rientrare anche l'attività argomentativa delle parti che, in passato, ne era rimasta estranea; la si considerava un elemento puramente accessorio, non essenziale nel fenomeno probatorio²¹. Il fondamento di tale concezione va rinvenuto nella considerazione dell'attività decisoria come attività che, come affermato in precedenza, segue un percorso logico e fa uso di un metodo logico-razionale. La prova si risolveva nella "percezione di un fatto ad opera del giudice"²², dove gli aspetti argomentativi rimanevano in secondo piano. La crisi di questa visione si ha con il riconoscimento del ruolo che gli elementi soggettivi esercitano in ogni esperienza percettiva²³ e, di conseguenza, è stato dato rilievo anche all'attività argomentativa: è venuta in rilievo l'esigenza di porre delle regole che assicurino il dialogo tra le parti e che permettano loro di partecipare alla formazione del materiale probatorio. Anche l'attività argomentativa delle parti, come l'attività probatoria, è diretta a influire sulla decisione del giudice²⁴ quindi anche in relazione ad essa viene in rilievo la necessità che sia il giudice che ha preso parte alle udienze dibattimentali ad emettere la decisione.

¹⁸ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 29.

¹⁹ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 28.

²⁰ D. CHINNICI, *op. loc. cit.* riporta le parole di M. MASSA, *Contributo all'analisi*, cit., p. 266 il quale afferma che qualsiasi giudizio ha maggiori o minori probabilità di cogliere la verità quanto più o meno diretto è il rapporto tra chi giudica e l'oggetto del giudizio.

²¹ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., p. 5.

²² R. ORLANDI, *op. loc. cit.*

²³ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit, p. 7.

²⁴ L'attuale codice ha segnato il passaggio dalla prova come percezione di un fatto, separata dalla argomentazione ad una prova come "ragionamento" o "argomento" "che ingloba il mezzo utilizzato dalla parte -dichiarazione testimoniale, documento.- per dimostrare la fondatezza della propria tesi. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 11.

Oralità e immediatezza

Un aspetto dell'immediatezza è costituito dall'oralità; in particolare, l'oralità sarebbe l'immediatezza in senso “spaziale” che richiede un contatto diretto tra il giudice e la prova²⁵, distinguendosi dall'immediatezza in senso “temporale”. Di oralità si può parlare in relazione a due significati: da un lato, si può attribuire al termine il suo significato etimologico, per cui per oralità si intende solo una forma di manifestazione del pensiero contrapposta alla scrittura. Tale era la nozione che veniva accolta dal codice Rocco²⁶ che considerava osservato il principio ogniqualvolta il pensiero venisse manifestato attraverso la viva voce; in questo modo anche un atto scritto poteva entrare nel processo attraverso la lettura, che era la “forma attraverso la quale taluni atti scritti del processo diventano orali”²⁷. Tale codice, essendo ispirato ad una logica di tipo inquisitorio, che consentiva il recupero in dibattimento di elementi raccolti nel corso della fase istruttoria, non poteva che accogliere una qualificazione “debole” di oralità²⁸.

Accanto a tale concezione dell'oralità ne è stata prospettata un'altra, nata nella dottrina processualcivile²⁹, che è strettamente connessa con le prove e legata

²⁵ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 127.

²⁶ L'art. 138 c.p.p. 1930 statuiva: “Chi è esaminato o interrogato deve rispondere oralmente e non gli è consentito di leggere dichiarazioni scritte”. Deroghe al principio venivano individuate nell'escussione dell'esame di muti o sordomuti, mentre l'utilizzo di note in aiuto alla memoria non costituiva un'eccezione alla forma orale di comunicazione (come previsto dallo stesso art. 138 c.p.p. 1930).

²⁷ A. CRISTIANI, *Lecture vietate e libero convincimento del giudice*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1964, p. 645. La lettura non era considerata deroga al principio di oralità, piuttosto derogava all'immediatezza.

²⁸ Così definita da M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V ediz., UTET, Torino, 1991, p. 266 s. Tale è l'impostazione accolta da G. UBERTIS, Voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 465, il quale mette in luce quelli che sono i pericoli derivanti da una qualificazione ampia di oralità, che si salda con il principio di immediatezza: da un lato dovrebbero considerarsi come eccezioni all'oralità tutte le norme che disciplinano l'utilizzazione in giudizio di atti non compiuti in dibattimento e dall'altro, l'oralità finirebbe per diventare un principio comprensivo di tutti gli altri caratterizzanti il dibattimento.

²⁹ Per oralità si intende “rapporto immediato tra i giudici e le persone le cui dichiarazioni essi sono chiamati ad apprezzare”, sono parole di G. CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. I, 1931, p. 414.

all'immediatezza³⁰: non è sufficiente che il dibattimento veda la parola come forma privilegiata di comunicazione, ma è anche necessario un contatto “diretto ed effettivo tra il giudice e la prova”, in modo che la decisione sia fondata su atti alla cui formazione il giudice ha preso parte, e sui quali si sono potute formare le sue impressioni e percezioni³¹. L'oralità acquisisce quindi una funzione maieutica, permettendo di effettuare una serie di valutazioni nel corso dell'esame orale, che tocchino il contenuto delle risposte, il contegno del testimone (o della parte), infatti il dichiarante non risponde solo alle domande postegli, ma espone sé stesso alla valutazione di chi lo interroga o di chi assiste all'escussione³². Questa nozione di oralità è strettamente connessa al carattere accusatorio del nuovo codice³³; vi è infatti una serie di norme che consente di accogliere una nozione ampia di oralità, tra queste l'art. 514 che rovescia il rapporto regola-eccezione tra oralità e scrittura, prevedendo così che le letture permesse siano solo quelle espressamente autorizzate dalla legge.

³⁰ Tale nozione di oralità era stata prospettata già nel vigore del codice abrogato: P. FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 282, presenta uno dei significati di elaborazione dottrinale dell'oralità, che, per dirsi attuato, non ritiene sufficiente la prevalenza della parola come mezzo di comunicazione, ma postula anche la necessità che il giudice emani la decisione sulla base delle risultanze probatorie direttamente percepite durante il giudizio. L'Autore sostiene anche che, se il principio dell'oralità può dirsi attuato quando il teste depone dinanzi al giudice investito della decisione, allora al fine di una piena attuazione, sarà necessario lo svolgimento degli esami testimoniali attraverso il metodo della *cross examination*, strumento che non era presente nel codice del 1930, ma del quale Ferrua sottolinea la stretta connessione con la testimonianza orale (*op. cit.*, p. 286), e questo in ragione del fatto che da un lato si assicura la genuinità della deposizione, che non sarà influenzata dal contenuto dei verbali istruttori conosciuti dal presidente, dall'altro il dialogo nel quale si sostanzia l'esame incrociato, potrà permettere al giudicante di effettuare un controllo sulla veridicità delle dichiarazioni. Infatti, come affermato da M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., p. 472, saranno proprio le parti a trovare quelle domande idonee a smascherare falsità o reticenze del teste.

³¹ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit, p. 33 s. ritiene che la connessione oralità-immediatezza possa essere posta solo in riferimento alla prova orale dichiarativa; alla stessa conclusione perviene I. CALAMANDREI, Voce *Immediatezza*, cit., p. 152.

³² I. CALAMANDREI, Voce *Oralità*, II) *Principio dell'oralità – dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XXIV, 1991 p. 1.

³³ La stessa legge delega n. 81 del 1987 prescrive, al n. 2 del comma 2°, l'attuazione dei caratteri del sistema accusatorio, attraverso l' “adozione del metodo orale”. M. DEGANELLO, Voce *Oralità (principio della)* in *Dig. disc. pen.*, Vol. IX, 1995, p. 19 “in un'ottica che privilegi l'accusatorietà, il canone dell'oralità non può che esprimersi attraverso modalità ‘forti’”, “un processo pienamente orale è quello retto dalla regola per cui il giudice deve fondare la decisione soltanto sulla base delle risultanze probatorie direttamente percepite” p. 18.

Art. 525 c.p.p., immutabilità del giudice come corollario dell'immediatezza

L'art. 525 enuncia il principio dell'immutabilità del giudice, presidiato dalla sanzione della nullità assoluta, prevedendo che possano concorrere a deliberare la sentenza solamente quei giudici che hanno partecipato all'attività dibattimentale³⁴. La decisione deve quindi essere emessa da coloro che abbiano avuto una percezione diretta dei fatti di causa prendendo parte alla formazione della prova nel contraddittorio.

Alcuni autori hanno letto in questa regola dell'immutabilità un corollario del principio di immediatezza³⁵: se infatti la prova deve formarsi nel contraddittorio tra le parti e se è necessaria una partecipazione diretta del giudice all'assunzione stessa, allora sarà anche necessario che la decisione sia presa da quello stesso giudice che ha partecipato a tali attività, in modo che egli decida “sulla base delle sole risultanze probatorie direttamente percepite durante il giudizio”³⁶. Si tratta di una dottrina criticata da quanti affermano che se è vero che sussiste tale connessione, è anche necessario mettere in luce altri aspetti, in particolare quello che attiene alla formazione del convincimento giudiziale³⁷. Quest'ultimo non è un “fatto isolato, avulso da quanto lo ha preceduto”³⁸, ma anzi esso si forma nel corso del procedimento, “in modo progressivo”³⁹

³⁴ P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 228.

³⁵ Tra questi G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 463. e D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 217, la quale afferma che “il principio di immediatezza trova concreta attuazione nella prescrizione dell'immutabilità del giudice”, senza la quale l'immediatezza rimarrebbe una mera enunciazione astratta (*op. cit.*, p. 220): sarebbe stato inutile stabilire la necessaria formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, dinanzi al giudice del dibattimento, senza prevedere anche l'identità tra il giudice che assiste alla formazione e quello che emanerà la sentenza. In precedenza, C. MASSA, *Il principio dell'immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 333, rilevava come i principi dell'oralità e immediatezza sarebbero stati frustrati nel loro scopo in caso di violazione della regola sull'immutabilità, pur rimanendo funzionali a garantire esigenze diverse: “l'immediatezza, l'apprensione diretta delle risultanze processuali; l'identità fisica del giudice, l'insostituibilità del giudice, onde assicurare che, non mutandosi il giudice, non vi siano errori nella valutazione delle risultanze dibattimentali”. P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 283, individuava nell'identità del giudice (immediatezza in senso spaziale) uno dei requisiti per la realizzazione del canone oralità-immediatezza.

³⁶ P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 282.

³⁷ Tra questi, P. RENON, *Mutamento del giudice*, cit., p. 15 s.

³⁸ R.E. KOSTORIS, *Voce Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, 1997, p. 2.

³⁹ P. RENON, *Mutamento del giudice*, cit., p. 25.

così che la contestuale presenza del giudice alla contesa argomentativa tra le parti non potrà essere sostituita da una mera lettura del verbale d'udienza⁴⁰, cosa che accadrebbe se la decisione potesse essere emessa da un giudice che non è stato presente all'istruzione dibattimentale. L'Autore richiamato in nota allarga il campo di ricerca al ruolo del giudice nel dibattimento, in particolare ai poteri in ambito probatorio, che, come sottolineato nella Relazione al progetto preliminare del codice, devono rivestire un ruolo “residuale e suppletivo rispetto alla carenza di iniziativa delle parti”. Se i poteri rimangono entro questi limiti, il loro esercizio potrà anche avere un'utile funzione, contribuirà infatti alla completezza e all'attendibilità dell'accertamento finale. L'impiego di tali prerogative richiede però che esse siano attribuite allo stesso organo chiamato ad emettere la decisione, profilo che, a detta dell'Autore, è necessario sottolineare e che invece rimane nell'ombra in quelle dottrine che riducono l'immutabilità del giudice ad un semplice corollario dell'immediatezza.

Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di mutamento del giudice

Pur nel silenzio del codice, nell'ipotesi di cambiamento dell'organo giudicante - salva l'ipotesi in cui subentrino uno o più giudici supplenti -, l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza ritiene si debba procedere alla rinnovazione del dibattimento⁴¹. Dovrà essere ripetuta la sequenza processuale che spazia dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492), fino all'assunzione delle prove (art. 496).

La questione è stata oggetto di due pronunce, da parte della Corte Costituzionale prima e delle Sezioni Unite poi. La Corte, con la sentenza n. 17 del 1994 ha dichiarato “non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 238 e 512 nella parte in cui non prevedono la possibilità di acquisire la documentazione di atti, ed in particolare

⁴⁰ P. RENON, *Mutamento del giudice*, cit., p. 26.

⁴¹ Cass., Sez. Un., 15 gennaio 1999, Iannasso, in *Cass. Pen.*, 1999, f. 9, p. 2494: “il principio di immutabilità del giudice impone che quando muti la persona del giudice monocratico [...] il dibattimento sia integralmente rinnovato”. Già in precedenza, nel 1994, la Corte Costituzionale aveva sottolineato come la normativa in esame imponesse la “integrale rinnovazione del dibattimento”

i verbali dell'attività probatoria, realizzata nell'ambito dello stesso procedimento, ma dinanzi a giudice-persona fisica differente, nel caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione, in riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione”. La Corte non dubita del fatto che il rispetto del principio di cui all'art. 525 comma 2°, imponga di procedere, in caso di mutamento del giudice, “alla integrale rinnovazione del dibattimento” e individua la disciplina relativa all'utilizzabilità dei verbali delle prove assunte dinanzi al giudice poi sostituito, nell'art. 511⁴² e, di conseguenza, afferma la possibilità di lettura, a norma di tale articolo, degli atti in precedenza compiuti, i quali “fanno già parte del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice”⁴³. Per i verbali contenenti dichiarazioni è però necessario che la lettura segua l'esame della persona che le ha rese, come enunciato nel comma 2°, sempre che questo non risulti impossibile. Si ammette così la possibilità di recupero dei risultati probatori acquisiti dinanzi al giudice precedentemente investito della causa⁴⁴. La Corte si era però limitata ad affermazioni di

⁴² Esclusa la tesi prospettata dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale l'acquisizione del dato probatorio troverebbe il suo fondamento negli artt. 512 e 513.

⁴³ La Corte ritiene che il contenuto del fascicolo del dibattimento non si esaurisca negli atti contenuti nell'art. 431, ma si arricchisca durante la fase dibattimentale, subendo quindi delle variazioni. L'attività in precedenza compiuta è, a detta della Corte, un'attività legittimamente compiuta e, come tale, deve entrare nel fascicolo dibattimentale. In una ordinanza (Corte Cost., ord. n. 99 del 1996), due anni più tardi, la Corte confermerà l'impostazione data in questa sentenza, statuendo che “la pregressa fase dibattimentale conserva indubbiamente il carattere di attività legittimamente compiuta, per cui certamente non è irragionevole, né lesivo del principio di oralità e immediatezza del dibattimento, che la medesima, attraverso lo strumento della lettura, entri nel contraddittorio tra le parti e venga recuperata ai fini della decisione”. Impostazione che si espone ad una critica: M. TREMOLADA, *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, f. 6, p. 745, sostiene che la Corte non abbia chiarito quale sia il titolo giuridico sulla base del quale gli atti precedentemente compiuti facciano parte del fascicolo per il dibattimento e che, in tal modo, la Corte avrebbe creato una “pregressa fase dibattimentale” priva di appiglio normativo. D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 271, in contrasto con la decisione della Corte, sottolinea come, nell'ipotesi di mutamento del giudice, non si è più nel corso del medesimo dibattimento, ma c'è un nuovo giudice dinanzi al quale prende avvio un nuovo dibattimento. *Contra* D. POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1995, f. 7-8, p. 1736, il quale ritiene esistente un titolo (art. 480 comma 2° e art. 515) in forza del quale tali atti, non viziati a seguito del mutamento del giudice, possono entrare nel fascicolo del dibattimento: si tratta infatti di atti che non solo appartengono al medesimo procedimento, ma sono stati assunti nel contraddittorio tra le parti.

⁴⁴ Secondo D. POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale*, cit., p. 1734, la lettura degli atti già svolti dinanzi al giudice sostituito viene giustificata dalla Corte affermando che il fascicolo per il dibattimento non è una “realtà statica, ma è di contenuto mutevole”.

principio⁴⁵, non avendo chiarito le modalità con le quali si sarebbe dovuto procedere alla rinnovazione del dibattimento. Il punto più controverso riguardava l'interpretazione dell'art. 511 comma 2°, attorno alla quale si erano formati due orientamenti: secondo il primo⁴⁶ la rinnovazione richiedeva la riassunzione *ex novo* delle prove dichiarative, mentre l'opposto riteneva sufficiente la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dinanzi al precedente giudice. Il problema ruotava attorno alla qualificazione della lettura dei verbali: da un lato lettura integrativa e complementare rispetto all'esame orale, dall'altro invece lettura sostitutiva. L'orientamento che sostiene la necessaria riassunzione delle prove orali⁴⁷ fa leva sul rispetto del principio di immediatezza, che sarebbe compromesso da una disciplina che basasse la rinnovazione sulla mera lettura dei verbali formati in precedenza⁴⁸. Il rispetto dei canoni dell'oralità-immediatezza, principi che non possono essere sacrificati in nome di esigenze di economia

⁴⁵ C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, f. 6, p. 748.

⁴⁶ Definito "garantista" da D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 247.

⁴⁷ L'Autrice in precedenza citata è tra questi.

⁴⁸ La dottrina che sosteneva invece la sufficienza della lettura delle precedenti dichiarazioni affinché potesse considerarsi pienamente rinnovato il dibattimento utilizzava, a sostegno della propria decisione, alcuni argomenti: tra questi la tesi avanzata da D. POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale*, cit., p. 1736, che individua alcune somiglianze tra la disciplina della rinnovazione del dibattimento e la lettura in giudizio dei verbali dell'incidente probatorio. Anche in quest'ultima situazione si ha un mutamento del giudice, in quanto colui che deciderà la causa è una persona diversa da quella che ha assistito all'assunzione della prova nell'udienza camerale; benché questo temperamento alla regola dell'immutabilità del giudice sia giustificato da una serie di ipotesi – elencate nell'art. 392 -, potrebbe verificarsi la circostanza che la situazione risulti poi insussistente nel momento in cui il giudizio entra nella fase dibattimentale: ciò, sostiene l'Autore, non esclude la legittimità della richiesta di incidente probatorio, quindi, se è possibile utilizzare tramite la lettura gli atti formati nel corso dell'incidente probatorio, lo stesso si potrà fare con atti assunti nel corso del precedente dibattimento, atti formati in un contraddittorio pieno.

processuale⁴⁹, richiede che la lettura abbia luogo solo dopo l'esame del dichiarante⁵⁰. Facendo, all'opposto, prevalere la lettura, si finisce per ridurre il diritto delle parti all'audizione ad un mero “fenomeno occasionale e contingente, quasi fosse una variabile rimessa alla discrezionalità del nuovo giudice”⁵¹.

Il contrasto giurisprudenziale venne risolto con una pronuncia delle Sezioni Unite del 15 gennaio 1999, per cui nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice o di una diversa composizione del collegio, “la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa avere luogo e sia richiesto da una delle parti”⁵². In questa occasione le Sezioni Unite confermano quanto affermato dal giudice di costituzionalità qualche anno prima: i verbali degli atti assunti dinanzi al giudice sostituito sono legittimamente allegabili al fascicolo del dibattimento, senza che possa ravvisarsi nella lettura di tali verbali una lesione dell'oralità e immediatezza. Viene però anche precisato che queste considerazioni sono da coordinare con quanto enunciato nell'art. 511 comma 2°, norma che, su opinione delle Sezioni Unite, assegna alla lettura una funzione integrativa della prova orale ammessa su richiesta delle parti⁵³. Con la pronuncia delle Sezioni Unite

⁴⁹ I sostenitori della tesi opposta, come M. TREMOLADA, *Utilizzabilità della prova orale*, cit., p. 744, lamentavano il rallentamento che si sarebbe provocato nei già lunghi tempi processuali a causa della necessaria riassunzione della prova orale, ritenendo troppo drastica la soluzione che sacrifica completamente l'economia processuale (data anche la particolare importanza che ad essa è stata assegnata dal legislatore delegante nel 1987) a vantaggio dell'oralità. *Contra* P. PAULESU, *Commento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1 del 1999*, in *Cass. Pen.*, 1999, f. 9, p. 2497, critico nei confronti dell'orientamento favorevole alla lettura in funzione sostitutiva dell'escussione del dichiarante, in particolare nei confronti di una visione del valore dell'oralità come “ostacolo alla speditezza del processo”.

⁵⁰ G. DI CHIARA, *Nota a Corte Cost. Sentenza n. 17 del 1994*, in *Foro it.*, 1994, p. 1630. All'opposto, l'altra dottrina esclude che la lettura avvenga solo quando non sia possibile l'escussione del dichiarante e questo perché, se così fosse, la norma del secondo comma dell'art. 511 sarebbe stata strutturata in modo diverso, stabilendo la necessità della lettura nel solo caso in cui “l'esame *non possa* avere luogo”. Non facendosi alcun riferimento alla possibilità dell'esame, la norma intenderebbe solo disciplinare l'eventualità dell'esame orale. Così D. POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale*, cit., p. 1737.

⁵¹ P. PAULESU, *Commento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1 del 1999*, cit., p. 2499.

⁵² Cass., Sez. Un., 15 gennaio 1999, Iannasso, cit., p. 2495.

⁵³ La stessa dottrina aderente all'orientamento “garantista” non contestava la legittimità della presenza dei verbali degli atti compiuti dinanzi al giudice sostituito nel fascicolo del dibattimento e quindi la possibilità di servirsene tramite la lettura, così P. PAULESU, *op. loc. cit.*, ma riteneva che da essa non

viene così ristabilito l'ordine nel rapporto regola-eccezione che guida il sistema (tassativo) delle letture dibattimentali e che prevede che la regola, in un processo ispirato ai canoni dell'oralità-immediatezza, sia l'audizione diretta del dichiarante, lasciando la lettura degli atti all'ipotesi eccezionale in cui “l'esame non abbia luogo”.

La pronuncia della Suprema Corte ha suscitato reazioni contrastanti, contrapponendo una giurisprudenza aderente all'impostazione delle Sezioni Unite ad un'altra che invece se ne distaccava e che è giunta a sollevare varie questioni di legittimità costituzionale in merito all'esclusione della possibilità di rinnovare il dibattimento mediante la sola lettura dei verbali e al riconoscimento alle parti del diritto ad ottenere un nuovo esame dei dichiaranti.

Le letture dibattimentali come deroga all'oralità-immediatezza

La lettura è lo strumento attraverso il quale gli atti compiuti in una fase anteriore a quella dibattimentale entrano in dibattimento e acquisiscono così la qualifica di prova, contribuendo a formare il convincimento del giudice. Si evince quindi, come sostenuto da una dottrina, che la separazione tra gli atti compiuti nelle indagini e il dibattimento non è così assoluta, ma presenta dei temperamenti⁵⁴. Il tema delle letture si inserisce però in una parentesi di eccezionalità rispetto alla normale formazione della prova in dibattimento. Il problema che qui viene il rilievo attiene al contrasto che si realizza tra l'istituto della lettura e le caratteristiche del rito penale; si è visto come, alla netta separazione tra la fase delle indagini e quella dibattimentale prevista dal codice del 1989, la giurisprudenza aveva opposto una serie di pronunce volte a scardinare il modello accusatorio e consentire il pieno utilizzo di atti compiuti nelle indagini⁵⁵. A

potesse ricavarsi la prevalenza della lettura sull'escussione testimoniale.

⁵⁴ F. M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3ª ediz., Giappichelli, Torino, 2007, p. 170 ritiene che non sia più sostenibile “la convinzione che il nuovo codice distingua in maniera netta e drastica le prove dagli atti delle indagini preliminari”, avendo questi “un'aspirazione a divenire utilizzabili per decidere il merito della questione”.

⁵⁵ Attraverso l'iter di sentenze della Corte Costituzionale, dai primi anni novanta fino alla sentenza n. 361 del 1998, espone nel capitolo precedente.

fronte di tale comportamento il legislatore è intervenuto, anche a livello costituzionale, per porre una serie di argini alla svolta inquisitoria che aveva ormai acquisito il nuovo codice, giungendo così ad affermare sia la centralità del dibattimento nell'assunzione della prova, sia i principi fino ad ora esaminati. Il sistema delle letture invece deroga a tale impostazione, qualificando come prove anche atti formati in fasi anteriori a quella del giudizio. Dall'altro lato è necessario considerare però che vi sono alcune ipotesi in cui il contraddittorio non è realizzabile e sembra troppo irragionevole (e troppo pregiudizievole per l'accertamento), rinunciare alla relativa fonte di conoscenza⁵⁶. La necessità è allora quella di trovare un equilibrio⁵⁷ tra l'esigenza del rispetto dei canoni del modello accusatorio (oralità, immediatezza e contraddittorio)⁵⁸ e quella di acquisire tali conoscenze⁵⁹.

È necessario considerare che il principio cardine in tema di letture è quello di tassatività: è stato rovesciato il rapporto regola-eccezione tra escussione orale della prova e lettura rispetto a quanto previsto nel codice antecedente. La regola prescrive che la prova debba formarsi in contraddittorio, dinanzi al giudice (terzo ed imparziale) che è chiamato ad emettere la decisione; solo nei casi espressamente consentiti sarà possibile derogarvi e ammettere la lettura degli atti compiuti in fasi anteriori. L'art. 514, in tal senso, rubricato "letture vietate", prescrive che "non può essere data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese [...] nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare..", sempre che non si ricada in uno dei casi previsti dagli artt. 511 e seguenti⁶⁰ che individuano tassative ipotesi di letture consentite. Allora, solamente

⁵⁶ In particolare l'esigenza si manifesta con riferimento ai verbali degli atti c.d. irripetibili compiuti nel corso delle indagini.

⁵⁷ Un "compromesso", come definito da G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, f. 9, p. 357.

⁵⁸ P. P. RIVELLO, Voce *Letture consentite e letture vietate*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VII, 1993, p. 405, sottolinea come "l'effettiva validità di un sistema processuale non è rappresentata dalla sua totale conformità ad uno schema teorico astratto, ma dalla sua capacità di rispettarne i principi base, senza per questo dimenticare l'esigenza di un'effettiva praticabilità e funzionalità dell'insieme".

⁵⁹ Secondo M. NOBILI, *Art. 511, Commento al nuovo codice di procedura penale*, Secondo aggiornamento, UTET, Torino, 1993, 424, "il problema di tali letture non si sarebbe nemmeno dovuto porre se, con il nuovo codice, fosse stato integralmente accolto quel sistema dell'inchiesta preliminare di parte".

⁶⁰ Manca però il richiamo all'art. 511 *bis.*; F. M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, cit., p. 288-289, sostiene che non si tratti di una vera e propria lacuna

nell'ipotesi in cui “la piattaforma delle letture rimanga confinata nello spazio proprio dell'eccezione, si potrà dire garantito il contraddittorio 'per la prova'”⁶¹, se invece l'istituto delle letture dovesse finire per divenire la regola nella formazione della prova, si assisterebbe ad una diminuzione del contraddittorio, declassato a mero contraddittorio 'sulla prova', come è accaduto a seguito delle sentenze degli anni Novanta ad opera della Corte Costituzionale.

Due casi a confronto: lettura di atti originariamente irripetibili e lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione

a) Lettura di atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, art. 511 c.p.p. – irripetibilità originaria

L'acquisizione di un atto al fascicolo per il dibattimento non comporta l'automatico riconoscimento del valore di prova⁶², a tal fine sarà necessario che l'atto venga letto ai sensi dell'art. 511⁶³. In assenza della lettura l'atto sarà inutilizzabile ai fini della decisione; in relazione a questo punto merita porre l'accento sull'atteggiamento della giurisprudenza che, se da un lato riconosce nella lettura lo strumento per inserire in giudizio determinati atti delle indagini, dall'altro lato si mostra restia nell'individuare le conseguenze dell'inosservanza di tale meccanismo e quindi il trattamento degli atti non letti (o non indicati)⁶⁴; infatti l'ipotesi non è contemplata tra le cause (tassative) di

e che la mancata indicazione sia spiegabile con il fatto che l'art. 514 farebbe riferimento solo agli atti della fase preliminare dello stesso procedimento, non anche ad atti di procedimenti diversi.

⁶¹ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 153.

⁶² Il materiale che viene inserito nel fascicolo ex art. 431 non viene “cristallizzato” in modo da essere direttamente utilizzabile per la sentenza, si tratta invece di un adempimento prodromico ad un'apposita e successiva acquisizione. Così N. GALANTINI, *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. Pen.*, 1991, f. 4, p. 663.

⁶³ G. UBERTIS, Voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, 1991, p. 535, definisce la lettura “l'unico mezzo per ottenere la conoscenza ufficiale del contenuto” del fascicolo per il dibattimento. D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 161 afferma che la lettura costituisca una sorta di “vaglio dibattimentale” per gli atti contenuti nel fascicolo.

⁶⁴ Punto messo in rilievo da M. BAZZANI, *Art. 511 c.p.p.: lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili. Profili epistemologici e normativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, f. 3, p. 781.

nullità, né viene individuata in essa un caso di inutilizzabilità. È necessario poi che nel fascicolo siano “re-inseriti, durante il dibattimento, soltanto gli atti su cui è caduta la lettura; gli atti 'leggibili ma non letti' verranno espunti dal fascicolo”⁶⁵.

Caratteristica della norma in esame è il fare riferimento agli atti contenuti nel fascicolo ex art. 431, tra i quali troviamo gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e ora, a seguito della legge n. 397 del 2000, anche quelli compiuti dal difensore, oltre che i verbali degli atti assunti in incidente probatorio. Riguardo all'area degli atti non ripetibili è stata mossa una critica⁶⁶ relativa all'impossibilità di individuare a priori un elenco di atti per i quali sono ammesse le letture, questo anche a causa della volontà del legislatore che nella legge delega ha voluto evitare “elencazioni tassative di atti non ripetibili”; la critica si rivolge soprattutto contro l'inerzia del legislatore che non ha individuato dei parametri che identifichino l'area degli atti suscettibili di lettura. Secondo alcuni allora sarebbe più corretto evitare le inutili pretese classificatorie e utilizzare l'espressione “area degli atti leggibili”⁶⁷, individuando così tutti gli atti per i quali la lettura non è vietata. Tra gli atti considerati nell'art. 511, vi sono quelli caratterizzati da un'irripetibilità originaria⁶⁸ e, come tali,

⁶⁵ Così M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, CLUEB, Bologna, 1989, p. 269, che nota anche come l'art. 515 sia molto chiaro a riguardo: “i verbali degli atti di cui è stata data lettura [...] sono inseriti nel fascicolo per il dibattimento”. La norma, secondo M. BAZZANI, *Art 511 c.p.p.: lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili*, cit., p. 778, costituisce una conferma dell'assunto per cui la lettura non è un mero adempimento formale, ma il veicolo attraverso il quale l'atto contenuto nel fascicolo del dibattimento potrà essere utilizzato dal giudice ai fini della decisione (si deve fare riferimento all'art. 526 che vieta l'utilizzo, ai fini della deliberazione, di “prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento”). Quindi solamente ai verbali di cui è stata data lettura, si riconosce la legittimazione a rimanere nel fascicolo per il dibattimento.

⁶⁶ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 66 s.

⁶⁷ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 68.

⁶⁸ L'irripetibilità riguarda atti procedurali di natura probatoria, attività direttamente preordinate alla formazione o al reperimento di elementi di prova. Così C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 64 s, che sottolinea che, ai fini di tale valutazione, sia necessario prendere in considerazione ogni frammento di attività dotato di una propria autonomia, con la conseguente frammentazione di un'attività complessa “in tante porzioni quanti sono gli atti compiuti volta per volta”; su ciascuno di essi poi si procederà all'esame della possibilità di rinnovazione. L'atto ripetibile non è quell'atto che riproduce fedelmente il risultato ottenuto in sede d'indagine (*op. cit.*, p. 71); piuttosto la ripetibilità richiede solo la mera possibilità di ottenere, facendo leva sulla medesima fonte, un “contributo conoscitivo della medesima natura”, rispetto a quello antecedente, acquisito nelle indagini. Indispensabile è, secondo l'Autrice, considerare il carattere 'processuale' dell'irripetibilità, che si lega al principio di separazione tra le fasi.

inseriti nel fascicolo per il dibattimento al termine dell'udienza preliminare. Si tratta però di atti compiuti nel corso delle indagini sui quali non c'è stato un vero e proprio contraddittorio tra le parti per la formazione della prova (con l'esclusione dei casi in cui si è proceduto con la procedura incidentale). Attraverso la lettura si recupera qualche spazio per il contraddittorio⁶⁹, seppur inteso nella sua qualificazione minima⁷⁰, sottoponendo alle parti il verbale letto in dibattimento, sul quale verrà effettuata una discussione postuma. Il contraddittorio, nel senso precisato nell'art. 111 comma 4° della Costituzione, non si realizza, essendo la prova non formata in dibattimento, ma nelle indagini. Si può considerare però un'ipotesi: nei casi in cui la lettura riguardi i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal difensore, qualora l'atto concerna, ad esempio, un accertamento tecnico irripetibile, l'indagato (così come la persona offesa e i difensori), prima che l'atto venga compiuto, verrà avvisato, ex art. 360⁷¹, riguardo al giorno, ora e luogo fissati per il conferimento dell'incarico della facoltà di nominare un proprio consulente tecnico e di riservarsi di promuovere l'incidente probatorio (facoltà riconosciuta però solo alla persona sottoposta alle indagini). Sicuramente non si tratta del contraddittorio per la prova, nella sua formulazione 'forte' "che implica il contributo diretto delle parti nell'atto stesso di formazione della prova"⁷², trattandosi di atti che sono stati formati non in dibattimento, ma nella fase precedente, tuttavia nel momento in cui l'atto è stato formato c'è stato un (seppur minimo) coinvolgimento delle parti, già sapendosi che si trattava di atto

⁶⁹ M. BAZZANI, *Articolo 511: lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili*, cit., p. 773.

⁷⁰ Si fa riferimento al livello più basso di contraddittorio, ridotto alla semplice discussione su un verbale. Così P. FERRUA, *Studi sul processo penale II. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 171. È il contraddittorio che G. GIOSTRA, *Voce Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VII, 2001, p. 2, definisce "retorico-argomentativo", in quanto riguardante un atto già acquisito, sul quale si forma un contraddittorio posticipato.

⁷¹ Con riferimento a questo articolo, merita segnalare il pensiero di M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 240 s., che manifesta le sue riserve nei confronti della disposizione citata quando l'atto irripetibile consista in una perizia: in particolare la critica si rivolge contro gli ampi poteri assegnati al pubblico ministero (tanto da portare l'Autore a parlare di "perizia del pubblico ministero"), al quale è consentita la possibilità di compiere la perizia senza garanzia giurisdizionale e quindi, nella sostanza, il potere di nominare il perito e dirigere le operazioni peritali. Ma le ragioni di urgenza e irripetibilità dell'atto potrebbero essere soddisfatte assumendo la perizia con l'incidente probatorio.

⁷² P. FERRUA, *Studi sul processo penale III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 40.

irripetibile e pertanto idoneo ad acquisire il valore di prova in dibattimento; questa è un'ipotesi ben diversa da quelle considerate negli articoli seguenti: l'art. 512, ad esempio, prende in considerazione l'istituto della lettura nell'ipotesi in cui degli atti sia divenuta impossibile la ripetizione per cause che non potevano essere previste già al momento del compimento. Qui l'atto nasce come atto d'indagine, idoneo ad esaurire la sua funzione con il termine di queste, mentre solo successivamente intervengono dei fattori che rendono l'atto irripetibile e pertanto permettono la sua acquisizione in dibattimento tramite la lettura.

Per attenuare la violazione dei principi dell'oralità e immediatezza, l'art. 511 comma 2° prevede che, quando l'atto da leggere abbia ad oggetto un verbale contenente dichiarazioni, la lettura sia “disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo”. La ratio della norma è quella di dare la prevalenza all'escussione orale del dichiarante, che avviene in dibattimento, rispetto alla lettura di un verbale, evitando così che l'acquisizione diretta della prova sia “‘inquinata' dai suoi precedenti”⁷³ come accadeva con la prassi, in voga nel sistema precedente, che vedeva il dichiarante limitarsi a confermare quanto detto nelle indagini e letto in dibattimento. Si è parlato quindi di “principio di subordinazione” della lettura⁷⁴ rispetto all'escussione orale. È stato però sottolineato come si ponga qui un problema di effettività del contraddittorio nella formazione della prova, avendosi due dichiarazioni utilizzabili⁷⁵: le dichiarazioni anteriori sono utilizzabili per le contestazioni e per fare domande e, alla fine, per la lettura a fini acquisitivi. Entrambe le dichiarazioni saranno utilizzabili come prova, anche se si tratta di dichiarazioni ottenute con metodi non paragonabili: una -quella scritta- sarà ottenuta in un tempo più vicino al fatto, ma si tratta di una dichiarazione scritta, mentre l'altra è una dichiarazione orale, anche se resa in un momento più lontano rispetto al verificarsi del fatto.

⁷³ C. CESARI, *Art. 511*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2015, p. 2304.

⁷⁴ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 163.

⁷⁵ F. M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, cit, p. 200.

A tale regola della prevalenza dell'escussione orale è sottoposto anche il caso previsto dal terzo comma, in cui si vuole che anche la relazione del perito sia letta solo dopo l'esame del perito stesso.

Le letture costituiscono una deroga al principio di immediatezza: si è precisato però che non si dovrebbe parlare delle letture come di un'eccezione all'oralità, ma piuttosto come regola autonoma⁷⁶. Questo viene affermato partendo da una concezione di oralità riduttiva⁷⁷, che la identifica nella manifestazione del pensiero tramite l'uso della parola, non ricollegandola al principio di immediatezza⁷⁸. Le letture allora, secondo questa impostazione, costituirebbero una deroga solo al principio di immediatezza⁷⁹, non a quello di oralità. Se però i due principi devono essere letti assieme e se non si vuole accogliere una qualificazione dell'oralità intesa come oralità minima, come accadeva nel codice Rocco, allora si deve concludere che l'istituto delle letture determina una deroga anche al principio di oralità inteso nella sua qualificazione "forte", legato all'immediatezza⁸⁰. Si può considerare il caso disciplinato nell'art. 511 *bis* che permette la lettura di verbali indicati nell'art. 238 (verbali di prove di altri procedimenti): nel momento in cui la prova viene assunta nel proprio procedimento viene tutelata l'oralità, ma nel momento in cui si va ad acquisire quel verbale in un procedimento diverso l'eccezione non investe solo il principio di immediatezza, essendo quel giudice diverso da quello che ha partecipato all'assunzione della prova, ma anche l'oralità.

L'art. 511 desta comunque minori preoccupazioni rispetto alle ipotesi previste da quelli successivi (in particolare il 512) quanto alla deroga ai canoni del processo accusatorio: nella norma in esame infatti si prevede la lettura di atti che sono inseriti nel fascicolo per il dibattimento e che quindi già in origine hanno acquisito quell'attitudine a

⁷⁶ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 60.

⁷⁷ Qualificazione "debole" di oralità, v. nota 28 in questo capitolo.

⁷⁸ Anche G. UBERTIS, *Voce Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. III, 1989, p. 465, accogliendo una nozione di oralità che attiene solo alla modalità di espressione del pensiero tramite la parola, esclude che il regime delle letture possa essere inquadrato tra le deroghe al principio di oralità; piuttosto si tratta di deroghe all'immediatezza.

⁷⁹ Così sostiene anche I. CALAMANDREI, *Voce Oralità II*, cit., p. 3 secondo la quale, tramite la lettura, si verifica una deroga al principio di immediatezza in quanto "viene introdotto un filtro tra coloro che sono interessati alla dimostrazione e la fonte di prova".

⁸⁰ Tale è l'impostazione seguita da M. DEGANELLO, *Voce Oralità*, cit., p. 18 s.

divenire piena prova in dibattimento, non esaurendo la loro funzione nelle “determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale” (art. 326) come accade per i normali atti d'indagine. Gli atti individuati nell'art. 431 infatti hanno delle caratteristiche peculiari: si tratta di atti che in origine sono connotati dell'elemento dell'irripetibilità. Tale ipotesi si ricollega ad uno dei casi che l'art. 111 comma 5° della Costituzione individua come eccezione alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti; precisamente si fa qui riferimento alla “accertata “impossibilità di natura oggettiva”. L'impossibilità oggettiva di realizzare il contraddittorio è una “delle possibili ragioni per rinunciare alla formazione dialettica della prova”⁸¹. La nozione di “atti non ripetibili”, contenuta nell'art. 431, trova corrispondenza nell'oggettiva impossibilità di realizzare il contraddittorio, che ne giustifica alcune compressioni⁸². L'irripetibilità è qui un'irripetibilità originaria⁸³, ed è essa che permette agli atti di entrare in dibattimento e divenire prova tramite la lettura.

b) Art. 512 c.p.p. – lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione

La situazione considerata nell'art. 511 è diversa da quella dell'art. 512; in quest'ultimo caso infatti si fa riferimento all'ipotesi in cui la ammissibilità della lettura deriva da una impossibilità di ripetere l'atto in dibattimento che non è però originaria, ma sopraggiunta successivamente, dopo che l'atto è stato compiuto. Si tratta, precisamente, di “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”; atti che sono quindi contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e che non dovrebbero contribuire a

⁸¹ C. CESARI, *Giusto processo, contraddittorio e irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, f. 1, p. 59.

⁸² C. CESARI, *Giusto processo, contraddittorio e irripetibilità*, cit., p. 61 s. Nell'articolo si sottolinea anche come la disposizione costituzionale contempra qualcosa in più rispetto a quella codicistica: nella prima infatti, il comma 5° dell'articolo 111, richiede che sia dimostrata l'effettiva impossibilità di realizzare il contraddittorio e che tale causa abbia natura oggettiva.

⁸³ C. CESARI, *Art. 511*, cit., p. 2303.

formare la conoscenza del giudice dibattimentale. Gli atti contenuti in tale fascicolo avrebbero dovuto esaurire la loro funzione al termine delle indagini, lasciando spazio all'assunzione della prova nella sede che le è propria. Tuttavia, “per fatti o circostanze imprevedibili”⁸⁴ nel momento in cui si l'atto è stato formato, non è possibile percorrere la normale via che vede la prova formarsi nella dialettica dibattimentale.

Nelle pronunce della Corte Costituzionale all'inizio degli anni Novanta, nella norma si era scorto uno strumento per “contemperare il rispetto del metodo orale con l'esigenza di evitare la perdita ai fini della decisione di quanto acquisito prima del dibattimento e divenuto irripetibile in tale sede”⁸⁵. Sull'art. 512 ha avuto un forte impatto la riforma operata con la legge costituzionale n. 2 del 1999, che ammette la rinuncia al contraddittorio solo in ipotesi eccezionali (art. 111 comma 5° della Costituzione). È proprio in questa disposizione eccezionale che si individua il fondamento dell'art. 512⁸⁶.

La norma è stata oggetto di critiche in quanto finisce per trasformare in prova l'atto di indagine⁸⁷, che è invece qualcosa di completamente diverso dalla prova⁸⁸.

⁸⁴ Qualora si fosse potuto prevedere l'irripetibilità è chiaro che la lettura non sarà ammessa, in quanto si sarebbe dovuto procedere all'assunzione della prova nella sede 'protetta' dell'incidente probatorio.

⁸⁵ Sentenza n. 255 del 1992, esaminata nel primo capitolo, § 1.2 *La riforma costituzionale e il nuovo testo dell'articolo 111 della Costituzione*.

⁸⁶ M. CHIAVARIO, *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Legisl. pen.*, 2002, f. 1-2, p. 144. E. MARZADURI, *Tutti i rischi legati all'attuazione dei principi*, in *Guida dir.*, 1999, f. 9, p. 40, il quale però richiede prudenza nell'ammettere in dibattimento dichiarazioni rese nelle indagini sul presupposto della assoluta impossibilità della loro assunzione, in quanto “si tratta di elementi probatori formati da un soggetto processuale che è inevitabilmente condizionato dall'ipotesi accusatoria a cui sta lavorando”.

⁸⁷ Si fa riferimento alle opinioni di G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. Giust.*, 2001, f. 6, p. 1138 s, ma v. anche G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. Pen.*, 2002, f. 3, p. 1184, seppur in una diversa prospettiva rispetto a quella di Giostra riguardo gli atti d'indagine.

⁸⁸ Nonostante l'opinione prevalente che distingue gli atti di indagine dalle prove (“gli atti d'indagine sono sideralmente distanti dalle prove” Giostra), G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, cit., p. 1182, ritiene invece possibile attribuire anche ai primi la qualifica di prova, in quanto prova non è solo ciò che si forma in contraddittorio: così dicendo, secondo l'Autore, si finisce per confondere il concetto di 'prova' con la modalità di acquisizione. Si può obiettare all'opinione dell'Autore che gli atti di indagine si inseriscono all'interno dell'indagine preliminare che, ai sensi dell'art. 326, è una fase nella quale il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono le “indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale”: si tratta allora di atti che sono destinati ad esaurire la loro funzione al termine delle indagini, nel momento in cui si è deciso in ordine all'esercizio dell'azione.

Secondo questa critica non si può accogliere in giudizio un atto di indagine sul presupposto dell'impossibilità di ripetizione: si finisce così per seguire la filosofia del "meglio di niente"⁸⁹, per la quale ciò che importa è avere delle conoscenze sulle quali il giudice possa fondare la sua decisione; se poi non è possibile acquisirle nel dibattimento ci si potrà 'accontentare' dei dati provenienti dalle indagini. La conseguenza è la riduzione del contraddittorio ad una "mera replica in forma dialettica dell'acquisizione preprocessuale", finendo così per accogliere il principio di "non dispersione dei mezzi di prova"⁹⁰. Quello che preme all'Autore di tale critica è assicurare la coerenza e la linearità del sistema, che può essere realizzata solo restituendo al contraddittorio la centralità che gli spetta⁹¹. Se tali considerazioni sono condivisibili bisogna però considerare anche un altro aspetto, evidenziato da coloro che esaltano la tenuta costituzionale della disposizione: la norma dell'art. 512 si inserisce in una parentesi di eccezionalità rispetto alla regola della formazione della prova in dibattimento, eccezionalità derivante proprio dalla sopraggiunta impossibilità di ripetizione⁹². Sulla base di tale caratteristica è stato sostenuto che l'impossibilità oggettiva di realizzare il contraddittorio sia una "possibile ragione per rinunciare alla formazione dialettica della prova"⁹³ e che la nozione di 'sopravvenuta impossibilità di ripetizione' (art. 512), trovi corrispondenza nell'oggettiva impossibilità di realizzare il contraddittorio per la prova, "che costituisce parametro di legittimità di alcune sue possibili compressioni"⁹⁴. Secondo tale diversa considerazione il problema del possibile aggiramento dei limiti

⁸⁹ G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1139.

⁹⁰ G. GIOSTRA, *op. loc. cit.*

⁹¹ Tale è l'auspicio che G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1140, rivolge al legislatore..

⁹² Il termine "ripetizione", usato nel codice, finisce, secondo G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., p. 1135, per ridurre la prova ad un 'remake' dell'atto di indagine. Anche C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 70, ritiene che l'espressione sia fuorviante, perché finisce per sostenere l'idea della parificazione tra atto di indagine e mezzo di prova.

⁹³ C. CESARI, *Giusto processo, contraddittorio ed irripetibilità*, cit., p. 59.

⁹⁴ C. CESARI, *Giusto processo, contraddittorio e irripetibilità*, cit., p. 61. Per evitare equivoci derivanti da un possibile recupero del vecchio principio di 'non dispersione', l'Autrice precisa anche (*op. cit.*, p. 59) che le norme dove si fa riferimento all'irripetibilità per giustificare l'ingresso in giudizio di elementi propri delle indagini, "non costituiscono espressione di una regola generale (il cosiddetto principio di non dispersione dei mezzi di prova), ma si limitano a trasporre nel codice un'eccezione, anch'essa costituzionalizzata accanto alla regola.

costituzionali alla deroga non si pone: la norma dell'art. 512, subordinando la lettura all'impossibilità sopraggiunta e imprevedibile di assumere la prova in dibattimento, implicitamente sollecita le parti ad attivarsi con “il massimo sforzo ragionevolmente esigibile” per realizzare il contraddittorio con le forme dell'incidente probatorio⁹⁵. In questo modo, si è affermato, si contiene al massimo l'ipotesi di deroga e, di conseguenza, si ribadisce la natura del contraddittorio di principio fondante il processo penale.

Dall'esame delle due disposizioni (artt. 511 e 512) si nota come i problemi di compatibilità tra questa seconda norma e i caratteri del processo penale, soprattutto a seguito della riforma del 'giusto processo', siano piuttosto consistenti. Prima di tutto si pongono con riferimento al presupposto della lettura: l'irripetibilità sopravvenuta. Cosa si intende con questo termine? L'impossibilità deve essere accertata ed essere “oggettivamente riscontrabile”⁹⁶, quindi non deve attenersi a cause dipendenti dalla volontà di un soggetto; è un'impossibilità che però prescinde dal tipo di atto, essendo sufficiente che dipenda da fattori che sopraggiungono successivamente al compimento dell'atto stesso. Si nota come mentre la norma costituzionale individui tra le eccezioni al contraddittorio “l'assoluta⁹⁷ impossibilità di natura oggettiva”, il codice richieda un requisito ulteriore nell'articolo in esame, l'impossibilità di realizzare il contraddittorio deve avere carattere imprevedibile; in questo modo, si è affermato, “si contribuisce al suo carattere oggettivo e, indirettamente, al contraddittorio”⁹⁸. Esempi classici dell'impossibilità di ripetizione che permette la lettura sono la morte o l'accertata

⁹⁵ C. CESARI, *Giusto processo, contraddittorio ed irripetibilità*, cit., p. 63.

⁹⁶ F. M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, cit., p. 245.

⁹⁷ Nel codice non si fa riferimento al requisito dell'assolutezza, ma si è sostenuto che l'irripetibilità di cui parla l'articolo 512 sia un'irripetibilità assoluta (così C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, cit., p. 126.); ciò contribuisce a rendere coerente il dettato codicistico con il disposto del comma 5° dell'art. 111 Costituzione: trattandosi di ipotesi eccezionali è necessario ridurre al minimo l'area di operatività dell'eccezione.

⁹⁸ F. M. GRIFANTINI, *op. loc. cit.*, sostiene che la norma vieti all'accusatore di preconstituire gli atti da utilizzare, evitando così che un comportamento scorretto dell'accusa tolga la possibilità di contraddire nella formazione della prova, ricorrendo, di fronte al pericolo di dispersione, al compimento di un atto unilaterale.

irriperibilità del teste⁹⁹, ma la giurisprudenza ha esteso la portata della norma anche a tutti quei casi in cui non è possibile assumere la dichiarazione a causa delle particolari condizioni in cui versa il dichiarante¹⁰⁰. Ovviamente è necessario che la valutazione della non ripetibilità dell'atto o delle dichiarazioni sia ispirata a criteri di rigore e di logicità¹⁰¹, in modo da ridurre al minimo la deroga ai principi cardine del processo. Il fatto che il concetto di irriperibilità non sia stato definito a priori dal legislatore comporta l'impossibilità di individuare *ex ante* categorie di atti dei quali si saprà con certezza la ammissibilità della lettura¹⁰²: il rischio è allora che l'impossibilità sia utilizzata come pretesto¹⁰³ per l'ingresso in dibattimento dei risultati delle indagini, a causa anche dell'ampiezza e dell'elasticità di criteri come 'imprevedibilità' e 'impossibilità'.

Se, dal punto di vista interno, è stata salvata la compatibilità costituzionale della norma, i maggiori dubbi si riscontrano nel rapportare l'art. 512 alla Convenzione

⁹⁹ In proposito, Cass., Sez. Un., 23 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. Pen.*, 2004, f. 1, p. 33, ha precisato che l'irriperibilità non debba essere solo imprevedibile, ma anche non dipendente da una libera scelta del dichiarante, circostanza che si verificherebbe nel caso in cui questi, regolarmente citato, faccia perdere le sue tracce.

¹⁰⁰ Un caso è quello considerato in Cass., 25 settembre 2000, Galliera, in *Cass. Pen.*, 2002, f. 2, p. 614, dove l'impossibilità di ripetizione è stata individuata nella situazione di grave stress nella quale si trovava il minore, vittima di violenze sessuali, che si sarebbe aggravata qualora la vittima fosse stata costretta a ripercorrere gli abusi subiti, tramite la deposizione in dibattimento. Qui non c'era uno stato psichico che impediva materialmente di escutere il teste in dibattimento, ma la Corte ha comunque ritenuta corretta la lettura che il giudice d'Appello ha dato dell'art. 512: lo stato morboso, si legge nella sentenza, configura una impossibilità di ripetizione degli atti con conseguente possibilità di lettura ai sensi dell'art. 512. Infatti non si deve limitare l'ambito applicativo della norma ai casi di non praticabilità *materiale* di reiterazione dell'atto (caso di morte o irriperibilità accertata del teste), ma si deve estendere "a tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni del soggetto che lo rendono non più escutibile". La Corte ha qui voluto temperare l'esigenza di rispetto delle norme processuali con la tutela di un bene giuridico del testimone.

¹⁰¹ C. CESARI, *Art. 512*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2015, p. 2817.

¹⁰² D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 176, ritiene sarebbe stato più corretto indicare analiticamente le ipotesi di impossibilità che giustificano la lettura, in questo modo "accettare il sacrificio del contraddittorio sarebbe stato meno difficile oltre che meno rischioso" e soprattutto non si sarebbe lasciata aperta la via a possibili interpretazioni estensive della categoria.

¹⁰³ G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., CEDAM, Padova, 2014, p. 856.

europea dei diritti dell'uomo, in particolare all'art. 6 paragrafo 3 lett. d)¹⁰⁴. Da qui è nata l'esigenza di dare alla norma un'interpretazione che sia coerente anche con i parametri sovranazionali, per cui è necessario che la dichiarazione acquisita ai sensi dell'art. 512 trovi “conforto, per sostenere l'accusa, in ulteriori elementi individuati dal giudice nelle risultanze processuali”¹⁰⁵.

L'incidente probatorio come deroga all'immediatezza. Compatibilità dell'istituto con i caratteri del processo penale

Il codice del 1989 ha previsto, all'art. 392, una serie di casi in cui si ammette la possibile assunzione anticipata della prova nel corso delle indagini – poi estesa, tramite la sentenza della Corte Costituzionale n. 77 del 1994, anche all'udienza preliminare - con le modalità previste per il dibattimento, a fronte del richiamo che l'art. 401 fa alle disposizioni che regolano l'assunzione delle prove nel giudizio. I verbali degli atti effettuati nell'incidente probatorio verranno poi inseriti nel fascicolo per il dibattimento e letti ai sensi dell'art. 511. La *ratio* originaria dell'istituto si basava sulla impossibilità di attendere l'assunzione dell'atto in dibattimento¹⁰⁶; dato il suo carattere derogatorio alle

¹⁰⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, in *Cass. pen.*, 2006, f. 9, p. 2987, dove la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 6 paragrafo 3 lettera d) della Convenzione, “qualora una condanna si fondi esclusivamente o in misura determinante, sulle dichiarazioni di uno più testimoni che la difesa non ha avuto l'occasione di contro-interrogare nel corso delle indagini preliminari o durante il pubblico dibattimento”. Anche in Corte europea diritti dell'uomo, 19 ottobre 2006, Majaddallah c. Italia, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 47, p. 124, la Corte ha affermato che il principio per cui gli elementi di prova devono formarsi in udienza pubblica nel contraddittorio tra le parti ammette delle eccezioni, purché all'accusato sia riconosciuta la possibilità di interrogare l'accusatore. “Il diritto di difesa è invece violato quando una condanna sia fondata unicamente o in modo determinante, su deposizioni rese da una persona che l'accusato non ha potuto interrogare o far interrogare né durante le indagini né durante il dibattimento”. Corte europea diritti dell'uomo, 14 dicembre 1999, A. M. contro Italia, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2484, dove è stata anche qui riconosciuta la violazione dell'articolo 6 della Convenzione “quando la condanna si basa unicamente o in misura determinante sulle deposizioni di un testimone che l'imputato, né nella fase dell'istruttoria né durante il dibattimento, ha avuto la possibilità di interrogare o far interrogare”.

¹⁰⁵ Così Cass., 26 marzo 2010, T.R., in *Cass. pen.*, 2011, f. 1, p. 276.

¹⁰⁶ L'istituto contemplava in origine quattro situazioni tipiche che comportavano la non rinviabilità al dibattimento: 1) quando vi era fondato motivo di ritenere che la persona non potesse essere esaminata in dibattimento per infermità o altro grave impedimento; 2) quando, per elementi concreti e specifici,

regole del processo accusatorio, si tendeva, come sottolineato dalla Relazione al Progetto preliminare del codice, a limitare al massimo il ricorso alla procedura incidentale, confinandola nell'area dell'eccezionalità, allo scopo di tutelare una “fisiologica esigenza di non dispersione dell'elemento di prova”¹⁰⁷. L'iniziale fisionomia dell'istituto si è però sgretolata a seguito di vari interventi legislativi, avviati con la legge n. 66 del 1996 e continuati negli anni seguenti, fino all'ultimo, nel 2012, che hanno ampliato i casi in cui è ammesso ricorrere alla procedura anticipata di assunzione della prova, uscendo dalla *ratio* che era inizialmente alla base dello stesso. Il motivo dell'intervento è da cogliere in connessione all'emergere di quella che è stata definita la “gigantesca istruzione sommaria”¹⁰⁸ che aveva esautorato il ruolo del dibattimento, consentendo il pieno ingresso di molti degli atti delle indagini. Così era divenuto poco vantaggioso per il pubblico ministero chiedere il ricorso alla procedura incidentale, dal momento che egli avrebbe potuto contare sul recupero degli atti da lui formati in segreto nel corso delle indagini, atti privi delle analoghe garanzie che avrebbero dovuto assistere quelli dibattimentali¹⁰⁹. Per porre un freno a tale pratica e tentare così di riequilibrare la posizione di accusa e difesa, si è voluto fare in modo che anche quest'ultima avesse la possibilità di acquisire prove nella fase prodromica al giudizio¹¹⁰;

vi era fondato motivo di ritenere che la persona fosse esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità per non deporre o deporre il falso; 3) quando la prova riguardasse una persona o una cosa il cui stato era soggetto a modificazione non evitabile; 4) quando particolari ragioni d'urgenza non consentissero di rinviare l'atto al dibattimento.

¹⁰⁷ G. DI CHIARA, Voce *Incidente probatorio*, in *Enc. dir., Agg.*, Vol. VI, 2002, p. 547.

¹⁰⁸ Termine coniato da L. PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. Giust.*, 1993, p. 244.

¹⁰⁹ Come sottolineato da G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, f. 3, p. 662, il ricorso alla procedura incidentale era molto raro, avendo il pubblico ministero la possibilità di ricorrere a degli espedienti per fare il modo che l'atto acquisito nelle indagini entrasse in dibattimento: uno, ad esempio, consisteva nel delegare l'atto ad un ufficiale di polizia giudiziaria, che poi sarebbe stato citato in dibattimento per deporre sull'atto (operazione consentita fino a che la legge n. 63 del 2001 non ha vietato la testimonianza indiretta per gli ufficiali di polizia giudiziaria sul contenuto delle dichiarazioni da loro raccolte unilateralmente).

¹¹⁰ Questo è uno degli errori nei quali, secondo D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 63 s., il legislatore è incorso e che ha contribuito alla perdita, da parte dell'incidente probatorio, della sua originaria fisionomia; “l'errore sta nell'aver continuato a disseminare il territorio processuale di 'mine vaganti' invece di neutralizzare quelle già emesse, capaci di scardinare l'intero sistema”. Così invece di recuperare la centralità del dibattimento, come luogo privilegiato per l'assunzione della prova, si sono ampliate le ipotesi di acquisizione anticipata della stessa.

si è deciso di far leva sull'ampliamento delle ipotesi di incidente probatorio, credendo, erroneamente, di recuperare la "cultura della prova"¹¹¹. In questo modo si è accolta l'ottica del "male minore"¹¹², preferendo sacrificare l'immediatezza in cambio del recupero del contraddittorio¹¹³; sacrificio che, si diceva, fosse tollerabile al fine di evitare che la decisione si basasse unicamente su atti acquisiti nel segreto delle indagini. Tali interventi hanno dato l'avvio ad una serie di altre riforme che hanno portato l'istituto fuori dall'originaria caratteristica, tanto da far apparire quasi "patetico"¹¹⁴ lo scrupolo del legislatore delegato che lo aveva disciplinato nell'intento di evitare che "l'uso esorbitasse dall'eccezionalità"¹¹⁵.

Viene quindi da chiedersi se si possa ancora parlare di un incidente probatorio limitato alle situazioni di indifferibilità dell'assunzione probatoria e, soprattutto, se l'istituto, così modificato, sia ancora compatibile con le caratteristiche del processo individuate dal codice e, a livello più elevato, dalla Costituzione, in particolare dopo la riforma del 1999. Al primo interrogativo si può dare subito una risposta negativa che emerge leggendo l'attuale formulazione dell'art. 392: non si hanno solo ipotesi che trovano la loro giustificazione nell'impossibilità di rimandare l'assunzione della prova al dibattimento, ma vari casi che si rifanno anche ad interessi extraprocessuali, come quello previsto dall'art. 392 comma 1° *bis*¹¹⁶. Una delle critiche che è stata mossa all'attuale fisionomia dell'istituto è di contenere in sé una varietà di ipotesi disomogenee,

¹¹¹ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 66.

¹¹² G. DI CHIARA, *Voce Incidente probatorio*, cit., p. 552.

¹¹³ Una proposta di riforma dell'istituto era stata avanzata da P. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 425 s., che auspicava un ampliamento delle ipotesi di incidente probatorio, oltre le ipotesi originariamente previste (purché, precisa, l'atto fosse 'rilevante' o 'decisivo' ai fini del rinvio a giudizio o dell'archiviazione): in questo modo, sostiene Ferrua, non si sarebbe più ammessa l'indiscriminata acquisizione degli atti d'indagine, ma la prova sarebbe stata tutelata tramite l'assunzione nella sede protetta. Così facendo sarebbe stato inevitabile "concedere qualcosa sul terreno dell'oralità", ma sicuramente sarebbe stato assicurato il fine di tutelare il contraddittorio.

¹¹⁴ G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, cit., p. 661.

¹¹⁵ Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988.

¹¹⁶ Si fa qui riferimento ad ipotesi in cui l'incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza viene sganciato dagli ordinari presupposti di cui alle lettere a) e b) del medesimo art. 392 comma 1°, vedi *infra* capitolo terzo, § 3.2, *l'assunzione della testimonianza dei minori in incidente probatorio*.

prive di una ratio unitaria che le unisca¹¹⁷, tanto da potersi parlare di “incidente probatorio *ad nutum*”¹¹⁸.

Per quanto riguarda l'altro dubbio, riguardante la compatibilità dell'istituto con le caratteristiche del processo penale, si può affermare che estendere l'incidente probatorio oltre i casi che rientravano nell'originaria *ratio*, comporta un inevitabile spostamento del baricentro del processo dal giudizio alla fase delle indagini, così scardinando uno degli elementi chiave del sistema accusatorio. Vi è stato chi, nell'insieme degli interventi legislativi che si sono succeduti sull'art. 392, ha scorto un elemento che è riuscito a dare nuova vita ad un istituto che ormai si era atrofizzato con la svolta inquisitoria del 1992, plaudendo così al carattere poliedrico dell'incidente probatorio¹¹⁹. Non vi è dubbio però che, tramite le numerose modifiche alle quali il meccanismo è stato sottoposto, la *ratio* originaria si sia persa e la norma abbia finito per comprendere una serie di casi disomogenei tra loro che consentono di anticipare in nome di svariate esigenze l'assunzione della prova alla fase delle indagini o, anche, a quella dell'udienza preliminare, di fatto frustrando quella regola, ormai di fondamento costituzionale, per cui la prova deve formarsi nel contraddittorio tra le parti. I sostenitori dell'ampliamento dei casi di incidente probatorio obiettano che il principio del contraddittorio viene rispettato nella procedura incidentale, anzi, la principale caratteristica di questa, e che vale ad assicurare la genuinità delle risultanze probatorie acquisite, è proprio il rispetto del principio del contraddittorio che si realizza attraverso l'istituto in esame: la fase dibattimentale dedicata all'assunzione della prova viene anticipata, con tutte le sue proprie caratteristiche, a un momento precedente. Di fatto è vero che la prova, nell'incidente, si forma attraverso il confronto dialettico tra le parti e che si richiamano nell'art. 401 comma 5° le “forme stabilite per il dibattimento”, ma il nodo da sciogliere è capire se vi sia una piena compatibilità tra contraddittorio incidentale e quello che si realizza nel dibattimento.

¹¹⁷ S. SAU, *L'incidente probatorio*, CEDAM, Padova, 2001, p. 347.

¹¹⁸ P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, f. 3, 2011, p. 1022.

¹¹⁹ Così G. DI CHIARA, *Voce Incidente probatorio*, cit., p. 546.

Riprendendo quanto appena affermato, nell'incidente probatorio la prova si forma nel confronto dialettico tra accusa e difesa, dinanzi al giudice; si tratta però del giudice per le indagini preliminari, un soggetto diverso da quello che poi, eventualmente, acquisirà la guida del dibattimento e soprattutto sarà chiamato ad emettere la decisione. Quello che nell'incidente probatorio viene sacrificato è il principio di immediatezza, inteso come necessario contatto tra il giudice e le prove e necessaria identità tra colui che assiste all'assunzione probatoria e chi sarà poi chiamato ad emettere la sentenza. Sostenendo il riformismo che ha preso avvio dal 1996 come reazione all'opera della Corte Costituzionale, la dottrina aveva incoraggiato il sacrificio dell'immediatezza, purché fosse servito per salvare il principio che ormai stava venendo meno, il contraddittorio. Si potrebbe poi aggiungere che il sacrificio dell'immediatezza è temperato dalla possibilità di assumere in dibattimento la prova, qualora la situazione di non rinviabilità non si sia, nel concreto, verificata; tuttavia il verbale dell'atto acquisito nell'incidente probatorio verrà comunque conosciuto dal giudice dibattimentale, a causa del suo inserimento nel fascicolo destinato a tale fase: da qui il rischio che il giudice venga influenzato, nella sua decisione, da un atto acquisito in una fase alla quale egli non ha preso parte¹²⁰ e dove, nonostante tutte le cautele che circondano la procedura incidentale, mancano alcune delle garanzie tipiche del dibattimento, prima tra tutte la pubblicità, ma anche, la conoscenza da parte della difesa, al di fuori dei casi previsti dall'art. 392 comma 1° *bis*, di tutti gli atti d'indagine effettuati fino al momento in cui si procede all'assunzione della prova a norma dell'art. 392.

La dottrina che afferma la legittimità dell'allargamento delle maglie dell'istituto, muove dalla considerazione che i principi del contraddittorio e dell'immediatezza debbano rimanere distinti e che possano realizzarsi l'uno a prescindere dall'altro¹²¹. In questa ottica la procedura incidentale permette di acquisire la prova con le stesse

¹²⁰ Anche nell'ipotesi in cui siano inseriti verbali contenenti dichiarazioni, per i quali l'art. 511 comma 2° prevede la subordinazione della lettura rispetto all'escussione orale del dichiarante, comunque il giudice ha la possibilità di conoscere il contenuto dell'atto assunto nell'incidente probatorio.

¹²¹ V. GREVI, *Processo penale, giusto processo e revisione costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 3321 s., ritiene che non sia realisticamente possibile realizzare sempre il contraddittorio nell'oralità e nell'immediatezza della fase dibattimentale, così il funzionamento dei principi processuali potrebbe essere assicurato da "forme di contraddittorio anticipato".

modalità che sarebbero assicurate in dibattimento¹²² e con il vantaggio di valorizzare le “istanze di celerità”¹²³. La maggior parte della dottrina che, soprattutto prima della modifica costituzionale nel 1999, riteneva necessario un incremento delle ipotesi di incidente probatorio basava le proprie considerazioni sulla necessità di tutelare il contraddittorio contro le spinte inquisitorie che provenivano dalla Corte Costituzionale; l'estensione dell'incidente probatorio, si affermava, avrebbe attuato un “compromesso con le esigenze di non dispersione”¹²⁴ - si nota, in questa affermazione, l'influenza che su di essa hanno le sentenze degli anni Novanta ad opera della Corte -. Nell'incidente probatorio veniva individuata una possibile soluzione a quello che già allora si presentava come un problema nel processo penale: i lunghi tempi delle indagini e soprattutto lo scarto temporale tra il fatto di reato e il dibattimento; quando quest'ultimo è celebrato a lunga distanza dal fatto, si affermava, “la prova che vi si forma è quasi sempre un'artificiosa parodia”¹²⁵. La premessa che sta alla base di tale dottrina è l'impossibilità di ridurre l'arco temporale tra fatto e dibattimento, quindi, non potendo fare ciò, si deve rinunciare all'idea che tutte le prove debbano formarsi in tale fase¹²⁶ e accontentarsi di un contraddittorio privo di immediatezza: la soluzione sarà quindi l'allargamento delle ipotesi che permettono di accedere all'incidente probatorio¹²⁷.

¹²² Così C. CESARI, *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea diritti dell'uomo*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2003, f. 4, p. 1456, che sostiene l'equivalenza tra la dialettica dibattimentale e quella che si realizza nell'incidente probatorio, con l'unica differenza della mancanza, nel secondo, dell'immediatezza e della pubblicità, senza però che si rinunci al metodo del contraddittorio.

¹²³ R. E. KOSTORIS, *Solo un incremento dell'incidente probatorio può attenuare le contraddizioni del rito penale*, in *Guida dir.*, 2001, f. 24, p. 11.

¹²⁴ P. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., p. 431.

¹²⁵ Considerazione di G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, cit., p. 666.

¹²⁶ G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, cit., p. 668 s., nella prospettiva di recupero della centralità del contraddittorio, sostiene la possibilità di liberalizzare l'accesso all'incidente probatorio, rinunciando così a “perseguire ad ogni costo l'oralità-immediatezza”, ma assicurando la formazione della prova nel contraddittorio. Il sacrificio dell'immediatezza, potrebbe comunque, nell'impostazione qui prospettata, essere limitato: l'Autore dà alcune possibili soluzioni, come il ricorso alla videoregistrazione, fino al tentativo di istituire un giudice 'per la prova' predibattimentale, che sia anche giudice per il dibattimento.

¹²⁷ Così anche D. SIRACUSANO, *Urge recuperare l'oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, f. 5, p. 527, che ritiene “preferibile un contraddittorio senza immediatezza, proprio dell'incidente probatorio, al posto di un contraddittorio sorretto dall'immediatezza, ma mortificato nei 'ricordi' ormai sbiaditi dal tempo”. M. NOBILI, *Progetto di un nuovo codice di procedura penale per la Repubblica di san Marino*, in *Alma mater studiorum*, Bologna, 1992, Vol. V, p. 194 s., predispone un progetto di codice per la Repubblica di san Marino, caratterizzato da un'unica fase processuale che inizia con la notizia di reato

Anche di recente, dopo la riforma costituzionale sul 'giusto processo', la dottrina ha continuato a sostenere la necessità di estendere l'incidente probatorio, allargando la possibilità di accedervi, anche oltre i confini delineati dall'art. 392¹²⁸, al fine di superare alcuni punti di criticità del sistema processuale, come, ad esempio, il difficile rapporto tra i principi processuali e la “ragionevole durata”¹²⁹. L'esperienza dell'incidente probatorio allargato avrebbe dovuto trovare il suo termine dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione, ma ormai l'istituto aveva del tutto perso i suoi connotati iniziali ed era stato modellato dal legislatore per le ragioni più diverse, di natura non solo processuale, ma anche extraprocessuale¹³⁰ (si pensi all'obiettivo di evitare il fenomeno della c.d. “vittimizzazione secondaria”, che sottende all'ipotesi prevista nell'art. 392 comma 1° *bis*).

Al fine di valutare se effettivamente il contraddittorio si attui nell'incidente probatorio con le stesse caratteristiche che assume in dibattimento è necessario spostare

e si conclude con la sentenza. Si ha quindi l'“intervento anticipato delle tre funzioni fondamentali: accusatore, giudice e difesa”, salvaguardando così il principio di immediatezza, ma anche criteri di economia (in quanto non vi saranno inutili ripetizioni probatorie) e soprattutto si assicurerà la genuinità delle conoscenze introdotte nel processo, in quanto la sentenza non verrà emessa in un tempo molto lontano dal verificarsi dei fatti.

¹²⁸ Si veda R. E. KOSTORIS, *Solo un incremento dell'incidente probatorio*, cit., p. 11, secondo il quale “il principio del contraddittorio resterebbe comunque assicurato, senza l'esigenza di passare necessariamente al dibattimento”. Così anche V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di giusto processo*, in *Pol. dir.*, 2000, f. 3, p. 439 s., analizzando i problemi di tenuta del sistema che si potevano formare all'indomani della riforma costituzionale, ha affermato la possibilità di “far prevalere l'esigenza del contraddittorio sui valori dell'oralità e dell'immediatezza, dilatando in modo cospicuo il ventaglio delle possibilità di acquisizione della prova in forma di contraddittorio anticipato. Il che potrebbe avvenire [...] attraverso un'estensione dell'istituto dell'incidente probatorio, ben oltre gli attuali limiti”. Lo stesso autore sottolinea però i rischi che una tale qualificazione del processo può comportare, prima di tutti la dilatazione dell'area del processo scritto, a scapito di quello orale.

¹²⁹ Così V. GREVI, *Spunti problematici*, cit., p. 440, “sarebbe sicuramente un bilancio fallimentare quello di un processo che, sulla carta, risultasse costruito nell'ossequio di ogni possibile garanzia oggettiva e soggettiva, ma che proprio perciò (a causa dei correlativi rallentamenti del percorso procedurale) non riuscisse in concreto ad assicurare effettività entro tempi ragionevoli al proprio risultato istituzionale rappresentato dall'accertamento dei fatti e delle responsabilità”.

¹³⁰ Questa l'opinione di P. RENON, *Casi di assunzione anticipata della prova*, espressa nel corso del convegno svoltosi a Ferrara il 22 maggio 2015, avente come tematica le “erosioni del contraddittorio” e, nello specifico, per il tema che qui interessa, i casi di assunzione anticipata della prova e la loro incidenza sul principio.

L'analisi in un'ottica più ampia, valutando il rapporto che sussiste tra i due principi che qui vengono in rilievo: contraddittorio e immediatezza.

... conclusione: rapporto tra principio del contraddittorio e principio di immediatezza.

La prevalente dottrina ritiene i due principi diversi e possibili di realizzarsi l'uno senza l'altro, o meglio, il contraddittorio può essere assicurato indipendentemente dall'immediatezza, non essendone quest'ultima un requisito indefettibile, ma solo qualcosa che “esalta l'efficacia maieutica del contraddittorio”¹³¹. I due principi quindi non devono essere confusi, né sul piano concettuale né in quello normativo¹³², essendoci infatti delle ipotesi in cui vi è il contraddittorio, pur senza l'immediatezza. Uno di questi casi è proprio, secondo tale dottrina, la situazione considerata nell'art. 392; ma si fa riferimento anche all'art. 238¹³³.

¹³¹ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VII, 2001, p. 7.

¹³² P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 52 s, sottolinea l'errore nel tentativo di individuare nell'art. 111 la costituzionalizzazione del principio di immediatezza: secondo l'autore, la formulazione dell'art. 111 comma 4° lascia intendere che “la garanzia del contraddittorio possa ritenersi soddisfatta anche quando il suddetto ‘interrogatorio’ sia avvenuto in una sede diversa da quella dibattimentale e comunque non avanti al giudice chiamato alla decisione”; da qui un'ulteriore conferma, secondo l'autore, dell'esistenza del contraddittorio non connotato dell'immediatezza. G. ILLUMINATI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e contraddittorio*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale, tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 56 s., sostiene la non coincidenza delle nozioni di contraddittorio e oralità-immediatezza, potendo i due concetti realizzarsi l'uno senza l'altro, ma, mentre la realizzazione dell'oralità senza contraddittorio è un'ipotesi per lo più teorica, è possibile, nella prospettiva qui presentata, che il contraddittorio si realizzi nella formazione della prova, senza l'oralità e come esempio viene addotta proprio l'ipotesi di incidente probatorio, scelta spesso obbligata che permette, sacrificando l'oralità, di “tenere fermo il contraddittorio”. Ma la possibilità di realizzare il contraddittorio senza l'immediatezza viene prospettata da tutti quegli autori (Ferrua, Grevi) che hanno sostenuto la necessità di ampliare i casi di incidente probatorio, sicuri della tenuta del principio del contraddittorio, pur nel sacrificio dell'immediatezza; così facendo, implicitamente, riconoscono la netta distinzione che intercorre tra i due principi.

¹³³ Norma che permette l'acquisizione di prove di altri procedimenti, nella quale il contraddittorio che viene assicurato è un contraddittorio sulla prova 'allogena', G. GIOSTRA, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 391 del 1998 della Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 1999, f. 2, p. 198.

Tuttavia, se, il principio del contraddittorio postula necessariamente “un rapporto triadico”¹³⁴, perché la dialettica tra le parti deve esplicarsi di fronte al giudice, non potrà trattarsi di un giudice qualsiasi, ma dello stesso giudice che, avendo assistito alla formazione della prova, dovrà poi emettere la decisione, sulla base di quelle che sono state le risultanze dibattimentali. Se si dà alle parti la possibilità di controvertere in ordine ad un elemento di prova, ma allo stesso tempo non si assicura l'identità tra il giudice che ha assistito alla formazione di quella prova e il soggetto che poi deciderà sul fatto, mancando l'immediatezza il principio del contraddittorio perde gran parte del suo significato¹³⁵; non si tratterà più di un contraddittorio pieno, ma di un principio vuoto che rimane solo sulla carta, senza trovare attuazione nelle aule processuali. È vero che nella Costituzione non vi è alcun esplicito richiamo al principio di oralità-immediatezza, nonostante una dottrina ne individui il fondamento nel terzo comma dell'art. 111, precisamente nella facoltà della persona accusata di “interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico” davanti al giudice – il giudice al quale si fa qui rimando sarebbe il giudice del dibattimento¹³⁶ -, tuttavia l'importanza di tale principio emerge già dalla stessa legge delega n. del 1987, art. 2, dove si indica al legislatore il compito di “attuare nel processo i caratteri del sistema accusatorio”, dei quali fanno parte anche l'oralità-immediatezza. Una conferma della centralità che assume nel sistema il principio di immediatezza è data dalla norma dell'art. 525 comma 2°, dove a pena di nullità assoluta si impone la necessaria identità tra il giudice che ha partecipato al dibattimento e quello che emette la decisione, tanto da portare poi alla

¹³⁴ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 1.

¹³⁵ Come sottolinea G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1997, f. 3, p. 690.

¹³⁶ Così F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, CEDAM, Padova, 2003, p. 169, “il riferimento letterale davanti 'al giudice' e non davanti ad 'un giudice' rende ragione del fatto che il giudice a cui la norma fa riferimento non può che essere il giudice del processo [...] il giudice innanzi a cui si svolge il contraddittorio è lo stesso di quello che deve emettere la decisione”. L'Autore però non si limita ad affermare la costituzionalizzazione del principio dell'immutabilità del giudice, ma giunge fino a ritenere riconosciuto nell'art. 111 il valore dell'immediatezza, come percezione diretta della prova da parte del giudice che dovrà emettere la decisione.

rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nell'ipotesi di cambiamento dell'organo giudicante¹³⁷.

Il contraddittorio non è quindi indifferente rispetto al contesto nel quale si realizza, ma è strettamente connesso alla fase dibattimentale; sono privi di fondamento quegli argomenti che sostengono la possibilità di realizzazione del contraddittorio anche fuori dal dibattimento, sulla base del fatto che il testo dell'art. 111 comma 4°, sancendo l'affermarsi del principio nella formazione della prova, senza alcun riferimento all'area dibattimentale, “non ne vincola l'attuazione alla fase del giudizio”¹³⁸. Solo nell'immediatezza dell'istruzione dibattimentale si attua la vera efficacia del contraddittorio¹³⁹: il giudice, per poter decidere, deve avere assistito allo scontro dialettico tra accusa e difesa, non potendo questa partecipazione essere sostituita dalla lettura del verbale; quando il giudice del dibattimento si limita a dare lettura degli atti assunti in incidente probatorio non avrà la possibilità di valutare anche tutto quel complesso di elementi che vengono in rilievo quando la prova viene assunta dinanzi a lui nella pubblicità dibattimentale, quali il contegno del dichiarante. Certo, quando si tratterà di prove dichiarative, l'art. 511 comma 2° consente di recuperare il valore dell'immediatezza, tramite la subordinazione della lettura alla escussione della prova in dibattimento, ma questo presuppone innanzitutto che l'escussione sia ancora possibile e soprattutto non elimina, come già in precedenza affermato, il rischio che il giudice sia influenzato dalla prova assunta nel procedimento incidentale, posto che egli può prendere visione degli atti contenuti nel fascicolo ex art. 431.

Non è quindi possibile sacrificare l'immediatezza e, allo stesso tempo, mantenere integro il contraddittorio¹⁴⁰, di conseguenza, il contraddittorio che si realizza in sede di

¹³⁷ Si può quindi ritenere il principio dell'immutabilità del giudice un corollario di quello di immediatezza.

¹³⁸ V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di giusto processo*, cit., p. 439. Anche P. TONINI, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. Pen.*, 1994, f. 8-9, p. 1998 ritiene che il contraddittorio non possa essere “confinato al solo dibattimento”, ma “quando devono essere prese importanti decisioni durante la fase delle indagini [...] deve prevalere il diritto al contraddittorio sul principio di immediatezza, perché quest'ultimo è posto in funzione del primo”.

¹³⁹ G. LOZZI, *op. loc. cit.*

¹⁴⁰ Secondo D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 62, il contraddittorio perde la sua capacità euristica di “principio gnoseologico dell'esperienza processuale”, qualora venga estrapolato dal terreno giudiziale

incidente probatorio non può essere equiparato al contraddittorio “per la prova” di cui parla l'art. 111 comma 4° e che si può realizzare solo in dibattimento, perché solo in quest'ultima fase trova attuazione il principio di immediatezza, principio, quest'ultimo, che, a seguito delle considerazioni fin qui effettuate, si può affermare essere in connessione funzionale con quello del contraddittorio. È evidente che un accesso incondizionato alla procedura incidentale non solo non poteva risolvere il problema della deriva inquisitoria assunta dal processo nel corso degli anni Novanta, ma soprattutto non è ammissibile ad oggi, dopo la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova. Ammettendo la possibilità di derogare senza limiti all'immediatezza, implicitamente si ritiene tale principio un ostacolo alla ricostruzione dei fatti e si rischia di accogliere quella visione del principio propria delle sentenze della Corte Costituzionale del 1992, quando l'oralità era vista come “non veicolo esclusivo di formazione della prova nel dibattimento”, ma come elemento sacrificabile in vista di varie esigenze di “non dispersione”.

Quanti ritengono che il principio del contraddittorio sia assicurato anche nella sede incidentale in quanto sarebbe “garantito il contenuto minimo del diritto di difesa, con la necessaria formazione della prova in contraddittorio”¹⁴¹, mostrano di accogliere solo l'aspetto soggettivo della nozione, che si riferisce al diritto di difesa, dimenticando che il contraddittorio è anche un metodo, anzi “il miglior metodo per la ricostruzione dei fatti”¹⁴². Anche sotto il profilo del contraddittorio come diritto soggettivo si può comunque notare la differenza tra quello che si realizza in dibattimento e quello assicurato nell'incidente probatorio¹⁴³: lo scontro dialettico dovrebbe potersi svolgere sul

e quindi dall'unità di senso che lo stringe al principio dell'oralità-immediatezza. Favorevole all'esistenza di una connessione tra contraddittorio e oralità-immediatezza anche C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, f. 6, p. 755, la quale però finisce per ritenere la deroga all'immediatezza che si realizza nei casi di incidente probatorio una eccezione solo apparente, in quanto “si deroga al metodo dell'immediatezza, ma si persegue lo stesso risultato”: si sottopone al giudice degli elementi probatori utili per l'accertamento del reato.

¹⁴¹ P. MOROSINI, *La formazione della prova per fatti di criminalità organizzata*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, Padova, 2001, p. 225.

¹⁴² P. FERRUA, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.* I, 2004, p. 403.

¹⁴³ Su tal prospettiva P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale, tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2000, p. 124, che ritiene il contraddittorio instaurato in sede incidentale sia “fisiologicamente meno pieno di quello dibattimentale”.

terreno della parità tra le parti e presupposto del contraddittorio è “quello di conoscere compiutamente l'oggetto del contendere”¹⁴⁴; questa situazione però non si verifica quando la prova viene assunta nell'incidente probatorio, dove il pubblico ministero è in una posizione di vantaggio, avendo una conoscenza degli atti d'indagine che invece manca alla difesa¹⁴⁵. Solamente qualora la richiesta sia avanzata nel corso dell'udienza preliminare o si proceda per uno dei delitti indicati nell'art. 392 comma 1° *bis*, per i quali il comma 2° *bis* dell'articolo successivo prevede l'obbligo della totale *discovery* degli atti d'indagine, la difesa disporrà delle conoscenze necessarie per essere in grado di “far sprigionare alla fonte di prova tutte le potenzialità dimostrative a sostegno della propria tesi”¹⁴⁶.

Da tali considerazioni discende una necessaria conseguenza: se l'oralità-immediatezza appartengono al contraddittorio, allora valgono anche per esse la tassatività e la tipicità delle ipotesi derogatorie previste per l'altro principio¹⁴⁷. Su questa prospettiva potrebbe essere effettuata la riforma dell'incidente probatorio ormai da molti richiesta; posto che l'incondizionato sacrificio dell'immediatezza non è accettabile, a meno di non voler ritenere le regole processuali come strumenti all'occorrenza inutili, si dovrebbero individuare dei casi tassativi¹⁴⁸ che, in via eccezionale, permettono di derogare alla regola ordinaria dell'assunzione dibattimentale della prova. Tali ipotesi

¹⁴⁴ G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1966, p. 411.

¹⁴⁵ Nell'incidente probatorio il contraddittorio per la difesa è meramente formale; così G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio*, cit., p. 691. Nella stessa prospettiva anche G. DI CHIARA, *L'incidente probatorio tra “novella” del 1997 e successive turbolenze: la breccia delle dichiarazioni collaborative erga alios*, in *Giur. Cost.*, 1999, f. 6, p. 3795 s., il quale sottolinea che il vero punto debole dell'incidente probatorio sta nelle caratteristiche del contraddittorio realizzato in sede incidentale (“contraddittorio radicalmente imperfetto”, con l'eccezione dei casi in cui vi è l'integrale *discovery* degli atti d'indagine) che, non permettendo la parità delle armi, ostano “ad un incondizionato espandersi del modello”.

¹⁴⁶ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio*, cit., p. 7.

¹⁴⁷ G. RICCIO, *Le letture dibattimentali tra immediatezza e “non dispersione”*, in *La giustizia penale*, 2012, f. 3, p. 190.

¹⁴⁸ D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, f. 9, p. 1232, sottolinea come il principio di legalità processuale ponga vincoli stretti al giudice anche sotto il profilo della tassatività: questo non solo nel settore delle libertà individuali, ma in tutti i casi in cui venga riconosciuto carattere esclusivo ad una fattispecie processuale. L'Autore cita P. FERRUA, *Il giusto processo*, 2ª ediz., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 40, il quale sostiene che “le forme sono tali perché inderogabilmente predeterminate dalla legge”.

potrebbero essere modellate sull'art. 111 comma 5° della Costituzione che prevede i casi di eccezione alla regola del contraddittorio per consenso dell'imputato, oggettiva impossibilità e provata condotta illecita. In questo modo si raggiungerebbero le due esigenze: da un lato permettere l'immediata assunzione della prova che non può essere differita in dibattimento (per ipotesi tassativamente individuate) e dall'altro sarebbe assicurata l'esigenza di tenuta del sistema accusatorio.

Un caso che solleva particolari problemi è quello disciplinato nell'art. 392 comma 1° *bis*, introdotto dalla legge n. 66 del 1996, poi successivamente modificato, che si ispira ad una finalità del tutto estranea a quella delle altre ipotesi di incidente probatorio: l'intento originario del legislatore era quello di tutelare il valore extraprocessuale della dignità e riservatezza del minore, tutela poi estesa, tramite altri interventi legislativi, anche alla persona offesa maggiorenne, sempre con riferimento a casi in cui si procede per particolari reati, tassativamente indicati nell'art. 392 comma 1° *bis*. La gravità dei reati considerati (si tratta prevalentemente di procedimenti per delitti di violenza sessuale) e il rilievo degli interessi coinvolti, che attengono a soggetti con una personalità fragile e ancora *in fieri*, induce ad un'attenzione maggiore e a delle considerazioni più approfondite. In particolare, e ciò sarà oggetto di analisi nel successivo capitolo, si dovrà valutare se e fino a che punto la tutela di tali interessi può contrastare con i principi processuali.

MINORI E TESTIMONI VULNERABILI NEL PROCESSO PENALE

La testimonianza dei minori nel processo penale

La tematica dell'assunzione della testimonianza di minori d'età solleva particolari questioni e problemi che possono essere sintetizzati in due temi: da un lato vi è la necessità di predisporre delle misure che tutelino la fragile personalità del minore, in particolare nelle situazioni in cui è lui ad essere vittima del reato, dall'altro l'esigenza è quella di assicurare la genuinità della prova e l'attendibilità delle conoscenze da lui fornite nel processo. Non essendo possibile eliminare il contributo conoscitivo del minore, spesso unico testimone del fatto-reato, sarà necessario individuare delle modalità particolari per acquisire tale conoscenza, senza dimenticare però che la questione si inserisce all'interno dell'istituto della testimonianza, sorretto da precise regole processuali, che non sono poste a caso, ma che sono necessarie per ricostruire i fatti e fare emergere la verità processuale.

Il codice non esclude la possibilità di assumere la testimonianza di un soggetto che non ha raggiunto la maggiore età: l'art. 196 riconosce ad “ogni persona” la capacità a rendere testimonianza, pur nella possibilità di disporre opportuni accertamenti, con i mezzi consentiti dalla legge, per verificare “l'idoneità fisica o mentale di rendere testimonianza” (art. 196, comma 2°). Se è quindi possibile, dal punto di vista giuridico, avere una dichiarazione testimoniale proveniente dal minore, bisogna considerare se, nella pratica, sia consigliabile acquisire la deposizione di un soggetto di tale età, dato il forte impatto che la sottoposizione ad un esame testimoniale, specie se condotto con la tecnica della *cross-examination*, può comportare anche su una persona in età adulta. Su un minore la situazione di grave stress emotivo verrà accentuata, trattandosi di un

soggetto ancora in età di sviluppo, le cui conoscenze non gli consentono di comprendere appieno la situazione nella quale egli si trova e il ruolo che gli si chiede¹. Gli studi sulla psicologia infantile che hanno affrontato la tematica hanno messo in luce le conseguenze e i rischi che possono derivare dalla loro partecipazione ad un processo penale; questi possono manifestarsi nel senso di confusione, nel dubbio di non sapere cosa accadrà, nello stress derivante dall'essere esaminati da avvocati e magistrati. Il tutto può condurre ad una situazione di “vittimizzazione secondaria”² se il minore è vittima di reato, che fanno sì che egli riviva quei sentimenti di paura e ansia provati nel momento in cui ha subito il reato³. I ritmi serrati con i quali vengono condotti gli esami dei testimoni in giudizio possono intimidire i minori, fino a condurli a chiudersi nel silenzio, o a perdere concentrazione e interesse prima che la sequenza di domande sia conclusa; inoltre il modo in cui sono poste alcune domande rischia di creare nel teste vulnerabile un effetto suggestivo, incidendo sulla qualità della risposta⁴. Il tutto ha delle ripercussioni sulle dichiarazioni che vengono rese in giudizio, le quali rischiano di essere alterate da questi fattori: bisogna sottolineare che spesso i minori sono gli unici o almeno i principali testimoni del fatto di reato e la decisione del giudice sulla condanna o meno dell'imputato dipende dalle loro dichiarazioni. Oltre all'imprescindibile tutela del minore, vi è anche l'insieme di garanzie che il processo penale riconosce all'imputato, presunto innocente fino a condanna definitiva, garanzie che non possono essere diminuite⁵. Un altro aspetto da considerare nell'esame della problematica attinente all'assunzione della testimonianza di soggetti deboli è proprio quello relativo

¹ “Il metodo di formazione delle conoscenze giudiziali, quando si esercita su un soggetto dalla personalità fragile, rischia di interferire negativamente con i suoi fisiologici percorsi di maturazione o, addirittura, produrre un trauma”. C. CESARI, *Diritto alla prova e contraddittorio: i limiti delle garanzie attuali, le coordinate di un'evoluzione possibile*, in G. Giostra (a cura di), *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 114.

² Si tratta del danno che può derivare alla vittima dal contatto con l'autore del reato ovvero dalla partecipazione al processo. D. SAVY, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea*, in *Il diritto UE*, 2013, f. 3, p. 619.

³ L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 173.

⁴ J. MORGAN, L. ZEDNER, *Child victims. Crime, impact and criminal justice*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1992, p. 47 s.

⁵ Il contraddittorio, in quanto miglior metodo per l'assunzione della prova, si pone come garanzia per l'imputato, in quanto assicura la possibilità di avvicinarsi il più possibile alla verità processuale.

alle garanzie che un processo di tipo accusatorio non può non riconoscere all'imputato; da qui allora il difficile compito di contemperare le due esigenze.

Nel vigore del sistema previgente non ci si poneva affatto il problema di individuare degli elementi che proteggessero il minore all'interno del processo, piuttosto l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina si era rivolta al valore probatorio di tali deposizioni⁶. L'attenzione che, particolarmente negli ultimi anni, è stata riservata alla vittima nel processo penale trova le sue radici anche e soprattutto nel terreno sovranazionale, dove l'attenzione si è concentrata in particolar modo sulla tutela del minore vittima di reati di natura sessuale⁷: in epoca più lontana, nel 1924, troviamo la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo, la quale aveva individuato tre diritti fondamentali del minore - autonomia, tutela, educazione-, seguita poi nel 1959 da una Risoluzione attinente alla medesima tematica, adottata dalle Nazioni Unite. Sempre all'interno dell'ONU, l'Assemblea Generale, con due risoluzioni datate 1985 adotta le c.d. "Regole di Pechino" riguardanti l'amministrazione della giustizia minorile; è qui che l'idea di tutela dei diritti del minore viene confermata e specificata⁸; nel 1989, viene emanata la Convenzione internazionale sui diritti dei minori. Sul fronte europeo troviamo la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (1996) e molteplici Risoluzioni e Raccomandazioni; un ruolo particolarmente rilevante è assunto dalla Convenzione di Lanzarote (2007), riguardante le misure di protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, la cui ratifica ha portato l'Italia ad apportare alcune modifiche al codice penale e a quello di procedura penale, tramite la legge n. 172 del 2012 – che, da ultima, ha modificato il comma 1° *bis* dell'articolo 392 -.

In un quadro più ampio, relativo alla posizione della vittima nel processo penale, merita segnalare la decisione quadro del Consiglio d'Europa del 15 marzo 2001 (2001/220/GAI), ora sostituita dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Già la decisione quadro aveva compiuto un passo avanti nella tutela

⁶ C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 98 s.

⁷ L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2000, p. 284.

⁸ Merito di tali Regole "è aver considerato la tutela del minore e dei suoi interessi quale compito precipuo di ogni singolo stato anche – e soprattutto – nel momento dell'amministrazione della giustizia". C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore*, cit., p. 27 s.

della vittima nel processo, indicando una serie di norme minime che garantissero alla vittima l'accesso alla giustizia, così come i suoi diritti di partecipazione e di informazione, nonché di risarcimento danni; in particolare, ai fini dell'analisi che qui interessa, ha messo in luce la “necessità di misure specifiche per le vittime vulnerabili”⁹; essa ha rappresentato uno dei più compiuti tentativi di armonizzazione nell'ambito del processo penale, il quale però non è stato accompagnato da una pronta reazione da parte degli stati membri, che spesso hanno tenuto, nei confronti delle indicazioni provenienti dall'Unione, un atteggiamento disinteressato¹⁰.

La direttiva 2012/29/UE, che ha sostituito la decisione quadro, ha ampliato l'ambito di tutela della vittima, operando già sulla definizione di questo termine: ne sono compresi infatti anche i familiari (art. 2, par. 1, lett. a) direttiva 2012/29/UE), che invece non venivano individuati nella precedente decisione quadro. Una delle novità più importanti introdotte dalla direttiva è la c.d. *individual assesment*, valutazione individuale, che viene effettuata per individuare le specifiche esigenze di protezione della vittima e potenziare la tutela nei suoi confronti, tenendo conto delle “caratteristiche personali della vittima, del tipo o la natura del reato, e delle circostanze del reato” (art. 22 par. 2 della direttiva in esame). Specificamente, riguardo alla posizione dei minori nel processo penale, l'art. 24 della medesima detta delle particolari misure di tutela per la protezione di tali soggetti vulnerabili all'interno del processo: così, ad esempio, si prevede che “nell'ambito delle indagini penali tutte le audizioni del minore vittima di reato possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e tali registrazioni possano essere utilizzate come prova nel processo penale”; “che nell'ambito delle indagini o del procedimento [...] le autorità competenti nominino un rappresentante speciale per i minori vittime di reato, qualora, ai sensi del diritto nazionale, i titolari della responsabilità genitoriale non siano autorizzati a rappresentare

⁹ 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*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 8.

¹⁰ S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima*, cit., p. 9.

il minore in ragione di un conflitto di interessi, oppure il minore non sia accompagnato o sia separato dalla famiglia”¹¹.

Oltre alla tutela della dignità e dei diritti fondamentali della personalità del minore coinvolto nel processo in qualità di testimone, elementi fondanti la civiltà giuridica di ogni ordinamento¹², un altro elemento merita di essere considerato: si tratta della genuinità della conoscenza che viene introdotta nel processo tramite il contributo dichiarativo del minore. È questo un problema che può venire in rilievo per ogni tipo di testimonianza, poiché qualsiasi ricordo con il passare del tempo tende ad offuscarsi, tuttavia l'oblio è destinato ad accentuarsi quando a effettuare le dichiarazioni è un soggetto minore; i bambini infatti “tendono a confondere ciò che hanno effettivamente percepito con ciò che è frutto della loro fantasia: messi in condizione di dover narrare un avvenimento, molto spesso suppliscono le lacune del ricordo con eventi immaginari”¹³. Così sarà quindi elevato il rischio che le dichiarazioni non rispecchino la veridicità dell'accaduto, soprattutto quando il minore è parte offesa e non semplice spettatore di un episodio che non lo coinvolge in prima persona¹⁴. In particolare, lo scarto temporale – spesso particolarmente ampio – che separa la commissione del reato e la deposizione in giudizio accentua questo meccanismo di rimozione dei ricordi e la loro sostituzione con eventi immaginari da parte del minore. L'ampliamento dei casi di incidente probatorio per anticipare l'assunzione della testimonianza del minore trova la sua giustificazione anche in tale assunto: acquisendo la dichiarazione in un momento molto più prossimo al fatto, la probabilità che i ricordi siano più vivi aumenta, così come la veridicità delle informazioni dichiarate.

Per far fronte a tali problematiche il legislatore ha, già dalla versione originaria del codice, stabilito delle modalità apposite per l'assunzione della testimonianza quando questa provenga da un minore, derogando all'ordinario meccanismo della *cross examination*: l'esame non sarà condotto dalle parti, o meglio, dai difensori, ma dal

¹¹ Art. 24 par. 1, lett. a), b), direttiva 2012/29/UE in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:IT:PDF>

¹² L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenne nel procedimento penale: l'esigenza di tutela della personalità tra disciplina codicistica ed interventi normativi recenti*, in *Legisl. Pen.*, 1996, p. 694.

¹³ C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore*, cit., p. 94.

¹⁴ C. PANSINI, *op. loc. cit.*

presidente (art. 498, comma 4°). In questo modo si era voluto “prevenire il rischio di possibili traumi dovuti all'applicazione dell'esame diretto ed incrociato ad opera delle parti”¹⁵. La previsione è completata da quanto dispone l'art. 472 comma 4°, che dà al giudice il potere di derogare alla pubblicità del dibattimento quando si esamina un minorenne. Si possono citare poi l'art. 147 comma 4° disp. att. che vieta la ripresa e la trasmissione audiovisiva in tali particolari casi e l'art. 114 comma 6° del codice, indicante il divieto di pubblicazione della generalità e immagini del testimone fino al compimento della maggiore età. L'impianto originario è stato poi ampliato da alcune previsioni, come quelle dei commi 4° *bis* e 4° *ter* dell'art. 498 che prevedono rispettivamente l'esame “protetto” e l'esame “schermato”¹⁶, quest'ultimo però riferito solo ad alcune fattispecie di reato; si nota così la disorganicità degli interventi legislativi. Dall'altro lato la tutela codicistica agli interessi del minore testimone si è concentrata sull'incremento del ricorso alla procedura dell'incidente probatorio, iniziata con la normativa sui reati sessuali (legge n. 66 del 1996), che permette l'acquisizione della prova nella fase delle indagini, a prescindere, in questa particolare ipotesi, dall'esistenza di quei requisiti di indifferibilità che caratterizzano l'istituto. L'estensione dell'incidente probatorio è stata giustificata con l'esigenza di tutelare la dignità e la riservatezza del minore, costruendo un ambito protetto in cui acquisire il suo contributo conoscitivo, facendo in modo che egli sia toccato al minimo dal circuito processuale e, allo stesso tempo, possa uscirne il prima possibile, facilitando così il processo di rimozione del ricordo dell'offesa subita. La legge del 1996 è intervenuta non solo sull'attivazione della procedura incidentale, ma anche sulle modalità con le quali viene assunta la testimonianza in questa sede: il comma 5° *bis* dell'art. 398 stabilisce la possibilità per il giudice di individuare tempo, luogo e modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio per i reati indicati tutte le volte in cui tra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minori di anni sedici (procedura poi estesa a tutti i minori, non solo agli infrasedicenni). L'incidente probatorio 'allargato'

¹⁵ L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenne nel procedimento penale*, cit., p. 700.

¹⁶ Secondo le definizioni date da C. CESARI, in *La campana di vetro*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 225.

di cui al comma 1° bis dell'art. 392 non riguarda però tutti i procedimenti, ma solo quelli per particolari reati¹⁷.

Tutti questi interventi, nonostante appaiano come il risultato di una “navigazione a vista del legislatore che ha proceduto per intuizioni e a strappi” anziché effettuare una “rimeditazione organica della determinata materia”¹⁸, hanno un denominatore comune: derogano alla normale modalità di acquisizione della prova nel contraddittorio tra le parti, o perché anticipano l'assunzione alla fase delle indagini oppure perché introducono dei 'filtri' all'esame dibattimentale; in entrambi i casi il contraddittorio che si realizza è un contraddittorio ridotto. Gli argomenti a favore della deroga sono molteplici: necessità di limitare l'impatto che il processo avrà sul minore; favorire l'uscita di quest'ultimo dal sistema processuale; proteggere la personalità di una 'fonte fragile'; fare in modo che il contributo dichiarativo acquisito sia il più possibile veritiero e non alterato dall'immaginazione nella quale cadono facilmente i bambini. Tutte queste ragioni sono state ritenute prevalenti rispetto all'ordinario metodo del contraddittorio e hanno portato a configurare una disciplina specifica per la testimonianza dei minori, tanto da potersi parlare di essa come di “*species del genus testimonianza*”¹⁹. Fino a che punto è però possibile predisporre dei meccanismi atti alla tutela di tali soggetti senza eliminare del tutto le regole processuali, che, come visto fino ad ora, svolgono una funzione fondamentale nell'accertamento del fatto? Per rispondere si dovranno analizzare singolarmente i vari istituti che sono toccati dalle deroghe all'ordinario metodo di assunzione della prova, tenendo presente la regola fondamentale di cui all'art. 111 comma 4° della Costituzione.

¹⁷ A tal proposito in dottrina si è manifestato un orientamento tendente all'apertura dell'incidente probatorio anche per reati diversi da quelli elencati. G. SPANGHER, *Le norme contro la pedofilia, B) le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, f. 10, p. 1233; L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 17; 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, f. 3, p. 1173.

¹⁸ G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2005, f. 3, p. 1022.

¹⁹ L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 175.

L'assunzione della testimonianza del minore in incidente probatorio

L'utilizzo dell'incidente probatorio, nei termini in cui è previsto ora, non era stato individuato dal testo originario del codice come sede privilegiata per acquisire la testimonianza di un minore; lo si nota subito guardando il testo dell'art. 392, dove l'aggiunta del comma 1° *bis* rappresenta il sintomo di un'interpolazione legislativa avvenuta qualche anno dopo l'entrata in vigore del nuovo codice. È stata la legge n. 66 del 1996, in materia di delitti di violenza sessuale, che ha modificato non solo norme procedurali, ma anche di diritto sostanziale, ad aver introdotto una fattispecie “speciale”²⁰ di incidente probatorio. La finalità alla quale si tendeva era quella di “evitare al minore il trauma della deposizione nelle aule dei tribunali”²¹ e quindi tutelare la riservatezza del minorenne²², così si era deciso di creare un momento spazio-temporale protetto nel quale acquisire la testimonianza, a prescindere dall'esistenza dei requisiti di indifferibilità della prova che sono alla base dell'istituto²³. Da un lato, quindi, sarebbe stato raggiunto il fine di tutelare la dignità e la riservatezza del minore, dall'altro la tutela sarebbe ricaduta sulla genuinità della prova: il contributo dichiarativo del minore avrebbe potuto essere acquisito in un momento molto vicino al fatto di reato,

²⁰ Così lo definisce M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in C. Cesari (a cura di), *Il minorenne*, cit., p. 123. Altra dottrina, come G. DI CHIARA, *Voce Incidente probatorio*, in *Enc. dir. agg.*, Vol. VI, 2002, p. 552, parla di incidente probatorio “liberalizzato”, mentre L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 176, di “incidente probatorio atipico”.

²¹ Relazione al disegno di legge del 20 luglio 1994, in *Atti parlamentari*, Camera dei deputati, n. 990, p. 3. è stato poi affermato, A. NAPPI, *Commento all' articolo 13 legge n. 66 del 1996*, in *Gazz. Giur.* 1996, f. 8, p. 8, che lo scopo del legislatore fosse quello di evitare il trauma della pubblicità dibattimentale al minorenne coinvolto in un procedimento per i reati in esame.

²² M. BARGIS, *Commento alla legge n. 66 del 1996 – art. 13*, in *Legisl. Pen.*, 1996, p. 500.

²³ Vi è stato chi ha affermato che la norma conterrebbe una presunzione *iuris et de iure* di non differibilità della testimonianza: A. FAMIGLIETTI, *La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, f. 1, p. 292. Così anche L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 178, per il quale, il fatto che si proceda all'assunzione della testimonianza di un minore per uno dei reati elencati nel comma sostituisce la verifica delle circostanze di pericolo di dispersione o inquinamento della prova che, ai sensi delle ipotesi 'ordinarie' di incidente probatorio, giustificano il ricorso a tale procedura. Seguendo questa impostazione si finisce per ammettere il ricorso alla procedura incidentale per tutti i casi previsti dal comma 1° *bis*, escludendo la valutazione del giudice sulla necessità di anticipare l'assunzione della prova.

quando i ricordi del minore sono ancora vivi nella sua mente²⁴. L'estensione dell'incidente probatorio, nella visione della dottrina, risultava essere la soluzione ottimale per tutelare allo stesso tempo l'interesse extraprocessuale dell'integrità psicofisica del minore e l'interesse processuale relativo alla genuinità delle conoscenze introdotte nel giudizio.

La legge del 1996 non è stata l'unica ad incidere sull'istituto dell'incidente probatorio, anzi, sembra aver dato il via ad una serie di modifiche che, come visto nel capitolo precedente, hanno scardinato il fondamento del sistema accusatorio a favore del riconoscimento alle parti di un diritto potestativo²⁵ ad ottenere una prova già nel corso delle indagini e che, nella fattispecie di cui al comma 1° *bis*, finisce spesso per essere l'unico contributo probatorio a causa della previsione dell'art. 190 *bis* comma 1° *bis*. Quest'ultimo, infatti, introdotto dalla legge n. 269 del 1998, prevede che, quando si procede per determinati reati, l'esame in dibattimento del minore di anni sedici, già escusso in sede di incidente probatorio, avvenga solo su fatti e circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero quando “il giudice o le parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze”; in questo modo si confina nella sfera dell'eccezionalità la regola della formazione della prova in dibattimento.

La norma del comma 1° *bis* relativo all'incidente probatorio può essere analizzata sotto un duplice profilo: oggettivo e soggettivo. Riguardo a quest'ultimo, la legge n. 38 del 2009, ha esteso l'ambito di applicazione a tutti i soggetti minori d'età, non solo agli infrasedicenni come prevedeva la disciplina originaria, così risolvendo un “difetto di coordinamento”²⁶ con la disposizione dell'art. 498 comma 4°, relativa all'assunzione in dibattimento della testimonianza del minore, che fa riferimento a tutti coloro che non hanno ancora raggiunto la maggiore età.

²⁴ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo*, cit., p. 124, la quale afferma che “le due finalità non sono disgiunte, ma vanno di pari passo, operano cioè sullo stesso versante, nel senso che più è tutelata la personalità del dichiarante, maggiore è l'affidabilità della prova”.

²⁵ P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale, tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2000, p. 89.

²⁶ L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 179.

Sotto il profilo oggettivo, l'elencazione dei reati per i quali è consentito procedere all'incidente probatorio ex art. 392 comma 1° *bis* è tassativa²⁷, sebbene negli anni le modifiche legislative che si sono succedute abbiano ampliato l'elenco: in origine la norma si riferiva ai soli delitti di violenza sessuale, poi la sua applicazione è stata estesa a quelli di pedofilia, a quelli legati alla tratta di esseri umani, ai maltrattamenti contro i familiari, alla corruzione di minorenni, agli atti persecutori e alla riduzione in schiavitù. Sotto questo profilo la norma ha ricevuto delle critiche²⁸ in quanto riferita ad un catalogo chiuso di reati; come reazione si è prospettato l'ampliamento del raggio di operatività della disciplina richiamata²⁹.

Sentenza della Corte di Giustizia sul “caso Pupino”: questione relativa al ricorso alla procedura incidentale anche al di fuori dei casi tassativi previsti dal codice.

La questione dell'ampliamento dell'operatività della fattispecie di cui al comma 1° *bis* sposta l'esame sulle problematiche che sono venute in rilievo a seguito della sentenza della Corte di Giustizia del 16 maggio 2005, c.d. “sentenza Pupino”. La vicenda che ha portato alla pronuncia è nata a seguito dell'avvio di un procedimento

²⁷ In tal senso A. FAMIGLIETTI, *La testimonianza del minore di sedici anni*, cit., p. 290.

²⁸ G. SPANGHER, *op. loc. cit.*, L. CAMALDO, *op. loc. cit.*. P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 91 e E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 1173.

²⁹ G. SPANGHER, *op. loc. cit.*, per sostenere questa tesi fa leva sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 262 del 1998, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 398 comma 5° *bis* nella parte in cui non prevede che il reato di cui all'art. 609-*quinquies* del codice penale – corruzione di minorenne- venisse contemplato tra quelli per i quali il giudice, in presenza di un minore di anni sedici, interessato all'assunzione della prova, non potesse stabilire luogo, tempo e modalità particolari attraverso le quali procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze del minore lo rendono necessario od opportuno. Secondo l'Autore, la previsione sembra porsi quale “regola in caso di minore testimone, non apparendo il dato 'sessuale' sufficiente per una differenziazione con altre ipotesi criminose che abbiano oggetto beni giuridici diversi”. Anche la giurisprudenza di merito aveva proposto un'interpretazione estensiva, diretta ad estendere i casi di incidente probatorio anche al di fuori del catalogo contemplato nel comma 1° *bis*, Trib. Napoli, Ufficio del GIP, 1 giugno 1999, R. ed altri, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 300, “è legittimo per il Gip applicare, nell'incidente probatorio, la modalità della c.d. audizione protetta a tutti i procedimenti a prescindere dal tipo di reato oggetto d'indagine”.

penale nei confronti di un'insegnante, indagata per il reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina nei confronti di alcuni alunni di età inferiore a cinque anni all'epoca dei fatti. Nel corso delle indagini il pubblico ministero, avendo formulato richiesta per procedere all'incidente probatorio al fine di assumere, tramite le modalità protette proprie di questo istituto, la testimonianza di otto bambini di età inferiore a cinque anni, vedeva rigettare la richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari a causa del fatto che la fattispecie di reato non è prevista tra quelle per le quali il comma 1° *bis* ammette il ricorso alla procedura incidentale. Dopo aver sollevato una questione di legittimità costituzionale, sulla quale la Corte si era pronunciata con una sentenza che la dichiarava in parte infondata ed in parte inammissibile (sentenza n. 259 del 2002), il giudice per le indagini preliminari ha investito della questione la Corte di Giustizia; nello specifico, si ravvisava nel rinvio un contrasto degli artt. 392 comma 1° *bis* e 398 comma 5° *bis* 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. Due erano le questioni sulle quali doveva pronunciarsi la Corte del Lussemburgo: la prima riguardante l'efficacia delle decisioni quadro sull'ordinamento interno, l'altra, che qui interessa, riguardante l'interpretazione delle norme della decisione quadro e quindi la conformità della disciplina italiana, che circoscrive ad un numero tassativo di casi le ipotesi di accesso all'incidente probatorio per assumere la testimonianza dei minori, con la normativa europea.

Parametro della legittimità della normativa interna era la decisione quadro; la Corte, con tale sentenza, si confronta per la prima volta con questo strumento normativo e, sulla base di un parallelismo con le direttive, arriva ad affermare il principio dell'interpretazione conforme³⁰: il giudice deve interpretare le norme interne in maniera, per quanto possibile, conforme alla decisione in esame³¹; in particolare, quando si tratta

³⁰ Operazione che appare discutibile – secondo quanto commenta E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 1168 s.- per due motivi: primo perché le decisioni quadro hanno carattere vincolante solo in quanto al risultato da raggiungere, lasciando libere le autorità nazionali su forma e mezzi per realizzarlo; in secondo luogo le decisioni quadro non hanno efficacia diretta, come afferma espressamente l'art. 34 n. 2 lett. b) del TUE.

³¹ Si giunge quindi a riconoscere al giudice remittente un potere diretto di colmare una lacuna che invece può essere sanata solo dal legislatore; G. FRIGO, *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida dir.*, 2005, f. 26, p. 76.

di raccogliere la testimonianza di soggetti vulnerabili, 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”³². 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.

L'obiettivo della decisione quadro è quello di garantire alle vittime, specialmente quelle vulnerabili, un “trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione”; deve essere assicurato loro il beneficio di rendere testimonianza in condizioni particolari, tali da garantire a tutte le vittime un trattamento rispettoso della loro dignità personale. Per realizzare questo obiettivo, la Corte di Giustizia guarda all'istituto dell'incidente probatorio, che nel nostro sistema processuale permette l'assunzione anticipata della prova e che quindi si pone come la soluzione più adeguata al problema della compatibilità tra la normativa interna e quella europea. Tramite questo istituto si raggiungerebbe l'obiettivo di tutelare la vittima: la deposizione infatti viene resa solo una volta, nel corso delle indagini, con lo stesso valore di prova, ma secondo modalità diverse da quelle imposte all'udienza pubblica³³. L'incidente probatorio sembra quindi essere l'unica soluzione per risolvere la questione della compatibilità tra norma interna e disciplina sovranazionale; era questa l'unica strada percorribile? Nella sentenza il giudice europeo sembra aver ommesso di considerare la tutela che il teste vulnerabile può ricevere anche in sede dibattimentale³⁴. L'attenzione si è concentrata solo sull'incidente probatorio, essendo di fatto l'unico che il nostro ordinamento prevede per anticipare l'assunzione della prova; tuttavia bisogna considerare che si tratta di un

³² C.G.C.E., 16 giugno 2005, Pupino, in *Foro it.*, 2006, f. 4, p. 606.

³³ Così il punto 55 della sentenza in esame.

³⁴ Per tali considerazioni, S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in F. Sgubbi, V. Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University press, Bologna, 2007, p. 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, f. 11, p. 3544.

istituto che deroga alla regolare assunzione della prova in dibattimento, quindi prevede un'eccezione che, in quanto tale, dovrebbe essere circoscritta ad ipotesi tassative. Ammettere un incidente probatorio incondizionato se da un lato può, in queste ipotesi, essere vantaggioso perché permetta una maggior attenzione agli interessi della vittima vulnerabile³⁵, dall'altro lato produce tutte quelle problematiche che sono state analizzate nel capitolo precedente: la deroga all'immediatezza e quindi al contraddittorio, con la conseguente rinuncia ad un metodo che permette di “ridurre il più possibile lo scarto tra verità giudiziale e verità storica”³⁶. Bisogna essere quindi molto cauti nell'estendere i confini della procedura incidentale, mentre la Corte di Giustizia 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 in questi ultimi anni, merita comunque di rimanere una eccezione all'ordinario dipanarsi dell'iter dibattimentale”³⁷. Allo stesso tempo, come anticipato, la decisione non tiene in considerazione la possibilità che venga offerta alla vittima una tutela all'interno del giudizio, con le modalità di 'audizione protetta' che il codice prevede all'art. 498, ma anche attraverso tutte quelle cautele che permettono di derogare alla pubblicità dibattimentale (si fa riferimento all'art. 472 comma 4°) e che escludono le riprese delle immagini (artt. 472 e 147 disp. att.). D'altronde, la stessa Corte nella sentenza sottolinea come “nessuna delle tre disposizioni della decisione quadro prevede modalità concrete di attuazione degli obiettivi da esse enunciati”; si potrebbe quindi affermare che ciò che conta è la realizzazione di tali obiettivi – garantire alle vittime particolarmente vulnerabili un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione, così come il beneficio di rendere testimonianza in condizioni particolari, tali da garantire a tutte le vittime un trattamento debitamente rispettoso della loro dignità personale; nonché far sì che tali vittime siano interrogate soltanto per quanto necessario al procedimento penale -, quindi la modalità

³⁵ S. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, f. 5, p. 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.

³⁶ G. GIOSTRA, *Voce Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. VII, 2001, p. 4.

³⁷ L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia*, cit., p. 3545.

per il loro raggiungimento può essere lasciata alla discrezionalità dei singoli ordinamenti. Ciò è confermato dalla caratteristica che l'art. 34 del TUE assegna alle decisioni quadro: l'effetto vincolante è limitato al solo risultato da raggiungere, “salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi”. Un'altra conferma proviene dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 529 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. La decisione è stata giustificata sulla base della gravità dei reati presi in considerazione dal comma 1° *bis*, per i quali è 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 del legislatore, non una misura obbligata, costituzionalmente necessaria al fine di tutelare la personalità del minore”³⁸ e nel catalogo degli interessi costituzionalmente garantiti, come ad esempio sono la tutela della personalità del minore e la genuinità della prova, non rientra l'anticipazione della testimonianza tramite incidente probatorio.

Nel tentativo di perseguire ad ogni costo l'armonizzazione tra le legislazioni processuali non si è tenuto conto, nella sentenza pronunciata dal giudice europeo, delle specifiche caratteristiche di un ordinamento giuridico³⁹, come nemmeno delle regole processuali, le quali non sono neutre rispetto agli esiti del processo e alla posizione dell'imputato⁴⁰. Il giudice europeo invece mostra di considerare tali regole come ininfluenti sulla situazione processuale dell'imputato: “le disposizioni che formano

³⁸ Corte Cost., sent. n. 529 del 2002.

³⁹ L. LUPARIA, *op. loc. cit.*, giunge ad affermare che principi quali l'oralità, l'immediatezza e il diritto a confrontarsi con l'accusatore potrebbero essere qualificati valori supremi, capaci di porsi come controlimiti al primato del diritto comunitario. S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”*, cit., p. 83 afferma che “l'interpretazione delle disposizioni nazionali in conformità con l'ordinamento comunitario incontra un limite nel principio di immediatezza, poiché le deroghe a quel principio sono presidiate dalla tassatività”. 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 in quanto finisce per applicare analogicamente una norma derogatoria di un canone fondamentale del processo, quindi eccezionale. A. FABBRICATORE, *Caso Pupino*, cit., p. 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.

⁴⁰ S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”*, cit., p. 75.

oggetto della domanda non vertono sulla portata della responsabilità penale dell'imputata, ma sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova". La Corte del Lussemburgo fa richiamo nella sentenza alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, all'art. 6 che riconosce il diritto al giusto processo, però sembra dare scarso rilievo ai diritti dell'imputato.

In conclusione, quindi, si può affermare che l'incidente probatorio viene visto come strumento di soluzione, come era accaduto nel corso della metà degli anni Novanta con quella legislazione dai contorni accusatori piuttosto sfumati che ha dato il via alla liberalizzazione dell'accesso alla procedura incidentale. L'incidente probatorio è visto, nell'ipotesi di cui al comma 1° *bis*, come "luogo elettivo"⁴¹ per soddisfare le due esigenze che vengono in rilievo: tutela della personalità del minore (e della vittima, in quanto la fattispecie si riferisce anche alle vittime maggiorenni dei reati indicati) e tutela della genuinità della prova. Si commette un errore nel momento in cui si ritiene che liberalizzare l'accesso a tale istituto comporti la garanzia di un contributo probatorio 'non inquinato'. Il discorso si ricollega alla già affrontata questione del rapporto tra contraddittorio e immediatezza; "il legislatore non ha remore a sacrificare il principio di immediatezza, anche perché l'incidente probatorio sembra permettere comunque di salvaguardare il diritto al contraddittorio per la prova, sia pure in una forma più sacrificata di quella dibattimentale"⁴²: si tratta di un'affermazione errata, perché non si può pretendere di eliminare l'immediatezza e lasciare in vita il contraddittorio. Altro elemento che ha suscitato delle critiche, all'indomani dell'emanazione della legge n. 66 del 1996, è stato il fatto che la norma opera per i casi di testimonianza del minore (e della vittima) nei soli reati indicati nel comma 1° *bis*, ma per qualsiasi *thema probandum*, "anche per il più innocuo sotto il profilo della scabrosità dei fatti narrati"⁴³, con la conseguenza che il giudice dovrà limitarsi a "verificare che si tratti di testimonianza di un infrasedicenne (ora la norma è estesa a tutti i soggetti minori d'età, a seguito della legge n. 38 del 2009) e questa si inserisca in un'indagine per uno dei delitti

⁴¹ G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1027.

⁴² M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo*, cit., p. 125.

⁴³ G. CONTI, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, in *Guida dir.*, 1996, f. 9, p. 27.

previsti”⁴⁴ dal comma 1° *bis*. Tale previsione ha una conseguenza: infatti, associato al comma in esame vi è il comma 2° *bis* dell'articolo successivo, che impone, in questo particolare caso di incidente probatorio, che “il pubblico ministero con la richiesta depositi tutti gli atti di indagine compiuti”: anche questa norma deroga ad una regola, la quale prevede che il contenuto degli atti d'indagine venga svelato solo quando queste sono concluse⁴⁵. Al fine di assicurare la completezza della prova acquisita in incidente probatorio, il legislatore ha ritenuto necessaria e sufficiente la *discovery* completa degli atti di indagine. La critica si concentra sul sacrificio che il legislatore ha effettuato nei confronti della segretezza delle indagini, privilegiando le “esigenze di tutela del diritto al contraddittorio”⁴⁶; in realtà, si può affermare che tali esigenze non sono state affatto privilegiate, proprio perché una piena tutela di tale diritto avrebbe richiesto una sua attuazione in sede dibattimentale, non nella fase delle indagini.

Modalità particolari di assunzione della prova nell'incidente probatorio – art. 398 comma 5° bis c.p.p.

La legge del 1996 ha aggiunto un comma 5° *bis* all'interno dell'art. 398, la cui rubrica si richiama ai “provvedimenti sulla richiesta di incidente probatorio”. La disposizione, che si applica a particolari categorie di reati – ora ampliate a seguito dei numerosi interventi legislativi –, è da leggere in connessione con l'appena analizzato comma 1° *bis* dell'art. 392; la legge, infatti, ha previsto non solo una serie di reati per i quali è ammesso anticipare l'assunzione della prova, ma anche che il giudice possa stabilire discrezionalmente “il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone [interessate all'assunzione della prova] lo rendono necessario od opportuno”. Da subito si era

⁴⁴ G. CONTI, *op. loc. cit.*

⁴⁵ G. CONTI, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio*, cit., p. 28, ritiene non giustificabile una simile diversità di disciplina “per il mero fatto che si tratti di assumere la deposizione di un minore degli anni sedici nell'ambito di procedimenti per reati in materia di violenza sessuale”.

⁴⁶ F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 7ª ediz., CEDAM, Padova, 2014, p. 631.

notata⁴⁷ una non perfetta coincidenza tra le fattispecie penali prese in considerazione dai due articoli: mancava, infatti, nell'art. 398, il riferimento all'art. 609 *quinquies* c.p. (corruzione di minorenni). La mancanza di corrispondenza tra le due fattispecie risultava anche sotto un altro aspetto, quello relativo alla tipologia di prove da assumere, considerato il fatto che il comma 5° *bis* dell'art. 398 parla genericamente di 'assunzione della prova', non specificandone la tipologia, mentre la particolare fattispecie dell'art. 392 si riferisce solo all'assunzione della testimonianza⁴⁸. L'incoerenza che caratterizza tali fattispecie si incontra anche nel rapporto tra le disposizioni dettate in sede di incidente probatorio e quelle che si riferiscono al dibattimento, richiamate dall'art. 401 comma 5°. In forza di tale richiamo, trovano valore in sede incidentale anche le norme dell'art. 498, commi 4° e seguenti: anche in questo caso la regolamentazione è caotica, il comma 4° del 498 si riferisce a tutti i casi di testimonianza di minori, senza differenziare a seconda della tipologia di reato, mentre la differenziazione torna nei commi 4° *bis* e 4° *ter*.

La non coincidenza tra le fattispecie degli artt. 392 e 398 è stata in parte attenuata da un intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 262 del 1998, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 398 nella parte in cui non prevedeva l'operatività del comma 5° anche per il reato di corruzione di minorenni⁴⁹; manca però ancora il riferimento all'art. 600 *quater* c.p.. Altro intervento che ha toccato l'art. 398 è stato quello effettuato con la sentenza n. 63 del 2005, sempre del giudice di legittimità, che ne ha dichiarato la parziale illegittimità nella parte in cui non affermava la possibilità per il giudice di procedere all'assunzione della prova nei modi previsti, qualora tra le persone interessate ad essa vi fosse un maggiorenne infermo di mente, quando le esigenze di

⁴⁷ M. BARGIS, *Commento alla legge n. 66 del 1996 – art 14*, in *Legis. pen.*, 1996, p. 509.

⁴⁸ M. BARGIS, *op. loc. cit.*

⁴⁹ La sentenza giudica costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 3 Costituzione, l'esclusione di tale fattispecie da quelle previste nell'art. 398 comma 5° *bis*. Dal momento che la legge n. 66 del 1996, all'art. 13, ha previsto il ricorso all'incidente probatorio ex art. 392 comma 1° *bis* quando si procede per il delitto di corruzione di minorenni, non sussiste alcuna ragionevole giustificazione per escludere la fattispecie dalla norma che consente al giudice di individuare modalità particolari per l'assunzione della prova. Anche con riferimento alla fattispecie di corruzione di minorenni esistono, secondo la Corte, quelle esigenze di tutela della personalità del minore in vista delle quali l'art. 398 comma 5° *bis* consente l'adozione di particolari modalità di assunzione della prova. Così la Corte Costituzionale, sent. n. 262 del 1998.

questi lo rendevano necessario od opportuno. Due anni prima, l'estensione era stata negata, con una ordinanza (n. 108 del 2003) che aveva giudicato inammissibile la questione di legittimità sollevata in merito alla applicazione delle modalità protette dell'art. 398 comma 5° *bis* al maggiorenne infermo di mente, vittima di reati sessuali. La Corte si era mostrata coerente con la considerazione (sostenuta anche nella precedente sentenza n. 529 del 2002), che l'incidente probatorio non costituisce una misura obbligata e costituzionalmente necessaria al fine di tutelare la personalità del minore, pertanto non si potevano individuare ragioni costituzionali che ne imponessero l'applicazione oltre ai casi consentiti⁵⁰. La decisione del 2005 rappresenta un “evidente cambio di rotta rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale in materia”⁵¹ e si pone in una linea di continuità con la precedente decisione del 1997, che aveva dichiarato l'incostituzionalità del 4° comma dell'articolo 498 nella parte in cui non consentiva che il presidente, nel caso di testimone maggiorenne infermo di mente, ove ritenga che l'esame incrociato possa nuocere alla personalità del teste, ne conduca direttamente l'esame, su domande e contestazioni proposte dalle parti.

La norma dell'art. 398 comma 5° *bis* parla in generale di “luogo, tempo e modalità particolari” per l'assunzione della prova, con la conseguenza di lasciare un'ampia discrezionalità al giudice nell'individuare le tecniche per l'assunzione probatoria⁵². Da un lato tale discrezionalità ha delle conseguenze positive, perché lascia al giudice il potere di adattare le modalità di assunzione della prova alle caratteristiche del singolo caso – ogni situazione è diversa da un'altra e ciò che è utile per una potrebbe non esserlo per un'altra -; tuttavia un'eccessiva libertà in tal senso potrebbe portare l'assunzione della prova e l'istituto dell'incidente probatorio al di fuori delle loro caratteristiche,

⁵⁰ Corte Cost, ord. n. 108 del 2003, nota di A. MARANDOLA, *Negata dalla Consulta l'estensione dell'incidente probatorio “incondizionato e protetto” al maggiorenne infermo di mente vittima di reati sessuali*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1761.

⁵¹ A. FAMIGLIETTI, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, f. 2, p. 446.

⁵² Secondo L. IAFISCO, *Commento alla legge n. 269 del 1998 – art 13*, in *Legisl. Pen.*, 1999, p. 141, il legislatore ha volutamente formulato la disposizione in modo indeterminato, così da garantire ampia libertà per il giudice nella scelta delle modalità che nel caso concreto sono idonee a tutelare gli interessi in gioco. Tale libertà dovrebbe essere valorizzata – in tal senso anche G. MULLIRI, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche. Le modifiche al codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1996, f. 2, p. 753.

violando le regole che vi presiedono, con inevitabili conseguenze sul piano dell'attendibilità della prova. Una formulazione così ampia, che lascia al giudice la scelta delle modalità particolari con le quali assumere la prova in incidente probatorio, potrebbe legittimare i giudici ad assumere prove in violazione dei canoni processuali. Così infatti è accaduto in giurisprudenza: una sentenza della Cassazione⁵³ ha, ad esempio, respinto un'impugnazione con la quale il ricorrente deduceva l'inutilizzabilità delle dichiarazioni, che l'offeso aveva rilasciato in sede di incidente probatorio, in quanto rese per iscritto. È chiaro che legittimare l'ammissibilità di una deposizione scritta elimina la possibilità che si instauri un confronto dialettico nella formazione della prova⁵⁴ e implica un ritorno a un modello processuale che era tipico del sistema precedente e che non si adatta ai caratteri del rito accusatorio. Ciononostante, la Corte non ha ravvisato nella decisione una violazione dei principi dell'oralità e del contraddittorio, in quanto, ha affermato, la prova era stata assunta “nel pieno rispetto di esso, alla presenza delle parti e della difesa della persona offesa”. Si è accolta qui quella concezione dell'oralità che è stata definita 'debole'⁵⁵ e che non dovrebbe dubitarsi essere ormai superata. Invece, nell'opinione dei giudici di legittimità “in questa accezione il principio ha un significato molto meno pregnante per il rito accusatorio, tanto da potersi dubitare che esista come regola generale”. La giustificazione del comportamento del giudice di merito è stata ravvisata dalla Cassazione proprio nella facoltà del primo di stabilire che l'incidente probatorio si svolga con 'modalità particolari', come prevede il comma 5° *bis*. Il giudice però non può agire nel processo come crede, le regole poste dal codice vincolano anche l'organo giudicante; quindi è positivo il riconoscimento al giudice del potere di conformare le modalità particolari di assunzione della prova nell'incidente probatorio al caso concreto, però ciò deve avvenire sempre nel rispetto dei principi processuali e una testimonianza scritta risulta quindi inammissibile.

L'ampia formulazione legislativa ha poi indotto una dottrina ad ammettere la possibilità che l'escussione sia “svolta in prima persona da un esperto di psicologia

⁵³ Cass., 2 agosto 2004, I., in *Dir. pen. proc.*, 2004, f. 11, p. 1360.

⁵⁴ Nonostante G. GIOSTRA, *Voce Contraddittorio*, cit., p. 1 sostenga che una disputa per iscritto possa comunque configurare un contraddittorio, potendosi parlare di quest'ultimo anche con riferimento a “confronti indiretti, che non rispettino l'unità di luogo e di tempo”.

⁵⁵ Così definita da M. CHIAVARIO.

infantile”⁵⁶. In sede di discussione parlamentare della legge del 1996, era stato presentato un emendamento con il quale si proponeva di aggiungere nel comma l'indicazione della possibilità per il giudice di lasciare che l'esame del minore fosse effettuato da un esperto in psicologia infantile, in un locale diverso da quello dove si trovano il giudice e le parti, che avrebbero potuto assistere all'escussione attraverso un collegamento audio e audiovisivo. La proposta traeva origine dall'esperienza di alcuni uffici giudiziari, come il Tribunale di Milano, che avevano già avviato con successo tale modalità; tuttavia l'emendamento fu respinto. Attualmente non vi è quindi alcuna norma nel codice che permetta al giudice di autorizzare un soggetto diverso da sé stesso o dalle parti ad effettuare l'esame di un testimone⁵⁷. Inoltre, consentendo allo psicologo di condurre l'esame, si lascerebbe questo istituto nelle mani di un soggetto sprovvisto delle competenze tecnico-giuridiche, con il rischio di compromettere la veridicità delle dichiarazioni⁵⁸. L'intervento dell'esperto psicologo è espressamente previsto dalle norme che regolano il dibattimento, precisamente dall'art. 498 comma 4°, riguardante l'esame 'attutito'⁵⁹, che ammette la possibilità che il giudice sia affiancato da un esperto di psicologia infantile, che sia d'aiuto nell'escussione. La tematica verrà affrontata successivamente, in merito all'escussione testimoniale di minori nel dibattimento.

L'ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile è stato previsto anche per i soggetti che svolgono indagini, come stabilisce l'art. 351 comma 1° *ter*, che prevede l'obbligo per la polizia giudiziaria di avvalersi del contributo di tale ausiliario, quando deve assumere sommarie informazioni da un minore, in procedimenti per determinati reati (analogo obbligo è previsto dall'art. 362 comma 1° *bis*, a carico del pubblico ministero, così come per il difensore nell'ambito delle sue indagini – art. 391

⁵⁶ L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenni nel procedimento penale*, cit., p. 707. Accoglie tale possibilità anche M. BARGIS, *Commento alla legge*, cit., p. 511. Secondo P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale, tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2000, p. 242, è possibile che le domande siano poste dall'esperto, che provvede a presentarle con un linguaggio comprensibile e adeguato all'età del minore (o alle caratteristiche del maggiorenne infermo di mente). Ritiene che l'ampio termine “modalità particolari” non crei dubbi sulla possibilità che il giudice consenta allo psicologo la diretta escussione del minore, C. RIZZO, *Le modalità di “audizione protetta del minore”*, in *Cass. pen.*, 2014, f. 11, p. 3812.

⁵⁷ O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, f. 2, p. 476.

⁵⁸ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo*, cit., p. 147.

⁵⁹ C. CESARI, *La campana di vetro*, cit., p. 225.

bis comma 5° *bis*). In questo modo si è colmato un vuoto di tutela nei confronti del minore: prima dell'inserimento da parte della legge n. 172 del 2012 (che ha ratificato la Convenzione di Lanzarote), il teste minorenne riceveva protezione solo in sede dibattimentale, grazie al disposto dell'art. 498 comma 4°, e in incidente probatorio; ciò non impediva però che egli fosse sentito in sede di indagini senza alcun filtro: egli diveniva oggetto di sommarie informazioni da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria, soggetti privi di una competenza psicologica nell'approcciarsi ad un minore, che spesso non è solo testimone dei crimini, ma ne è anche la vittima. In questo modo le tutele dettate per il giudizio finivano per essere vanificate, potendosi effettuare l'assunzione delle informazioni tramite le stesse modalità previste per qualsiasi altra persona informata dei fatti. Non si deve pensare però che l'introduzione di una tutela per il minore anche in fase di indagine abbia risolto i problemi, anzi ne ha sollevati di ulteriori: particolarmente rilevante è quello attinente al ruolo che l'esperto riveste, dato che si è sempre più spesso verificata la prassi, del tutto censurabile, di delegare all'esperto la raccolta di informazioni, senza che ad essa partecipasse l'autorità inquirente⁶⁰. L'esperto, invece, dovrebbe fungere da sostegno per l'interrogante, svolgendo il ruolo di "mediatore"⁶¹ tra l'autorità giudiziaria e il minore, ma che non si sostituisce agli organi investigativi nella conduzione del colloquio⁶². Sembra che il legislatore si sia illuso di risolvere i problemi solamente affiancando agli organi di indagine un esperto nell'approccio e nella valutazione del minore⁶³. Tale soggetto rischia invece di divenire una figura ambigua, oscillante tra l'esigenza di tutela del minore e la genuinità della prova: infatti, se da un lato egli ha le competenze e le conoscenze necessarie per rapportarsi al minore in modo adeguato, per metterlo a proprio agio e

⁶⁰ F. TRIBISONNA, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, f. 3, p. 276.

⁶¹ L. CARACENI, *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, f. 1, p. 342. C. CESARI, *Il "minore informato sui fatti" nella l. 172 del 2012*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2013, f. 1, p. 176, definisce l'esperto un "interprete".

⁶² L. CARACENI, *op. loc. cit.* In giurisprudenza, Cass., 15 febbraio 2008, n. 1120, in *C.E.D. Cass.* n. 239003, è stato stabilito che la funzione dell'esperto è solo quella di assistere il giudice, fornendo sostegno psicologico al minore oppure indicando la modalità più consona con la quale porre le domande.

⁶³ C. CESARI, *Il "minore informato sui fatti"*, cit., p. 179.

limitare l'impatto traumatico che gli strumenti giudiziari hanno su di lui, dall'altro lato, anche involontariamente, egli potrebbe suggestionare il minore, indurlo a seguire una certa ricostruzione dei fatti⁶⁴. Questo rischio è tanto più elevato se si pensa che l'esperto è un ausiliario di parte e, in quanto ausiliario, finirà per assumere la posizione della parte, anche in maniera inconscia. Il tutto poi avviene all'interno delle indagini, dove gli elementi a sostegno dell'accusa vengono acquisiti senza un contraddittorio. L'intervento della legge n. 172 era stato da molti richiesto proprio per colmare quel vuoto di tutela nella quale il minore incorreva nella fase delle indagini: in dibattimento i vari interventi iniziati nel 1996 avevano previsto delle deroghe ai meccanismi ordinari della *cross examination*, in modo da rafforzare la tutela nei confronti di una fonte debole; ora occorre estendere tale tutela anche alla fase delle indagini, in modo da equipararla al dibattimento. In realtà sono rimaste delle differenze rispetto alla fase dibattimentale, poiché l'ausilio⁶⁵ dell'esperto in tale situazione è una mera facoltà, mentre è prevista come obbligo nella fase delle indagini; inoltre, in questa fase, l'intervento dell'esperto è obbligatorio solo quando le indagini riguardano delitti di natura sessuale⁶⁶.

Prima dell'introduzione dei commi in esame, nel 2012, la Cassazione⁶⁷ si era pronunciata sulla ammissibilità dell'assunzione di informazioni effettuata dalla polizia giudiziaria, in presenza del genitore del minore e aveva ritenuto che, nonostante “la presenza del genitore del minore sia regolata dal codice soltanto per la fase dibattimentale”, non vi era motivo di escludere che tale formalità potesse essere adottata

⁶⁴ C. CESARI, *op. loc. cit.*

⁶⁵ Definire l'esperto psicologo un ausiliario è controverso: ausiliari sono solo determinati soggetti (cancelliere, segretario, interprete). A favore dell'attribuzione di tale qualifica, L. CARACENI, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori*, cit., p. 343, il codice infatti definisce ausiliario “ogni soggetto in possesso di specifiche competenze tecnico-scientifiche di cui si avvalgono polizia giudiziaria e pubblico ministero nello svolgimento di determinate attività di investigazione” (art. 348 comma 4°). La giurisprudenza maggioritaria invece sembra orientata a negare la sovrapposizione tra le due figure: Cass., 9 ottobre 2008, n. 42721, in *C.E.D. Cass. n. 241426*; Cass. 7 aprile 2010, n. 24294, in *C.E.D. Cass. n. 247869*.

⁶⁶ Critico sul fatto che il legislatore abbia prescritto come obbligatorio l'ausilio dell'esperto solo per il caso in cui si proceda per determinati reati, come se la suggestionabilità del minore, alla quale dovrebbe porre fine il ruolo dell'esperto, si verificasse solo nell'ipotesi di minore coinvolto in procedimenti per delitti di natura sessuale, C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arc. pen.*, 2013, f. 2, p. 6.

⁶⁷ Cass., 30 agosto 1995, Imbesi, in *Dir. pen. proc.*, 1995, f. 10, p. 1144.

anche in un'altra fase processuale. La Cassazione però aggiunge che rimane fermo il potere-dovere dell'autorità che procede all'assunzione della deposizione di “evitare che la presenza del genitore introduca nella deposizione elementi di fatto estranei alla diretta percezione del giovane teste”: si vede quindi come la presenza del genitore serva a tutelare la sensibilità del minore, ma rimane fermo che egli non deve interferire con la deposizione; un analogo discorso può essere fatto anche per il ruolo dell'esperto psicologo sia nel corso del suo intervento nelle indagini, che in dibattimento.

Al fine di rimediare al sacrificio compiuto sul terreno dell'immediatezza il legislatore ha previsto la necessità che le dichiarazioni rese in sede incidentale da un minore ex art. 398 comma 5° *bis*, debbano essere “documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva”⁶⁸; il giudice del dibattimento non leggerà un mero verbale, ma potrà prendere visione della videoregistrazione e così avere la possibilità di valutare anche tutti gli elementi non verbali della comunicazione del dichiarante. La concessione all'immediatezza non pare però essere adeguata: se così fosse, se fosse sufficiente la visione di un video da parte del giudice, allora il principio potrebbe anche non esistere e tutte le prove potrebbero formarsi nel corso delle indagini, nel contesto della dialettica tra le parti, lasciando poi ad un diverso giudice il compito di decidere. Così però non è, il principio di immediatezza richiede che il giudice che emetterà la decisione sia lo stesso che ha assistito all'assunzione della prova; ogni altra qualificazione dell'immediatezza non realizza il principio, ma solo una parvenza di esso. Si è poi osservato⁶⁹ come la previsione non sia accompagnata da un'apposita sanzione in

⁶⁸ A. FAMIGLIETTI, *La testimonianza del minore di sedici anni*, cit., p. 295, ritiene che il sacrificio all'immediatezza venga in parte attenuato dal ricorso a tali modalità di documentazione privilegiata.

⁶⁹ Secondo M. BARGIS, *Commento alla legge n. 66 del 1996*, cit., p. 514, il silenzio del legislatore sul punto potrebbe essere frutto di una scelta prudenziale, in quanto la sanzione dell'inutilizzabilità prevista per la norma dell'art. 141 *bis*, – modalità di documentazione dell'interrogatorio di persona in stato di detenzione – era stata ritenuta eccessivamente rigida. L. IAFISCO, *Commento alla legge n. 269 del 1998*, cit., p. 143, critica la mancanza della sanzione, che, di fatto, svuota la ratio della norma e sottolinea anche che sarebbe stato più corretto utilizzare la congiunzione “e”, anziché la disgiunzione “o”, parlando delle modalità per la documentazione, “si sarebbe potuto andare oltre, prevedendo obbligatoriamente la riproduzione audiovisiva, almeno per quei casi in cui l'espressione del volto, i silenzi, etc., possono rivestire un ruolo importante per la valutazione complessiva della deposizione”. Anche L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone*, cit., p. 309, rileva la mancanza di una previsione sanzionatoria per il mancato rispetto (al contrario di quanto accade nel caso dell'articolo 141 *bis*, norma “ispiratrice” di quella qui in esame) che rischia di ridurre la portata della norma a

caso di inosservanza, con il rischio che la prescrizione venga disattesa nella prassi. Altra problematica è relativa all'ambito di applicazione: queste particolari modalità di documentazione valgono solo per l'ipotesi in cui è un minore, vittima del reato, a rendere una dichiarazione oppure si applicano a tutti i casi in cui, procedendosi per i delitti indicati, risulti coinvolto a qualsiasi titolo, quindi anche non in qualità di persona offesa, un minore?⁷⁰

Con il d.lgs n. 24 del 4 marzo 2014 è stato aggiunto un comma 5° *ter* al medesimo articolo, che prevede che “il giudice, su richiesta di parte, applica le disposizioni di cui al comma 5° *bis* quando tra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizioni di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede”. Viene quindi introdotta la condizione di vulnerabilità, che può essere riconosciuta anche ad una persona maggiorenne. Tale qualificazione andrà valutata in concreto da parte del giudice⁷¹, dando così rilievo a quella valutazione individuale (*individual assesment*) di cui fa menzione la direttiva 2012/29/UE: si apre così alla possibilità di considerare come soggetto meritevole di tutela non solo il minore, ma anche la persona maggiorenne che, per le condizioni in cui si trova, per la tipologia del reato di cui è stata vittima, può acquisire le caratteristiche di un soggetto vulnerabile⁷².

Esame in dibattimento del minorenne escusso in incidente probatorio – art. 190 bis c.p.p.

La *ratio* dell'intervento legislativo effettuato con la legge del 1996, individuata anche nell'intento di liberare il soggetto debole dal peso del processo, rischiava di essere mortificata da una disciplina che, mentre incoraggiava l'assunzione della prova

mera declamazione.

⁷⁰ Accoglie questa seconda ipotesi P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 243.

⁷¹ P. RENON, *Articolo 401*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, CEDAM, Padova, 2015, p. 1761.

⁷² La norma ha comunque sollevato dei problemi, uno di essi il rischio di discrezionalità eccessiva da parte del giudice nel valutare la situazione di vulnerabilità e la conseguente non sindacabilità della decisione. Così, P. RENON, *op. loc. cit.*

dichiarativa del minore e della vittima in casi concernenti reati particolarmente gravi nella sede protetta dell'incidente probatorio, lasciava del tutto libera la reiterazione della testimonianza in dibattimento. La lacuna non era esente da critiche⁷³, si faceva notare come la finalità della norma venisse di fatto ridotta, essendo possibile che il minore fosse esaminato poi in dibattimento e ciò sulla base della disposizione dell'art. 511 comma 2°, che subordina la lettura dei verbali di dichiarazioni assunte in incidente probatorio all'esame dibattimentale del dichiarante.

L'intervento è stato effettuato due anni più tardi, con la legge n. 269 del 1998 ed ha avuto ad oggetto l'art. 190 *bis*: questo originariamente prevedeva la limitazione all'esame in dibattimento per coloro che avevano già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio, o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate, ovvero dichiarazioni assunte ex art. 238, solamente nei procedimenti per i delitti indicati nell'art. 51 comma 3° *bis*; l'esame in questi casi sarebbe stato ammesso inizialmente solo qualora il giudice lo avesse ritenuto "assolutamente necessario". La legge citata ha introdotto un comma 1° *bis* all'articolo, con lo scopo di mettere un freno all'esame dibattimentale del solo minore di anni sedici. Si nota subito la differenza con il comma 1° *bis* dell'art. 392: quest'ultimo è stato oggetto di modifica, con la legge n. 38 del 2009 e la sua previsione è ora estesa a tutti i minorenni che devono essere sentiti come testimoni nei procedimenti per i delitti indicati nel comma; analoga modifica non ha invece investito l'art. 190 *bis*, che è rimasto caratterizzato dall'originario limite soggettivo. La disposizione del comma 1° *bis* introdotta dalla legge del 1998 ricalcava quella del comma precedente e, di conseguenza, limitava molto il diritto alla prova nei procedimenti per i reati indicati. La reiterazione dell'esame di un minore di sedici anni già escusso in incidente probatorio poteva avvenire solo previa valutazione positiva, da parte del giudice, sulla assoluta necessità, ledendo così il nucleo del diritto di difesa: il diritto a difendersi controinterrogando⁷⁴. La compressione del diritto riguardava già i delitti indicati nel comma primo ed ora veniva estesa al nuovo comma 1° *bis*. Di fatto le parti venivano

⁷³ G. CONTI, *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio*, cit., p. 27.

⁷⁴ E. MARZADURI, *Commento alla legge n. 63 del 2001 – Art 3*, in *Legis. Pen.*, 2002, f. 1-2, p. 165. Di analoga opinione, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 82.

private di un diritto che il codice riconosce loro all'art. 190, per cui “le prove sono ammesse a richiesta di parte”⁷⁵. Il diritto sottratto loro veniva posto in capo al giudice, la cui funzione invece è quella di garante della legalità del processo, che acquisiva un ruolo attivo nell'assunzione della prova⁷⁶, potendo stabilire quali prove avessero diritto alla rinnovazione in dibattimento e quali invece vi entrassero già costituite nell'incidente probatorio o in un'altra delle modalità indicate dall'art. 190 *bis*⁷⁷. Di fatto, la regola fondamentale, per cui è il dibattimento il luogo privilegiato per l'assunzione della prova e solo in via eccezionale si può ammettere l'acquisizione di prove nella fase delle indagini, veniva completamente stravolta, invertendo così il rapporto regola-eccezione. Poteva accadere che una prova, pur avendo i requisiti di rilevanza e non superfluità richiesti dall'art. 190, venisse esclusa dall'assunzione in dibattimento, sulla base di una decisione autonoma del giudice. La lesione non aveva ad oggetto solo il diritto alla prova⁷⁸, ma anche, come è intuibile, il principio di oralità-immediatezza, perché si dava ampio spazio all'ingresso di una prova scritta in dibattimento, sacrificando l'oralità e, di conseguenza, il giudice chiamato ad emettere la decisione avrebbe dovuto fondare il proprio convincimento su un verbale di una prova che non si era formata dinanzi a lui. Il *vulnus* colpiva anche il contraddittorio, essendo prevista nella disposizione pure l'ipotesi in cui la dichiarazione fosse stata resa in altro procedimento e il relativo verbale acquisito a norma dell'art. 238: era così possibile che la prova che entrava in dibattimento e sulla quale poi il giudice avrebbe deciso, fosse stata formata non solo dinanzi ad un diverso organo giudicante, ma anche in assenza di un possibile confronto dialettico tra le parti.

⁷⁵ Diritto tipico del processo di stampo accusatorio, “a sua volta tipica manifestazione del diritto di difesa, per quanto riguarda le parti private, sotto il particolare profilo dell'esigenza di 'difendersi provando’” così, V. GREVI, *Prove*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 7^a ediz., 2015, CEDAM, Padova, p. 330.

⁷⁶ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 80.

⁷⁷ La caratteristica che assumeva il giudice in questa ipotesi era simile a quella che gli spettava nel vigore del sistema inquisitorio, dove il giudice istruttore era un vero e proprio “signore del processo e delle prove” (P. TONINI, *Dal codice del 1930 al codice del 1988*, in P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 17).

⁷⁸ “Il diritto alla prova infatti non può dirsi garantito a fronte del potere assoluto del giudice circa la necessità di assumere una determinata prova”, così A. FAMIGLIETTI, *La testimonianza del minore di sedici anni*, cit., p. 294.

Tutto ciò costituiva una limitazione non accettabile per il diritto alla prova e, più in generale, per le caratteristiche del 'nuovo' processo penale, soprattutto in vista della modifica che nel 1999 ha investito l'art. 111 della Costituzione; infatti, con la legge n. 63 del 2001, la norma è stata sottoposta ad una correzione: l'avverbio 'assolutamente' è stato eliminato e si è recuperato il diritto delle parti all'assunzione della prova subordinando l'esame in dibattimento ad una valutazione di necessità effettuata dal giudice o da una delle parti. La necessità deve risultare sulla base di “specifiche esigenze”, non meglio precisate dal codice, lasciando così lo spazio ad una possibile discrezionalità del giudice nel vietare la reiterazione dell'esame sulla base del fatto che le esigenze non lo giustificano. La reiterazione dell'esame può avvenire anche quando esso riguardi fatti o circostanze diversi da quello delle precedenti dichiarazioni⁷⁹. Rispetto alla formulazione antecedente si aprono quindi gli spazi che permettono di ripetere l'esame in dibattimento, ma rimane il fatto che la norma stabilisce dei requisiti per l'assunzione probatoria che sono diversi e che si aggiungono a quelli ordinari previsti dall'art. 190. Uno dei maggiori problemi sollevati dalla nuova formulazione dell'articolo riguarda proprio il significato di quelle “specifiche esigenze” che giustificano l'esame dibattimentale; si tratta di un'espressione vaga⁸⁰, che non viene precisata e che lascia ampia discrezionalità al giudice nella decisione, inoltre i problemi si accentuano se si considera che il giudice deve decidere sulla richiesta avendo una conoscenza limitata riguardo l'intero oggetto dell'accertamento.

Infine, risulta dubbia la legittimità costituzionale della limitazione al diritto alla prova nei confronti delle esigenze tutelate con la norma: la riservatezza dell'infrasedicenne vittima di gravi reati a sfondo sessuale e la necessità di evitare la reiterazione delle deposizioni (il 1° comma dell'art. 190 limita invece il diritto alla prova con la finalità di tutelare la fonte di prova dal rischio di intimidazioni o di “usura”). Tuttavia, mentre il diritto a confrontarsi con l'accusatore trova copertura costituzionale nell'art. 111 comma 3°, potendovisi derogare solo in vista delle eccezioni costituzionalizzate nel comma 5°, tali altre esigenze alle quali si ispira il comma 1° *bis*

⁷⁹ In questo modo però si esclude il contraddittorio dibattimentale sulle dichiarazioni già rese che vengono così 'congelate' nell'incidente probatorio.

⁸⁰ Critico E. MARZADURI, *Commento alla legge n. 63 del 2001*, cit., p. 170.

dell'art. 190 non sembrano “poter trovare copertura costituzionale in alcuna di quelle deroghe”⁸¹.

Come è stato rilevato, il legislatore sembra aver trascurato l'eventualità che il minore possa ricevere una tutela anche in dibattimento⁸²; la stessa legge n. 269 del 1998, attraverso un rinvio alla disposizione dell'art. 398 comma 5° *bis*, introdotta nell'aggiunto comma 4° *bis* dell'art. 498, ha permesso l'applicazione anche in dibattimento della possibilità per il giudice di stabilire tempo, luogo e modalità particolari per l'assunzione della prova qualora ad essa sia interessato un soggetto minore d'età (o un infermo di mente); per altro l'applicazione non è nemmeno limitata a quella stretta cerchia di reati, non facendo il comma 4° *bis* alcuna menzione a riguardo⁸³. Tale sembra essere una delle cause che ha portato all'incremento delle ipotesi di incidente probatorio: si è fatto eccessivo affidamento sulle capacità della procedura incidentale di porsi come strumento di soluzione dei problemi che permette di tutelare la personalità del testimone vulnerabile e allo stesso tempo assicurare la genuinità della prova⁸⁴; la stessa dottrina esalta l'efficacia del meccanismo incidentale⁸⁵, ritenuto il “luogo elettivo”⁸⁶ per soddisfare le esigenze di tutela del teste, assicurando al tempo stesso il contraddittorio. Si è però sottovalutato il fatto che “ogni estensione [dell'incidente probatorio] implica una rinuncia al dibattimento come luogo elettivo di formazione della prova”⁸⁷ e, alla luce delle considerazioni fatte nel capitolo precedente in merito al rapporto tra contraddittorio e immediatezza, dove si è giunti alla conclusione per cui l'uno non può

⁸¹ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 88.

⁸² L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone*, cit., p. 306 e L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 181.

⁸³ Anche se riguardo a tale punto esiste un contrasto in dottrina, come si vedrà *infra* § 3.3.2 *Le deroghe alla cross examination nell'assunzione della testimonianza di un minore – articolo 498 commi 4°, 4° bis, 4° ter.*

⁸⁴ Invece, come sottolineato anche dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza n. 108 del 2003, “l'esigenza, costituzionalmente rilevante, di assicurare, nell'assunzione della testimonianza di soggetti fragili, modalità che garantiscano la tutela della personalità del teste e la genuinità della prova, deve trovare e trova espressione indipendentemente dal ricorso o meno all'incidente probatorio”.

⁸⁵ L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 178; G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1027; S. NOSEGNO, *La normativa sul minore persona offesa nel processo ordinario e nel procedimento penale minorile: prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2006, f. 1, p. 230.

⁸⁶ G. GIOSTRA, *op. loc. cit.*

⁸⁷ M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo*, cit., p. 163.

realizzarsi a prescindere dall'altro principio, si è errato nel ritenere comunque assicurato il metodo del contraddittorio. Più precisamente, il contraddittorio è stato degradato a principio sacrificabile, mentre si è assegnato un peso di rilievo alle esigenze di protezione della serenità e riservatezza del teste che, per quanto si tratti di valori che non possono essere messi da parte, è possibile ottengano una tutela anche nella sede dibattimentale, il luogo idoneo per l'assunzione della prova⁸⁸.

Sarà quindi opportuno spostare l'attenzione sul dibattimento, in quanto è possibile individuare delle cautele che permettano di assicurare la tutela della riservatezza del soggetto vulnerabile, ma rimanendo comunque all'interno dell'area dibattimentale; ciò è dimostrato dai vari interventi legislativi, che, seppure disorganici e ricchi di rimandi ad altre norme, hanno tentato di perseguire tale obiettivo.

L'esame del minore in dibattimento

Il metodo della cross examination nell'assunzione della testimonianza

Una delle novità più rilevanti introdotte dal nuovo codice è costituita dall'utilizzo dell'esame incrociato per l'assunzione di prove dichiarative, che rappresenta “la massima esaltazione del metodo dialogico della formazione della prova”⁸⁹. La tecnica dell'esame incrociato si basa sulla considerazione che la verità processuale possa meglio

⁸⁸ Il problema dell'eccessivo ricorso all'incidente probatorio è stato denunciato anche dalla relazione dell'Unione delle Camere penali del 22 maggio 2009 (può essere letta sul sito www.camerepenali.it) – poi ribadita nel corso del Congresso straordinario del 2-4 ottobre 2009 – dove si mette in risalto che lo stravolgimento delle regole del codice di rito non solo indebolisce la coerenza e la tenuta complessiva dell'impianto codicistico, ma tende anche ad indebolire i caratteri accusatori del processo. Nella relazione si fa proprio riferimento alla legge n. 38 del 2009 la quale ha inciso sull'art. 392 comma 1° *bis* estendendo l'ambito di operatività della norma, accentuando così il processo che ha portato l'istituto incidentale al di fuori delle caratteristiche con le quali era stato predisposto, ponendo anche problemi di legittimità costituzionale della normativa.

⁸⁹ A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, f. 5, p. 458. Già nel vigore del codice abrogato, P. FERRUA, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 285 s., sottolineava che per una compiuta attuazione del principio dell'oralità era necessario “lo svolgimento degli esami testimoniali secondo il metodo della *cross examination*”.

emergere attraverso lo scontro dialettico di accusa e difesa; è tramite questa modalità che si può mettere in risalto la differenza tra la precedente concezione autoritativa della prova e quella attuale, la qualificazione dialettica⁹⁰: nel codice abrogato il dibattimento aveva la sola funzione di sede nella quale il teste si limitava a confermare quanto già dichiarato nella fase istruttoria; non vi era alcuno spazio per la dialettica dibattimentale e il giudice, avendo una piena conoscenza dei verbali istruttori, giungeva al giudizio con un'opinione già formata. Accolta un'accezione dialettica della prova è evidente come non si possa più ammettere che il dibattimento sia ridotto ad una mera conferma di risultati già acquisiti, ma deve divenire il terreno di formazione della prova e ciò deve avvenire nel contraddittorio tra le parti. Parlare di contraddittorio per la prova ha senso, come già affermato nel capitolo dedicato a tale argomento, quando ci si riferisce alle prove dichiarative, che possono formarsi nel processo: è su di esse che si richiede il metodo del contraddittorio e l'utilizzo dell'esame incrociato per la formazione della stessa. Il rispetto del principio del contraddittorio richiede che le parti siano poste nella condizione di far sprigionare alla fonte di prova “tutte le potenzialità dimostrative a sostegno della loro tesi”⁹¹; il miglior metodo per realizzare tale obiettivo è allora l'esame incrociato⁹², perché permette il contestuale scontro dialettico sulla fonte di prova⁹³, attraverso le domande poste direttamente dalle parti, che divengono così protagoniste dell'attività argomentativa. La verità infatti non è preesistente, ma essa si manifesta “attraverso il confronto dialettico tra le stesse parti”⁹⁴. Grazie alla sequenza nella quale si articola la *cross examination* – esame diretto, controesame e riesame - alle parti è permesso un dialogo diretto e senza mediazioni con la fonte di prova e anche con il

⁹⁰ L. KALB, *La “ricostruzione orale” del fatto tra “efficienza” ed “efficacia” del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 15.

⁹¹ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio*, cit., p. 7.

⁹² P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 77, sostiene che tramite l'esame incrociato il contraddittorio raggiunge il suo livello più alto.

⁹³ Si realizza “lo scontro diretto tra punti di vista confliggenti”, M. STONE, *La cross examination, strategie e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 4.

⁹⁴ D. MANZIONE, *Le nuove “regole” per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. Pen.*, 1991, f. 8-9, p. 1480. Il presupposto è che “la verità si manifesta indipendentemente dal volere delle parti [...], nel conflitto di opposte prospettive, nello scontro dialettico e ritualizzato tra gli antagonisti durante la formazione della prova orale”, così P. FERRUA, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 78 s.

giudice: le parti – più precisamente, il difensore per la difesa, in quanto non è permesso all'imputato rivolgere direttamente le domande al teste, al contrario di ciò che avviene nel processo americano - quando esaminano il teste non si limitano ad interrogarlo, ma comunicano anche con il giudice; si deve infatti tenere presente che l'organo giudicante è all'oscuro riguardo allo svolgimento degli atti d'indagine e conosce solo parzialmente i fatti oggetto dell'imputazione, dovrà quindi servirsi dell'attività delle parti, le quali “usano le domande e il *modus agendi* nell'esame come veicoli di comunicazione della linea di attacco o di difesa sostenuta in giudizio”⁹⁵. Da qui la conseguenza⁹⁶ che non è possibile ridurre il controesame ad una mera tecnica con funzione distruttiva⁹⁷, basata sullo scontro, ma esso presenta una duplice finalità: una distruttiva che tende ad indebolire la prova testimoniale che si pone a danno della ipotesi che ciascuna parte intende sostenere e un'altra costruttiva, finalizzata ad ottenere direttamente dal teste che ha deposto a favore della parte avversa, dichiarazioni favorevoli e positive per la propria ricostruzione dei fatti⁹⁸. L'esame e il controesame quindi, più che tecniche di assunzione delle prove orali, possono essere definite come il “mezzo attraverso il quale una conoscenza di un determinato fatto si fa prova”⁹⁹.

La conduzione dell'esame deve rispettare una serie di regole poste dal codice – le norme chiave sono gli artt. 498 e 499 – sul presupposto che la modalità con la quale si opera non è influente sull'attendibilità del risultato e che eventuali distorsioni che intervengono nel meccanismo di assunzione del mezzo di prova incidono sulla genuinità degli enunciati probatori¹⁰⁰. Come anticipato, le domande sono rivolte direttamente dalle parti, che acquisiscono un ruolo chiave, contrapposto a quello nel quale erano relegate

⁹⁵ E. AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, in M. Stone, cit., XXIII. E. SELVAGGI, *Voce Esame diretto e controesame*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IV, 1990, p. 282, sottolinea come la conduzione dell'esame ad opera delle parti è imposta dalla mancanza di conoscenza che il giudice ha riguardo alla vicenda processuale. Anche L. KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, f. 12, p. 1553, ritiene che “le modalità di svolgimento dell'esame rappresentano veicoli di comunicazione delle strategie di accusa o difesa”.

⁹⁶ Messa in rilievo da E. AMODIO, *op. loc. cit.*

⁹⁷ Al contrario, M. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, f. 2, p. 428, sostiene che nell'interrogatorio incrociato non si attui un dialogo, ma uno scontro.

⁹⁸ M. STONE, *La cross examination*, cit., p. 159.

⁹⁹ E. SELVAGGI, *op. loc. cit.*

¹⁰⁰ L. KALB, *La “ricostruzione orale” del fatto*, cit., p. 14.

nel vigore del procedimento di stampo inquisitorio. Caratteristica del sistema accusatorio è quella di mettere in primo piano le parti, essendo coloro che conoscono i risultati delle attività svolte nel corso delle indagini e che sanno quali sono le domande più appropriate per fare emergere argomenti a sostegno della propria tesi processuale.

La sequenza nella quale si articola la *cross examination* prevede tre fasi: l'esame diretto, il controesame e il riesame (art. 498). La prima fase è condotta dalla parte che chiede l'assunzione di quella testimonianza; a causa dello stretto rapporto che intercorre tra esaminato ed esaminatore nell'ambito dell'esame diretto, quest'ultimo è sottoposto ad alcune regole in modo da evitare che la genuinità della deposizione sia viziata; infatti l'art. 499 comma 3° stabilisce il divieto di domande suggestive, sono queste le domande che tendono a suggerire la risposta¹⁰¹. La ragione del divieto sta appunto nella caratteristica dell'esame diretto: acquisire al processo delle conoscenze a sostegno della tesi prospettata dalla parte che chiede l'esame¹⁰². Il codice vuole fare in modo che la deposizione sia il più possibile veritiera, evitando i condizionamenti che avverrebbero qualora venissero poste delle domande che contengono già la risposta che il teste deve fornire¹⁰³. La domanda suggestiva non è invece vietata nel controesame, che rappresenta

¹⁰¹ Secondo E. SELVAGGI, Voce *Esame diretto e controesame*, cit., p. 283 s., la domanda suggestiva incide direttamente sul contenuto della dichiarazione perché contiene in sé la risposta, guidando il soggetto verso una determinata dichiarazione; si tratta delle c.d. “*leading questions*” dell’esperienza giuridica americana. La domanda nociva, vietata sia in sede d’esame che di controesame, invece incide sulla modalità con la quale viene presentata, in quanto, facendo leva su meccanismi psicologici dell’esaminando, altera la sua libertà nel rispondere.

¹⁰² L’esame diretto infatti è destinato a “influenzare favorevolmente chi ascolta”, L. FALDATI, *La cross examination nel giudizio penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2008, f. 3, p. 257.

¹⁰³ Punto di contrasto in giurisprudenza è la conseguenza della violazione del divieto, in particolare se essa comporti l’inutilizzabilità ex art. 191 (inutilizzabilità che colpisce le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge): in Cass., 21 gennaio 1992, Daniele ed al., in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 618, si fa rientrare la violazione del disposto di cui all’art. 499 comma 3° nel caso di inutilizzabilità ex art. 191 il quale “esclude di poter utilizzare ai fini della deliberazione, prove che siano state acquisite in violazione di uno specifico divieto e ciò anche se la norma violata non prevede alcuna sanzione”. Dall’altro lato Cass., 14 luglio 2005, Grancini ed al., in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, f. 1, p. 109, ha escluso la sanzione dell’inutilizzabilità per la medesima violazione, motivando con l’affermazione che si tratta non di “prove assunte in violazione di divieti posti dalla legge, bensì di prove assunte con modalità diverse da quelle prescritte”. Ha poi escluso anche la sussistenza della sanzione della nullità essendo questa sottoposta al principio di tassatività che non permette di allargare, oltre i limiti stabiliti dalla legge, l’operatività della sanzione ad ipotesi che non vi rientrano – tra queste appunto la violazione dei divieti di cui all’art. 499 comma 3° -.

la seconda sequenza dell'esame incrociato e che, peraltro, è solamente eventuale¹⁰⁴, poiché può essere richiesto dalla parte che ha un interesse contrario a quella che ha chiesto l'esame¹⁰⁵. È qui che si nota l'aspetto dialettico nella formazione della prova: il teste non è esaminato solo dalla parte che ne ha chiesto l'escussione che, come ovvio, porrà le domande necessarie per corroborare la propria strategia in giudizio, ma egli è sottoposto anche a domande ad opera della parte avversa, il cui intento sarà quello di mettere in discussione quanto il dichiarante ha in precedenza affermato¹⁰⁶. Il controesame può svolgersi sia sui fatti che sulla credibilità del dichiarante, può quindi essere utile per fare emergere una diversa ricostruzione dei fatti rispetto a quanto affermato in sede di esame, ma anche per dimostrare le eventuali inesattezze sintomo della mancanza di attendibilità della fonte testimoniale¹⁰⁷. Sono le caratteristiche dell'istituto che permettono regole meno stringenti, consentendo il ricorso alle domande suggestive; spesso infatti è proprio l'utilizzo della domanda suggestiva a rendere possibile la verifica circa l'attendibilità di chi vi si sottopone.

¹⁰⁴ E. LEONE, *Sull'ammissibilità del controesame o della controprova nell'ipotesi di rinuncia all'esame principale*, in *Cass. pen.*, 1997, f. 5, p. 1522 vede il controesame in una posizione subordinata rispetto all'esame diretto, in funzione di contraddirne l'assunto. La stessa giurisprudenza di merito, Trib. Firenze, 2 dicembre 1994, n. 1061, in *Cass. pen.*, 1995, f. 2, p. 1669, ha affermato che il controesame “non introduce un *novum*, non amplia la materia oggetto della prova. La sua ratio è nel tentativo di dimostrare l'inattendibilità delle dichiarazioni effettuate nell'esame”.

¹⁰⁵ E. SELVAGGI, *Voce Esame diretto e controesame*, cit., p. 284, non esclude che il divieto di domande suggestive operi anche in sede di controesame, quando questo sia condotto dalla parte che ha un interesse comune a colui che ha condotto l'esame diretto (esempio: parte civile nei confronti dell'esame del pubblico ministero). Tuttavia si può parlare effettivamente di controesame solo con riferimento a quello condotto dalla parte che ha un interesse contrario, quindi si deve dedurre che il divieto non possa mai operare in sede di controesame.

¹⁰⁶ “Attraverso il rapido succedersi di domande (spesso tendenziose ed ingannevoli) e risposte si cerca di raccogliere quanti più dati è possibile, mettendo in luce le eventuali deficienze o falsità nella ricostruzione del reale accadimento dei fatti”, C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore*, cit., p. 76.

¹⁰⁷ La dottrina, M. STONE, *La cross examination*, cit., p. 156 s., fa notare come il controesame può rivelarsi un'arma a doppio taglio, soprattutto se condotto in modo inesperto e senza uno scopo ben definito. Sbaglia chi conduce il controesame ripercorrendo pedissequamente la deposizione resa nel corso dell'esame diretto, nella vana speranza di indurre il teste a contraddirsi, ovvero insistendo su dettagli privi di rilievo. Di diversa funzione è il controesame che induce indirettamente il teste a ripetere la deposizione originaria quasi parola per parola, sintomo del fatto che si è di fronte ad un racconto già preparato e mandato a memoria. La scelta dei testi da sottoporre al controesame deve essere effettuata sulla base di ciò che i testimoni hanno effettivamente dichiarato, tenendo conto degli sviluppi del dibattimento e procedendo sempre con uno scopo chiaro e ben definito.

Al termine del controesame la parte che originariamente aveva svolto l'esame diretto può chiedere di riesaminare il teste, 'riabilitando' così la sua posizione dopo che questi è stato sottoposto al controesame della controparte – il riesame è doppiamente eventuale in quanto presuppone che vi sia stato il controesame e che la parte che ha condotto l'esame diretto lo richieda. Diverse sono invece le domande 'nocive' – domande che “possono nuocere alla sincerità delle risposte” (art. 499 comma 2°) -, domande che si servono di una tecnica “subdola ed insidiosa”¹⁰⁸, inducendo il teste ad una deposizione non veritiera e che sono vietate comunque, sia in sede d'esame che di controesame¹⁰⁹. Il divieto può essere ricollegato a quello previsto dall'art. 64 comma 2°, relativo all'interrogatorio, per cui “non possono essere utilizzati neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti”; più in generale si ricollega al rispetto dell'obbligo di lealtà delle parti¹¹⁰.

L'esame deve essere svolto tramite “domande su fatti specifici” (art. 499 comma 1°); si vuole così evitare che la testimonianza si riduca ad un'incontrollata narrazione ad opera del dichiarante che potrebbe avere mandato a memoria il racconto dei fatti; la specificità delle domande serve però anche a “preparare il terreno per un efficace controesame ad opera della parte che non ha chiesto l'escussione del teste”¹¹¹. Il teste invece deve essere lo strumento del quale le parti si servono per introdurre nel processo delle conoscenze su un fatto al quale il giudice è totalmente estraneo e quindi 'utilizzare' il testimone per ricostruire la propria tesi processuale. La domanda acquisisce quindi un ruolo centrale: sarà il rispetto delle regole poste dall'art. 499 che assicura la genuinità

¹⁰⁸ G. GIANZI, Voce *Esame diretto e controesame*, in *Enc. dir. agg.*, Vol. III, 1999, p. 597.

¹⁰⁹ All'interno di tale categoria, formulata dal legislatore in modo ampio, la dottrina vi ha fatto rientrare: le domande intimidatorie, quelle suadenti, quelle che cercano di innervosire il testimone o di trarre profitto dalle sue debolezze di natura caratteriale o culturale. M. BARGIS, Voce *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. II, 2008, p. 1126. L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone*, cit., p. 35, ritiene che, nonostante la norma faccia esclusivo riferimento al profilo della sincerità/genuinità della risposta, sia coinvolto anche il profilo del possibile pregiudizio per la libertà morale del teste, in quanto la domanda nociva nuoce all'accertamento, ma anche all'autodeterminazione della persona esaminata.

¹¹⁰ G. GIANZI, *op. loc. cit.*

¹¹¹ D. MANZIONE, *Le nuove “regole”*, cit., p. 1481.

della dichiarazione¹¹². Le parti sono tenute a presentare, almeno sette giorni prima della data dell'udienza dibattimentale, le liste contenenti l'indicazione dei testi dei quali chiedono la citazione, con l'indicazione delle “circostanze su cui deve vertere l'esame” (art. 468 comma 1°); si evitano così le c.d. 'prove a sorpresa' - ne è quindi escluso l'esame dell'imputato, essendo un mezzo di prova eventuale -. Proprio a causa di queste rigide indicazioni fornite dal codice, l'oggetto delle domande poste in sede di controesame non può spingersi oltre i confini posti con l'esame diretto: le “altre domande” di cui all'art. 498 comma 2° non possono essere considerate come “domande nuove”, che ampliano il tema di prova o aprono un nuovo argomento¹¹³; pertanto in sede di controesame “la parte che non ha indicato il teste a suo favore, non può proporre in sede di controesame di quello introdotto da altra parte, domande su circostanze diverse da quelle specificate da chi ha richiesto l'esame al momento della presentazione della relativa lista; se così non fosse verrebbero frustrati i termini temporali e i limiti di ammissibilità prescritti dal codice di rito per l'ingresso in processo delle prove indicate dalle parti, nonché le regole concernenti le modalità di assunzione delle stesse”¹¹⁴. Il codice detta delle regole anche per quanto riguarda l'ordine delle domande, che riflette il principio dell'onere della prova per cui è il pubblico ministero, che muove l'accusa, a porre per primo le domande, da ultimo verranno poste dal difensore dell'imputato.

¹¹² Viene riconosciuto al presidente il potere di intervenire nell'esame al fine di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte e la lealtà dell'esame stesso. La Cassazione, Cass., 17 dicembre 1992, Fiannaca, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 779, ha riconosciuto al presidente del collegio il potere di “stabilire caso per caso la pertinenza e l'utilità delle domande”, precisando che il concetto di esame incrociato “non può essere identificato con la libertà priva di ogni vincolo a scelta esclusiva della difesa”. L'anno seguente la stessa Cassazione, Cass., 15 dicembre 1994, Rizzo, in *La giust. pen.*, 1995, p. 592, ha riconosciuto l'assenza di violazione del diritto di difesa quando il presidente interviene per chiedere precisazioni al teste riguardo il contenuto di una risposta in conseguenza di una domanda formulata dal difensore.

¹¹³ G. FRIGO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Coordinato da M. Chiavario, Vol. V, Utet, Torino, 1991, p. 234 s. Nello stesso senso anche E. LEONE, *Sull'ammissibilità del controesame*, cit., p. 1523. Inoltre, quando il codice vuole riferirsi alla possibilità di proporre domande nuove, su temi più ampi, lo fa utilizzando l'espressione “nuove domande” contenuta nel terzo comma dell'articolo in esame, riferendosi al riesame, mentre con riguardo al controesame non si parla di “nuove domande”, bensì di “altre domande”, indicando così delle domande il cui tema non amplia quello già posto nell'esame diretto.

¹¹⁴ Cass., 6 novembre 1996, Di Gennaro; confermata da Cass., 23 marzo 2005, M. M. N, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, f. 5, p. 559.

L'ordine è lo stesso previsto dall'art. 493 relativamente alle richieste di prova (precedentemente rubricato “esposizione introduttiva”): vengono introdotte prima le prove a carico, successivamente quelle a discarico. Accanto alla modalità ordinaria il codice individua delle deroghe, frutto del bilanciamento con altri interessi; nel caso specifico preso qui in considerazione, l'interesse è quello della serenità del minore chiamato a rendere la propria testimonianza per il quale l'art. 498 comma 4° prevede una modalità di escussione che esclude il ruolo diretto delle parti, uno degli elementi di novità che hanno caratterizzato l'attuale codice, prevedendo all'opposto la mediazione tramite la figura del giudice, soggetto neutro il cui compito è quello di interloquire con il minore su domande e contestazioni proposte dalle parti.

Le deroghe alla cross examination nell'assunzione della testimonianza di un minore – artt. 498 commi 4°, 4° bis, 4° ter c.p.p.

La tecnica dell'esame incrociato viene ritenuta non idonea quando ad essere esaminato è un teste minorenni, sulla base della considerazione che la cadenza serrata delle domande rivolte nell'esame e soprattutto nel controesame – dove, come affermato, sono ammesse le domande suggestive - non sia compatibile con le caratteristiche del minore, soggetto la cui personalità non è ancora formata e che può rischiare di subire dei traumi da una tecnica di interrogatorio che spesso è fonte di ansia e stress anche per un adulto¹¹⁵. Un'altra ragione della deroga si rinviene nella tutela della genuinità della prova, per cui il metodo dell'esame incrociato, se applicato ad un soggetto che non ha ancora raggiunto quel grado di maturità che dovrebbe caratterizzare l'età adulta, non è in grado di fornire informazioni attendibili e veritiere¹¹⁶. La soluzione, indotta anche da

¹¹⁵ M. STONE, *La cross examination*, cit., p. 303 s. Il minore è infatti un soggetto la cui personalità è *in fieri*: l'esperienza di dover deporre in un'aula di tribunale rischierebbe di pregiudicare la sua crescita e interferire con il suo sviluppo psicologico; così A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minori e infermo di mente*, in *Famiglia e diritto*, 2005, f. 3, p. 327.

¹¹⁶ G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1020 s., riporta quanto emerso in sede di lavori preparatori al nuovo codice per cui la modalità di assunzione della deposizione non è neutra, ma essa incide sui risultati della testimonianza; una stessa modalità produce risultati diversi a seconda della fonte, per cui l'esame incrociato “può presentare qualche controindicazione se applicato al teste

quanto prescritto nella legge delega¹¹⁷, ha tentato di individuare un punto di equilibrio tra l'esigenza di non rinunciare alla testimonianza di un minore e la tutela della dignità della fonte debole; il riferimento è qui all'art. 498, il quale, dopo aver posto le regole dell'esame incrociato, individua nel comma 4° una deroga che investe uno degli elementi fondamentali di tale metodo: l'esclusione della possibilità per le parti di porre direttamente le domande al teste. La *cross examination* nella sua massima espressione viene messa da parte, affidando invece al giudice (nello specifico, il presidente), soggetto neutrale e quindi privo di un interesse nel processo, il potere di condurre l'esame "su domande e contestazioni proposte dalle parti"¹¹⁸. L'escussione della fonte di prova ad opera del giudice è quindi stata ritenuta la via meno "traumatica"¹¹⁹ attraverso la quale il minore può fornire il proprio contributo conoscitivo nel processo penale.

Dalla lettura della disposizione in esame emerge una netta differenza con quanto previsto in sede di incidente probatorio per la tutela del minore: diversamente dalla procedura incidentale, qui in dibattimento non viene in rilievo il titolo di reato per il quale si procede; la deroga investe tutte le ipotesi in cui ad essere esaminato sia un soggetto che non ha ancora raggiunto i diciotto anni, indipendentemente dalla tipologia di reato nella quale egli sia, a qualsiasi titolo, coinvolto. Se allora può essere condivisibile l'intento del legislatore che non ha considerato meritevole di tutela solo il minore vittima o semplicemente testimone di reati a sfondo sessuale – anche un minore che è stato spettatore di un brutale omicidio può infatti avere subito dei traumi -, si deve valutare se la soluzione operata in via legislativa sia idonea a tutelare il minore e allo stesso tempo sia rispettosa dei principi sui quali si regge il sistema processuale. Come anticipato, l'intento che ha mosso il legislatore è stato quello di tutelare il dichiarante

minorenne". Anche C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 221 s., dubita della possibilità di ottenere informazioni attendibili tramite l'esame incrociato applicato ad un minore e considera quelli che sono gli effetti negativi che la *cross examination* può avere sulle dichiarazioni dello stesso; effetti che possono tradursi in dichiarazioni incoerenti e difficilmente decifrabili, oppure nell'indurre il teste a chiudersi in un "impenetrabile mutismo".

¹¹⁷ Articolo 2 n. 73): stabilisce che l'esame dei testimoni minorenni "possa essere effettuato in ogni momento dal giudice, tenute presenti le esigenze di tutela della personalità".

¹¹⁸ Per altro la deroga non trova applicazione solo in dibattimento, ma anche in incidente probatorio, stante il richiamo che viene fatto agli artt. 496 e seguenti ("forme stabilite per il dibattimento") da parte dell'art. 401.

¹¹⁹ Così la definisce, L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenne nel procedimento penale*, cit., p. 695.

quando questi acquisisca la qualifica di 'soggetto vulnerabile'¹²⁰ e di assicurarne una protezione non solo “nel processo', ma anche 'dal processo'”¹²¹, tanto da potersi dire che il minore sia stato posto sotto una “campana di vetro”¹²², in modo da isolarlo da tutte le componenti traumatiche della macchina processuale. Così troviamo una serie di filtri che si pongono tra il minore, le parti, l'imputato e, in generale, il processo; filtri che iniziano con l'esame condotto dal presidente (art. 498 comma 4°), che proseguono poi con la possibilità di applicare – su richiesta di parte ovvero se il presidente lo ritiene necessario – le modalità di cui all'art. 398 comma 5° *bis* (art. 498 comma 4° *bis*) e infine prevedono il ricorso – quando si procede per talune categorie di reati – al vetro specchio e impianto citofonico (art. 498 comma 4° *ter*). L'utilizzo delle espressioni '*bis*' e '*ter*' indica un'aggiunta rispetto al testo originario dell'articolo che prevedeva quindi come unica e sufficiente tutela dibattimentale del minore l'esame condotto dal giudice, anche sulla base di quanto disposto dalla legge delega, che aveva previsto che l'esame dei testimoni minorenni potesse essere effettuato in ogni momento dal giudice. Ci si può chiedere innanzitutto se questa modalità rappresenti una tutela sufficiente per le esigenze del minore, senza dimenticare che deve anche trattarsi di una procedura che assicuri il rispetto dei principi sui quali si fonda il sistema processuale.

La previsione che affida al giudice il potere di condurre l'esame del testimone minorenne si giustifica con la circostanza che il giudice è nel processo una figura neutrale e quindi è in grado, meglio di chiunque altro, di attenuare quelle che sono definite come “forme intrinsecamente ansiogene della *cross examination*”¹²³. La conseguenza che spesso non viene messa in rilievo è che l'esame incrociato da modalità ordinaria di escussione del testimone diviene strumento eccezionale: come regola

¹²⁰ Qualifica della quale il codice non dà una definizione.

¹²¹ Espressione utilizzata da A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli*, cit., p. 328, ma in uso anche in altra dottrina.

¹²² C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 219 s.

¹²³ Definizione data da L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale*, cit., p. 174. Così definita anche da L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenne nel procedimento penale*, cit., p. 695. C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 226, sottolinea come in questo modo viene rallentato anche il ritmo dell'esame, rendendo il clima meno drammatico. La stessa Autrice sottolinea come si eviterebbe anche il rischio di suggestioni che potrebbero colpire il minore, anche indirettamente, nell'esame ad opera della parte che ne ha chiesto l'ammissione e che finirebbe così per trasformarlo in un 'teste ostile' (*op. cit.*, p. 222).

l'esame viene condotto dal presidente, su domande e contestazioni proposte dalle parti e, solo eventualmente, nel caso in cui la conduzione dell'esame secondo la tecnica ordinaria non dovesse arrecare traumi al teste, potrà proseguire con le normali modalità. Si può infatti notare come il codice all'art. 498 utilizzi l'espressione "prosegua nelle forme previste dai commi precedenti", così implicitamente ponendo la regola per cui l'esame deve iniziare con la modalità derogatoria, escludendo la *cross examination* e potendo poi solo eventualmente proseguire secondo la procedura ordinaria¹²⁴.

Come anticipato, la deroga è giustificata dalle esigenze di protezione della fonte testimoniale; si tratta però di una misura efficace? Dall'esame della *ratio* della disciplina appare un'eccessiva fiducia nella capacità del giudice: è vero che si tratta di un soggetto *super partes*, estraneo alla contesa e quindi in grado di rivolgere le domande al minore in modo più attutito, tuttavia egli è pur sempre un operatore del diritto, come lo sono gli avvocati e i pubblici ministeri; non dispone delle competenze psicologiche per trattare con il minore nel miglior modo possibile¹²⁵. La soluzione legislativa quindi priva le parti del potere di rivolgere direttamente le domande al teste e lo affida al giudice, realizzando però una tutela del testimone solo apparente. Privare le parti della

¹²⁴ Soluzione criticata da una parte della dottrina: G. FRIGO, *Commento all'art. 498 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Vol. V, Utet, Torino, 1990, p. 251, il quale definisce rigida la scelta del legislatore; la stessa lettera della legge delega, nella parte in cui prevedeva che l'esame *potesse* essere effettuato in ogni momento dal giudice, non escludeva la possibilità di condurlo anche nelle forme ordinarie, lasciando poi all'organo giudicante la possibilità di intervenire *ex post* qualora la serenità del teste avesse potuto essere compromessa. Condividono l'opinione anche G. DI CHIARA, *Testimonianza dei "soggetti deboli" e limiti all'esame incrociato*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 2573; C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 227; F. TRIBISONNA, *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minorenne*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, f. 12, p. 1475. Mentre C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore*, cit., p. 113, sottolinea invece come una soluzione come quella prospettata da tale dottrina non avrebbe tutelato adeguatamente il minore, posto che l'intervento del giudice sarebbe stato successivo e ormai tardivo, operante cioè solo dopo che la causa che ha turbato la serenità del minore si è verificata.

¹²⁵ Opinione di O. MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, intervento effettuato nel corso del convegno svoltosi a Ferrara il 20 maggio 2015 avente ad oggetto le "erosioni del contraddittorio". Critico nei confronti della previsione del codice anche D. CARPONI SCHITTAR, *L'esame del bambino, quale è e quale potrebbe essere*, in D. Carponi Schittar, G. Bellussi (a cura di), *L'esame orale del bambino nel processo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 17 s., il quale ritiene che il legislatore non abbia spiegato il motivo per cui la serenità del teste minorenne non verrebbe turbata dall'esame effettuato dal presidente, mentre lo sarebbe dall'esame condotto dal pubblico ministero o dall'avvocato.

possibilità di escutere direttamente la fonte testimoniale non è una soluzione senza conseguenze; si deroga alla tecnica dell'esame incrociato, che prevede la conduzione dello stesso ad opera delle parti, tecnica che è diretta ad ottenere “il massimo contributo probatorio da testi ed imputati con il più basso rischio di false dichiarazioni”¹²⁶. In altre parole, il metodo che è qui escluso è quello che meglio di altri contribuisce alla formazione della verità nel processo¹²⁷. Come è stato evidenziato, si è qui in presenza di una situazione di bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato l'esigenza di protezione del minore e dall'altro quella della tutela della verità, come “traguardo inderogabile di ogni processo” e, nel comparare queste due esigenze, sembra che il legislatore abbia dato assoluto rilievo alla prima¹²⁸. L'obiettivo del legislatore avrebbe dovuto essere quello di “assicurare la massima tutela del minorenne compatibilmente con le esigenze di accertamento della verità”¹²⁹, in realtà sembra che entrambi gli obiettivi siano stati mancati: la massima espressione del metodo dialettico, la *cross examination*, è sacrificata nel nome di una modalità che però non assicura una effettiva protezione del minore. Il giudice, come anticipato, svolge una funzione di mediatore, non ha il potere di stabilire le domande, ma è solo il tramite tra le parti e il teste; tuttavia non è detto che questo suo ruolo contribuisca a rendere più sereno il minore chiamato a testimoniare; il giudice inoltre è pur sempre una figura processuale, come l'avvocato e il pubblico ministero, sconosciuto al minore. Si può dire poi che affidare al giudice il compito di rivolgere le domande al minore compromette il suo ruolo di soggetto terzo e

¹²⁶ P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, cit., p. 78.

¹²⁷ Una dottrina invece ritiene che il metodo dialettico non sia di per sé incompatibile con l'esame di un testimone minorenne, ma lo diventi solo quando esso raggiunga la sua massima espressione: quella dell'esame incrociato (così C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 223. Anche E. MARZADURI, *Diritto alla prova testimoniale e modalità di escussione del testimone*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 26 s., ritiene che il comma 4° dell'art. 111 Costituzione non abbia attribuito all'imputato il potere di condurre personalmente l'esame e che quindi nella Carta Costituzionale non si individuino scelte vincolanti in ordine alle tecniche di escussione del testimone, per cui la possibilità di utilizzo di tecniche diverse per escutere la fonte può essere ipotizzata qualora sussistano interessi costituzionalmente rilevanti.

¹²⁸ C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore*, cit., p. 87.

¹²⁹ G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1024.

imparziale la cui funzione è quella di giudicare la contesa tra le parti e lo pone in una posizione 'ibrida' che non si addice al suo ruolo nel processo¹³⁰.

Piuttosto si è ignorata la disposizione che attribuisce al giudice il ruolo di arbitro nello svolgimento dell'esame, potendo vietare le domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte¹³¹. Come già affermato¹³², si tratta di una categoria nella quale vengono fatte rientrare anche le domande c.d. 'intimidatorie', nonché quelle che cercano di trarre profitto dalle debolezze della fonte testimoniale, quelle che possono indurre nella menzogna il teste¹³³, etc.. La finalità del divieto è quindi la “tutela della persona sottoposta all'esame”¹³⁴: una tutela che deve venire in rilievo in tutti i casi di assunzione di una testimonianza. Così come il giudice opera in funzione di garante nel corso di un esame di un soggetto maggiorenne, intervenendo per escludere le domande 'nocive', allo stesso modo potrà intervenire quando ad essere esaminato è un minore. Ponendo l'accento sul ruolo del giudice nel vietare le domande escluse ex art. 499 si rafforzerebbe il suo ruolo, senza 'contaminarlo', come avviene invece confondendo la sua funzione con quella delle parti e lasciandogli il compito di rivolgere le domande al teste.

È certamente da escludere la possibilità che le domande possano essere rivolte dall'esperto psicologo del quale il giudice può avvalersi ai sensi del medesimo comma 4° dell'art. 498. Lo psicologo potrà cooperare con il giudice, aiutandolo nella valutazione di alcuni comportamenti che il minore tiene nel corso della deposizione, ma non può rivolgere domande in prima persona¹³⁵. A causa della genericità del disposto

¹³⁰ Come sottolineato da A. ZAMPAGLIONE, *Il divieto di rivolgere domande suggestive al teste minore ed il suo ambito di operatività*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, f. 10, p. 1237, “il giudice deve essere arbitro della contesa e non più protagonista della vicenda probatoria, come avveniva sotto la vigenza del codice Rocco”.

¹³¹ G. DI CHIARA, *Testimonianza dei “soggetti deboli”*, cit., p. 2570, precisa che il giudice non è solo uno spettatore inerte della dialettica dibattimentale, ma ha anche dei compiti di garante, sia del rispetto delle regole processuali che della tutela della dignità della persona sottoposta ad esame.

¹³² V. *supra* capitolo terzo § 3.3.1 *Il metodo della cross examination nell'assunzione della testimonianza*.

¹³³ L. FALDATI, *La cross examination*, cit., p. 261.

¹³⁴ L. KALB, *La “ricostruzione orale” del fatto*, cit., p. 73. L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone*, cit., p. 35 afferma che la domanda nociva non nuoce solo all'accertamento, ma anche all'autodeterminazione del testimone.

¹³⁵ O. MAZZA, *Misure di protezione*, cit., p. 479, si manifesta contrario alla possibilità di delegare ad un soggetto diverso dalle parti o dal giudice la conduzione dell'esame, in quanto la testimonianza può essere assunta solo dalle parti o dal giudice; non esiste una norma che ne preveda l'assunzione da parte

codicistico non sono chiari i compiti che si pretendono dall'esperto e ciò ha contribuito alla formazione di alcune prassi che tendono a lasciare la conduzione dell'esame all'esperto. Nonostante una pronuncia della Cassazione abbia precisato che il ruolo che si chiede qui a tale figura è quello di aiutare il giudice nell'effettuare l'esame del minore, comportandosi da “interprete”, in modo da “tradurre le domande del giudice in un linguaggio comprensibile al minore”¹³⁶, la stessa sentenza conclude riconoscendo la legittimità dell'esame completamente condotto dallo psicologo. Si spinge poi a sostenere l'inoperatività, in questo caso, così come in quello in cui l'esame del minorenne sia condotto dal presidente, dei canoni di escussione dei testimoni forniti dall'art. 499: “le regole tecniche stabilite per i maggiorenni, infatti, possono essere eluse per i minorenni anche se deve pur essere assicurato lo scopo cui tali regole tendono, di garantire l'attendibilità delle dichiarazioni”. Le regole tendono però a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni, se vengono violate la dichiarazione risulterà 'inquinata'. Si finisce così per dare al giudice, soggetto che è investito nel processo anche della funzione di vigilare sul rispetto delle regole, il potere di eluderle. A maggior ragione tali regole dovranno essere rispettate qualora si ammetta lo svolgimento dell'esame tramite domande rivolte dall'esperto in psicologia infantile al minorenne, soggetto che non conosce la disciplina processuale; da escludere la possibilità che l'esperto che rivolgerà poi le domande in sede processuale possa incontrare il minore e prepararlo all'audizione¹³⁷: da un lato tale pratica avrà degli effetti positivi per l'equilibrio psicofisico del minore, tuttavia potrebbe comportare il rischio che l'esperto non si limiti ad illustrare al minore quelli che saranno

di altri soggetti. Della stessa opinione anche C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 241. Critica nei confronti del ruolo dello psicologo all'interno del processo penale, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Proteggere il minore e proteggere la testimonianza?*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 195 s., ritenendo invece che sia possibile che p.m. e avvocati conducano in modo appropriato l'esame dibattimentale del minore. Solamente qualora ciò non avvenisse, allora si potrebbe giustificare l'intervento dell'esperto psicologo. *Contra*, L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenne*, cit., p. 706, che invece riporta gli ottimi risultati della prassi seguita in alcuni uffici giudiziari – Tribunale di Milano – dove si è lasciato allo psicologo il compito di esaminare il minore, con le forme della c.d. “audizione protetta”.

¹³⁶ Cass., 11 dicembre 2001, Firemi ed a., in *Guida dir.*, 2002, f. 23, p. 57.

¹³⁷ L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenne*, cit., p. 705, avanza invece tale proposta.

i luoghi nei quali verrà condotto, i soggetti con cui verrà a conoscenza, ma giunga anche a indirizzare il testimone verso le risposte che darà in sede d'esame¹³⁸.

Oltre alla previsione generale di cui al comma 4°, l'art. 498 prevede altri due commi, 4° *bis* e 4° *ter*: la legge n. 269 del 1998 ha permesso, tramite l'introduzione del comma 4° *bis*, la possibilità di adottare in dibattimento le “particolari modalità” di cui all'art. 398 comma 5° *bis*¹³⁹. La norma ha destato subito dei dubbi interpretativi riguardo al suo ambito di applicazione, in particolare, con riferimento al richiamo del comma 5° *bis* dell'art. 398, la dottrina si è interrogata se il riferimento comprenda anche il tassativo catalogo di reati del richiamato comma 5° *bis*¹⁴⁰. La lettera della norma fa però riferimento alle sole “modalità” dell'art. 398, non indica il catalogo dei reati¹⁴¹, di conseguenza la disposizione è applicabile a tutti i casi in cui sia coinvolto un minore nell'assunzione della testimonianza¹⁴². La frammentarietà della disciplina legislativa fa emergere anche un'altra questione: il comma seguente, 4° *ter*, riporta un elenco di reati

¹³⁸ Rischio messo in rilievo da C. CESARI, *op. loc. cit.*

¹³⁹ Siamo qui all'interno di quello che C. CESARI, *op. cit.*, definisce “esame protetto”.

¹⁴⁰ La legge n. 38 del 2009, aveva già risolto un problema, avendo questa allargato l'ambito di operatività del comma 5° *bis* anche all'ipotesi in cui interessato all'assunzione di una prova fosse un minore d'età in generale e non solo l'infrasedicenne. Di conseguenza entrambe le norme (498 comma 4° *bis* e 398 comma 5° *bis*) fanno riferimento a casi in cui nell'assunzione della prova viene coinvolto un minore di diciotto anni.

¹⁴¹ C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 251, la quale esclude che il richiamo alla norma inserita nel titolo dedicato all'incidente probatorio, comprenda anche il tassativo catalogo di reati. Della stessa opinione anche G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1023. *Contra* L. IAFISCO, *Commento alla legge n. 269 del 1998*, cit., p. 140.

¹⁴² Sulla questione è intervenuta anche una sentenza della Corte Costituzionale, n. 1114 del 9 maggio 2001, la quale ha affermato che “a differenza del successivo comma 4° *ter*, introdotto con lo stesso articolo 13 della legge n. 269 del 1998, che esplicitamente si riferisce ai casi in cui si procede per uno dei reati sessuali indicati, il comma 4° *bis* non reca alcuna limitazione in ordine ai reati”; ancora “il comma 4° *bis* art. 498 si applica nel dibattimento indipendentemente dal titolo di reato per il quale si procede”. Da qui però la Corte è giunta, erroneamente, ad affermare che, in forza dell'articolo 401 comma 5° – il quale prevede l'applicazione all'incidente probatorio delle “forme stabilite per il dibattimento” - , le modalità particolari di cui al comma 5° *bis* dell'art. 398 si applicherebbero in incidente probatorio anche nell'ambito di procedimenti per reati diversi da quelli indicati nel comma stesso. Una simile posizione, che sottolinea l'applicazione del comma 4° *bis* dell'art. 498 a tutti i procedimenti in cui si deve assumere la testimonianza di un minore, indipendentemente dal tipo di reato per cui si procede, è stata ribadita recentemente dalla Cassazione, 3 febbraio 2014, in *Cass. pen.*, 2014, f. 11, p. 3807 s., per cui il rinvio va interpretato con esclusivo riferimento alle “particolari modalità di assunzione dell'atto”; critico nei confronti della motivazione della sentenza, commentandola, C. RIZZO, *Le modalità di “audizione protetta del minore”*, cit., p. 3809.

in relazione ai quali è possibile che il minore, così come il maggiorenne infermo di mente¹⁴³, siano esaminati – su loro richiesta o del proprio difensore – mediante l'uso di un vetro a specchio unitamente ad un impianto citofonico.

Una dottrina ha sostenuto che la previsione del comma 4° *ter* si pone in rapporto di specialità rispetto al precedente¹⁴⁴, con la conseguenza che quest'ultimo non potrebbe conferire al giudice il potere di consentire il ricorso a vetri a specchio unidirezionali, nonché ad impianto citofonico, in quanto si tratta di una possibilità non prevista espressamente dalla legge n. 66 del 1996¹⁴⁵ e soprattutto perché, se l'eventualità fosse ammissibile, quanto stabilito dal comma 4° *ter* si ridurrebbe ad una mera “duplicazione”¹⁴⁶. L'argomentazione presentata non pare essere condivisibile: non sussistono ragioni per escludere che il disposto del comma 4° *bis* permetta il ricorso al vetro a specchio¹⁴⁷, unito ad impianto citofonico, quando una parte lo richieda o il giudice lo ritenga necessario. Escludendo l'eventualità di tale utilizzo, si verrebbe a creare una disparità di trattamento in quanto questa modalità di “audizione schermata” sarebbe permessa, ai sensi del comma 4° *ter*, solo quando si procede per determinati delitti. Non si vuole qui affermare che ogni esame di un minore debba avvenire tramite modalità schermata, piuttosto la valutazione sulla necessità dello stesso dovrebbe poter essere effettuata a prescindere dal tipo di reato nel quale la vittima minorenni è coinvolta. La questione si ricollega a quanto già in precedenza affermato riguardo la

¹⁴³ Per gli approfondimenti relativi all'estensione delle cautele anche a tale soggetto si veda il prossimo paragrafo.

¹⁴⁴ L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone*, cit., p. 312.

¹⁴⁵ Legge che ha introdotto il comma 5° *bis* nell'art. 398 al quale il 4° *bis* dell'art. 498 fa riferimento.

¹⁴⁶ Quest'ultimo prevede che “quando si procede per i reati di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis* del codice penale, l'esame del minore vittima del reato ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato, viene effettuato su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico”. Contrario ad annoverare il vetro specchio tra le ordinarie cautele utilizzabili negli esami protetti, H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 115.

¹⁴⁷ M. BARGIS, *Commento alla legge n. 66 del 1996*, cit., p. 511, aveva ritenuto legittimo il ricorso al vetro a specchio e impianto citofonico, in quanto l'ampiezza del termine “modalità particolari” permette la possibilità di sfruttare tutti gli accorgimenti che possano rivelarsi utili per la tutela del minore.

tutela della serenità del minore che potrebbe essere compromessa anche quando si procede per reati diversi rispetto a quelle che sono le fattispecie ritenute più gravi.

Ciò nonostante, la legge n. 269 del 1998 – legge “antipedofilia” -, sulla scia di quanto già avviato nei due anni precedenti, ha voluto predisporre una maggior tutela nei confronti del minore coinvolto in reati particolarmente gravi, che destano un elevato allarme sociale. Ne è d'esempio l'art. 498 comma 4° *ter*, che indica una lista di reati, nei cui procedimenti l'esame del minorenne viene effettuato, su richiesta sua o del difensore, mediante l'uso del vetro a specchio unito all'impianto citofonico. Queste forme di audizione protetta erano state sperimentate all'interno del Tribunale di Milano: si è attribuito un ruolo di primo piano all'esperto, al quale è stato affidato il compito di condurre l'esame del minore – sempre sulla base di domande e contestazioni formulate dalle parti -; l'esame non viene svolto all'interno dell'aula di tribunale, ma in locali appositamente attrezzati con un vetro a specchio in modo da isolare completamente il testimone e consentirne l'audizione in modo protetto. Si tratta di una prassi positiva per la serenità del minore, il quale si troverà nella stanza con il solo giudice e l'eventuale esperto psicologo, evitandogli la vista dell'imputato ed escludendo così l'effetto di 'vittimizzazione secondaria'¹⁴⁸, frequente nei casi in cui la vittima è coinvolta in crimini di particolare gravità. La previsione di uno schermo esclude però anche la comunicazione del pubblico ministero e dei difensori con la persona sottoposta ad esame¹⁴⁹, potendo essi solo assistere all'audizione senza intervenire. Di conseguenza, l'esame è condotto dal giudice – spesso anche delegato allo psicologo – che è il solo soggetto ad avere un contatto diretto con la fonte di prova; alle parti processuali è consentito un intervento solo mediato, attraverso lo strumento dell'impianto citofonico. Non si ha così solo una deroga al metodo della *cross examination*, ma è mancante lo stesso contraddittorio, posto che si intende per contraddittorio la partecipazione e l'intervento delle parti nella formazione della prova. Si può notare, dalla disposizione del comma 4° *ter*, come questo tipo di tutela sia sottoposta ad un duplice limite: uno, già accennato, riguardante il tipo di reato per il quale si procede e l'altro attinente alla qualifica che il testimone deve avere per poter attivare tali cautele, deve trattarsi infatti

¹⁴⁸ C. CESARI, *La “campana di vetro”*, cit., p. 261.

¹⁴⁹ L. IAFISCO, *Commento alla legge n. 269 del 1998*, cit., p. 142.

anche della vittima del reato; in relazione a tale caratteristica è stata sottolineata l'ingiustificata differenza tra questa disposizione e le altre riguardanti le modalità di audizione del minore¹⁵⁰. Il problema potrebbe ritenersi superato facendo rientrare la previsione del vetro a specchio unita all'impianto citofonico, nelle "modalità di cui all'art. 398 comma 5° bis" richiamate dal comma 4° bis; resta comunque evidente l'intento del legislatore di riservare una 'corsia preferenziale' per i minori vittime di determinati reati.

Estensione al testimone maggiorenne infermo di mente delle cautele previste dall'art. 498 c.p.p.

La disciplina relativa alle particolari modalità di assunzione della testimonianza dettata per la tutela della personalità del minore non prendeva in considerazione l'ipotesi in cui ad essere oggetto di esame in dibattimento fosse una persona maggiorenne affetta da infermità mentale. In questa ipotesi si doveva procedere per la normale strada ed esaminare il testimone attraverso le domande e contestazioni effettuate dalle parti. L'irragionevolezza di tale metodo veniva messa in rilievo per la prima volta con la proposizione di una questione di legittimità costituzionale sulla quale la Corte si è pronunciata con la sentenza n. 283 del 1997, che ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con l'articolo 2 della Costituzione dell'art. 498 "nella parte in cui non consente che il presidente, nel caso di testimone maggiorenne infermo di mente, qualora ritenga che l'esame del teste ad opera della parti possa nuocere alla personalità del teste, ne conduca direttamente l'esame su domande e contestazioni proposte dalle parti"¹⁵¹. Vi è però una differenza rispetto al caso del testimone minorenni: mentre in quest'ultima ipotesi sussiste una presunta situazione di difficoltà nel rispondere all'esame condotto dalle parti, dipendente dall'insufficiente maturità psicologica del teste, nel caso dell'infermo di mente, come messo in rilievo dalla stessa sentenza, le situazioni concrete possono essere le più varie, in relazione al tipo e alla maggiore o minore gravità

¹⁵⁰ L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori*, cit., p. 190.

¹⁵¹ Corte cost., sent. n. 283 del 1997.

dell'infermità. Di conseguenza, sarà il presidente che “ove constati in concreto, in relazione al complessivo contesto processuale, che l'esame diretto possa nuocere alla personalità del teste [...] a disporre che la deposizione abbia luogo attraverso l'esame condotto dal presidente medesimo, attraverso domande e contestazioni proposte dalle parti”¹⁵².

La valutazione opera qui in concreto, a differenza che nel caso del minore; non esiste una presunzione di inidoneità ad effettuare l'esame attraverso le forme della *cross examination*¹⁵³. È mantenuta la regola per cui le domande vengono poste dalle parti e in questo senso è più limitata la deroga al contraddittorio, inoltre si lascia la possibilità per il giudice di valutare caso per caso l'opportunità di attenuare i toni dell'esame, introducendo il filtro dell'esame presidenziale, qualora la regola dell'esame diretto potrebbe avere effetti negativi sulle condizioni psichiche del dichiarante. L'operazione compiuta dalla Corte non è andata a modificare la disciplina ordinaria, ma ha innestato in essa un regime derogatorio eventuale¹⁵⁴.

Nel 2005 la sentenza n. 63 ha dichiarato costituzionalmente illegittimi il comma 4° *ter* dell'art. 498 e il comma 5° *bis* del 398, il primo nella parte in cui non prevedeva che l'esame del maggiorenne infermo di mente, vittima di uno dei reati elencati nel comma, fosse effettuato, su richiesta sua o del difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico. Il comma 5° *bis* dell'art. 398 invece è stato investito della questione di legittimità in quanto non prevedeva che le particolari modalità potessero essere disposte dal giudice anche quando interessata all'assunzione della prova fosse una persona maggiorenne inferma di mente. Le argomentazioni della sentenza si fondano in gran parte su quelle espresse nella precedente del 1997¹⁵⁵, in particolare sulla sussistenza di una gerarchia di valori tra i quali la dignità dell'individuo è preminente rispetto ad esigenze di grado inferiore. Pur avendo affermato la centralità del metodo dell'esame incrociato in un ordinamento ispirato ai caratteri del processo accusatorio, la Corte riconosce che l'applicazione di tale regola non possa mai tradursi

¹⁵² Corte cost., sent. n. 283 del 1997.

¹⁵³ È proprio la differenza tra le due situazioni, quella del minore e dell'infermo di mente, che giustifica, secondo A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli*, cit., p. 327, la diversità di trattamento.

¹⁵⁴ G. DI CHIARA, *Testimonianze dei “soggetti deboli”*, cit., p. 2575.

¹⁵⁵ A. FAMIGLIETTI, *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta*, cit., p. 450.

nella lesione di altri interessi preminenti, come quello del rispetto della persona; di conseguenza, l'intento è quello di tutelare il soggetto debole, “anche se ciò implica una non trascurabile deroga alla centralità dell'esame incrociato”¹⁵⁶.

Art. 498 comma 4° quater c.p.p.: introduzione del concetto di vulnerabilità della persona offesa. Direttiva 2012/29/UE recante le norme minime per la tutela della vittima

Il comma 4° *quater* è stato aggiunto all'art. 498 dal decreto legge n. 93 del 2013, convertito in legge 15 ottobre 2013 n. 119; esso stabilisce che “quando si procede per i reati previsti dal comma 4° *ter*, se la persona offesa è maggiorenne il giudice assicura che l'esame venga condotto anche tenendo conto della particolare vulnerabilità della stessa persona offesa, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede, e ove ritenuto opportuno, dispone, a richiesta della persona offesa o del suo difensore, l'adozione di modalità protette”. L'emanazione del decreto è servita per arginare “eventi di gravissima efferatezza a danno di donne”¹⁵⁷ e aumentare gli strumenti a carattere preventivo e repressivo di fronte a fenomeni di violenza sempre più frequenti, in particolare a danno di quelli che vengono definiti come soggetti deboli; ancora una volta l'intervento del legislatore è stato di natura emergenziale, al fine di offrire una risposta urgente in chiave repressiva ad una situazione di elevato allarme sociale¹⁵⁸. Per il punto che qui interessa, la legge, per la prima volta, introduce la valutazione della 'vulnerabilità'¹⁵⁹ della persona offesa maggiorenne, permettendo l'estensione delle modalità protette anche a tale categoria di vittima, estensione che però trova un limite nel catalogo tassativo di reati di cui al comma 4° *ter* al quale il successivo fa rimando.

¹⁵⁶ G. DI CHIARA, *op. loc. cit.*

¹⁵⁷ Così il testo del d.l. pubblicato in G.U. 15/10/2013 n. 242.

¹⁵⁸ Caratteristica che ha pervaso l'intera normativa in materia nell'arco degli ultimi vent'anni, come sottolineato da F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 2.

¹⁵⁹ Viene riconosciuta giuridica rilevanza a tale concetto. C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifica al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, f. 12, p. 1402.

Il decreto ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE¹⁶⁰, la quale individua le norme minime in materia di diritti di assistenza e protezione delle vittime. Uno degli elementi rilevanti introdotti dalla direttiva è il concetto di valutazione individuale (*individual assesment*), previsto all'art. 22 direttiva 2012/29/UE, che richiede l'esame delle caratteristiche personali della vittima, del tipo o della natura del reato e delle circostanze del reato. L'esigenza di effettuare una valutazione modellata sulle caratteristiche del caso concreto era già stata messa in rilievo in una comunicazione presentata dalla Commissione Europea nel maggio del 2011, COM(2011)274 def.: si è riconosciuto che una vittima può essere vulnerabile anche non appartenendo ad una specifica categoria, pertanto si è richiesta una valutazione individuale¹⁶¹. La direttiva in esame ha quindi enunciato la necessità di tale valutazione, in modo da individuare le specifiche esigenze di protezione per la vittima; si impone allora una valutazione caso per caso, di competenza delle autorità che entrano in contatto con la vittima¹⁶²; a tal proposito l'art. 25 della direttiva impone agli Stati di provvedere alla formazione dei funzionari quali gli agenti di polizia e il personale giudiziario, formazione che sia adeguata al tipo di contatto che intrattengono con la vittima. L'importanza della direttiva è aver stabilito che la figura della vittima vulnerabile non può prescindere dal caso concreto, per cui non è più identificata con figure soggettive determinate *ex ante* dalla legge, ma tiene conto delle circostanze della singola vicenda concreta, nonostante si specifichi – all'art. 22 – che verrà rivolta particolare attenzione “alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime dei reati motivati da pregiudizio o discriminazione [...], alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato”. Di conseguenza, sono indicate una serie di tipologie di vittime quali: quelle del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e vittime con disabilità, nonché dei minori.

¹⁶⁰ Alla quale si è accennato nel capitolo terzo, § 3.1, *la testimonianza dei minori nel processo penale*.

¹⁶¹ M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in AA. VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 70.

¹⁶² D. SAVY, *Il trattamento delle vittime dei reati*, cit., p. 619.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dell'analisi fin qui effettuata si possono illustrare le direttrici principali: si è sottolineata l'importanza del principio del contraddittorio nella formazione della prova¹, in un processo caratterizzato dal metodo accusatorio, dove non è più il giudice ad essere al centro della scena processuale, ma nel quale l'attenzione si sposta sulle parti e sul ruolo che esse hanno nel dibattimento. Il termine contraddittorio, come evoca lo stesso significato letterale del termine, indica una discussione, la possibilità di un confronto su una determinata tematica. Come inteso nel processo penale e dalla stessa Costituzione all'art. 111 comma 4°, il contraddittorio non può limitarsi ad una mera discussione, o meglio, non è indifferente il momento in cui tale confronto dialettico si realizza; deve infatti potersi esplicare nel momento in cui la prova si forma: è questo il contraddittorio di cui parla la Costituzione, il contraddittorio che D. Siracusano definiva '*per la prova*'.

Si è analizzato poi il rilievo del principio di immediatezza come diretto contatto tra le parti e le prove e tra il giudice e le prove², con l'implicazione dell'art. 525 comma 2° per cui “alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento”³. Ci si è soffermati poi sulle deroghe al principio di oralità-immediatezza, la cui tassatività viene spesso aggirata facendo leva sul concetto di impossibilità sopravvenuta e imprevedibile di ripetizione che, ai sensi dell'art. 512, consente la lettura in giudizio degli atti compiuti nella fase delle indagini⁴.

Questione centrale per la prosecuzione della trattazione è stata la valutazione del legame tra questi due principi appena enunciati; contrariamente alla maggior parte della dottrina⁵, non si è ritenuto di poter considerare i due principi come distinti e privi di

¹ Vedi *supra* capitolo primo § 1.3, *il principio del contraddittorio nella formazione della prova*.

² Capitolo secondo § 2.1, *Il principio di immediatezza* e § 2.1.1., *Oralità e immediatezza*.

³ Capitolo secondo § 2.1.2, *Art. 525 c.p.p.: immutabilità del giudice come corollario dell'immediatezza*.

⁴ Si è visto ad esempio il caso analizzato dalla Cass., 25 settembre 2000, Galliera, vedi nota n. 100, capitolo secondo, § 2.2.1, *Due casi a confronto: lettura di atti originariamente irripetibili e lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione*.

⁵ Giostra, Renon, Illuminati, Ferrua.

connessioni reciproche l'uno con l'altro. Come affermato⁶, i due principi possono realizzarsi compiutamente solo quando entrambi vengono rispettati; in altre parole, un contraddittorio pieno implica l'immediatezza del contatto tra le parti e le prove e tra il giudice e le prove; quest'ultimo deve aver assistito al confronto dialettico per poter catturare tutti quegli aspetti non verbali della comunicazione che assumono rilievo nel momento in cui il giudicante dovrà deliberare. Tale legame comporta una conseguenza: la prova formata in incidente probatorio, per quanto si cerchi di ricreare quel contraddittorio tipico del dibattimento, non è identica a quella che si forma nella sede che le è propria. Non si può surrogare una prova assunta in incidente probatorio, in una fase nella quale le indagini non sono compiute, nella quale la difesa ha una conoscenza solo parziale degli atti (con l'eccezione del caso previsto all'art. 393 comma 2° *bis*) e soprattutto nella quale l'organo giudicante è il giudice per le indagini preliminari, a quella che si assumerebbe nel dibattimento pubblico, dove appunto sono rispettate le garanzie del contraddittorio e dell'immediatezza.

Si giunge così alla questione centrale della trattazione: fino a dove è possibile incidere sui principi che regolano il sistema processuale in nome dell'esigenza legittima di tutelare la personalità di minori e soggetti c.d. vulnerabili, chiamati a rendere la loro deposizione nel giudizio? La tematica, data la delicatezza delle questioni, ha suscitato vari dibattiti e generato opinioni contrapposte, le quali sono accomunate dal fatto di mettere in luce la disomogeneità della disciplina normativa. Gli interventi legislativi che si sono succeduti negli anni e che hanno preso il via dalla legge n. 66 del 1996, c.d. 'legge antipedofilia', continuati con la legge n. 269 del 1998, con la legge n. 228 del 2003, la n. 38 del 2006, la 38 del 2009 e, da ultima, la legge 119 del 2013, hanno avuto la caratteristica di normativa emergenziale, idonea a dare una risposta pronta, spesso in chiave repressiva, all'elevato allarme sociale derivante dal pericoloso aumento di reati particolarmente orrendi, come l'abuso sessuale, la pedofilia, la prostituzione minorile, la riduzione o il mantenimento in schiavitù. Ciò che non è avvenuto è stata una riforma organica dell'intera materia, con la conseguenza quindi della mancanza di

⁶ Capitolo secondo § 2.4, ... *conclusione: rapporto tra il principio del contraddittorio e il principio di immediatezza.*

coordinamento tra le norme; si può pensare ad esempio alla differenza tra il catalogo dei reati elencati nell'art. 392 comma 1° *bis* e quelli indicati nell'art. 398 comma 5° *bis*.

La risposta che una parte della dottrina ha dato al problema del contemperamento tra l'esigenza di rispetto della serenità del testimone e quella della genuinità della prova ha fatto leva sull'ampliamento delle ipotesi di incidente probatorio, che rappresenterebbe il giusto compromesso tra i due fronti⁷. Ciò che fa tale dottrina è guardare solo ad un lato della questione, focalizzandosi solo sulla tutela del testimone, ma tralasciando le regole processuali, anzi considerando le stesse come meri elementi formali, privi di un rilievo pratico nel giudizio. Allargare le ipotesi di incidente probatorio fino a ammetterlo incondizionatamente per il solo fatto che si debba assumere la testimonianza di un minore⁸, stravolge le regole del gioco in un processo che richiede il formarsi della prova nel dibattimento.

Si è visto quindi che la tutela del minore non può prescindere dal dibattimento, in quanto è solo in questa sede che è possibile garantire la genuinità della prova, acquisita in un pieno contraddittorio, tutte le altre modalità realizzano un contraddittorio mancato; dall'altro lato le soluzioni per la tutela della serenità del testimone possono essere trovate anche in dibattimento. Il codice, all'art. 498 comma 4°, le individua nella conduzione dell'esame ad opera del presidente: le parti non sono totalmente eliminate, essendo le domande rivolte sì dal presidente, ma sulla base di quanto stabilito dalle parti, tuttavia l'esclusione dell'esame incrociato non può non avere degli effetti sulla prova che andrà a formarsi. Una dottrina⁹ sostiene che non sia il metodo dialettico ad essere incompatibile con la tutela di un testimone fragile, ma lo diventi nella forma dell'esame incrociato, giungendo quindi a sostenere la possibilità che il contraddittorio si realizzi attraverso altri metodi. Qualsiasi altro metodo però riduce la possibilità di avvicinarsi alla verità processuale, che nasce proprio dallo scontro dialogico tra le parti e che richiede che sia data direttamente alle parti la possibilità di “far sprigionare alla

⁷ Favorevoli a tale soluzione: Giostra, Spangher, Camaldo, De Cataldo.

⁸ Come proposto da G. SPANGHER, *La legge contro la pedofilia*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, f. 10, p. 1223.

⁹ C. CESARI, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni*, in C. Cesari (a cura di), *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 223.

fonte di prova tutte le potenzialità dimostrative a sostegno della propria tesi”¹⁰. Escludendo il metodo dell'esame incrociato il legislatore ha compromesso “la possibilità di una più completa formazione della conoscenza della verità reale”¹¹.

Un altro elemento che risulta dall'esame delle disposizioni del codice è la differenza di trattamento tra le vittime: alcuni degli accorgimenti previsti in dibattimento per la tutela del minore sono limitati solo a procedimenti per determinate fattispecie di reato, ne è d'esempio l'art. 498 comma 4° *ter* al quale si aggiunge il tentativo di una dottrina di circoscrivere l'ambito di operatività del comma 4° *bis* a determinati casi. Tale rigidità non giova né al rispetto delle regole processuali, né a quello della serenità della vittima/testimone. La stessa direttiva 2012/29/UE si focalizza sul concetto di valutazione individuale che verrà effettuata dal giudice, permettendo così di trovare le soluzioni più adeguate per il caso concreto. Nello specifico tali soluzioni possono spaziare dall'esclusione della pubblicità dibattimentale¹², alla limitazione del numero dei soggetti presenti nel luogo dove viene assunta la testimonianza, fino alla predisposizione di luoghi specifici dove esaminare il minore, in modo tale da assumere la testimonianza in condizioni che mettano a proprio agio il testimone, escludendo magari la vista dell'imputato – specie quando il testimone sia anche la vittima del reato -. Ovviamente vi sono però dei limiti e delle esigenze dalle quali non si può prescindere: qualunque sia l'accorgimento utilizzato per la tutela della serenità del testimone, non potrà essere scalfito il nucleo centrale del contraddittorio, quindi l'escussione della fonte ad opera delle parti e alla presenza dell'organo giudicante. Il ruolo attivo delle parti alla presenza del giudice rimane quindi un elemento di fondamentale importanza per il realizzarsi del pieno contraddittorio. Il giudice, comunque, non dovrà essere un mero spettatore della contesa, anzi la sua funzione di arbitro nel processo dovrebbe essere

¹⁰ G. GIOSTRA, Voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giuridica Treccani*, Vol. VII, 2001, p. 7.

¹¹ C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 81.

¹² Già prevista dall'articolo 472 commi 3° *bis* e 4°, i quali prevedono: il 3° *bis* che per determinati delitti la persona offesa possa chiedere che si proceda a porte chiuse, mentre è obbligatorio lo svolgimento del dibattimento a porte chiuse quando la persona offesa è minorenni. Il comma 4° invece dà al giudice la possibilità di disporre che l'esame del minore avvenga derogando al principio di pubblicità del processo. Si tratta infatti di un principio che può essere derogato senza compromettere il nucleo fondamentale del contraddittorio, purché venga sempre riconosciuto il diritto delle parti ad escutere direttamente la fonte testimoniale.

accentuata proprio quando si esamina un giovane teste e in particolare quando questi sia anche la vittima del reato contestato.

Valutazioni più flessibili quindi, che non si concentrino solo sul tipo di reato del quale il soggetto è stato vittima o testimone, in modo tale da non derogare alle regole processuali in modo indiscriminato per il solo fatto che ci si trovi di fronte ad un minore d'età, ma piuttosto effettuare una valutazione caso per caso, che tenga conto di quelle che sono le circostanze del caso concreto e che prenda in considerazione anche fattori quali l'età della vittima, il suo grado di maturità (un ragazzo di diciassette anni avrà sicuramente un diverso atteggiamento rispetto ad un bambino di sei anni di fronte ad un crimine) e tutte le caratteristiche personali del soggetto in esame. Tuttavia si deve considerare anche la necessità di dare tutela non solo ai minori, ma a tutte le vittime in generale: l'essere vittima di un reato comporta, oltre agli effetti tipici di ogni determinata fattispecie, dei traumi a carattere psicologico che incidono anche su una persona adulta, indipendentemente dall'età. È quindi positiva l'introduzione, nel comma 4° *quater* dell'art. 498¹³ della valutazione di vulnerabilità effettuata nei confronti della vittima maggiorenne¹⁴.

Per quanto riguarda il ruolo dello psicologo nel processo, si è già parlato dello sfavore di una parte della dottrina a lasciare che le domande siano rivolte dall'esperto psicologo¹⁵; relativamente all'assistenza psicologica, essa dovrebbe sicuramente essere assicurata alla vittima del reato¹⁶, ma non dovrebbero essere confusi il ruolo dell'esperto con quello dei soggetti processuali: lo psicologo può affiancare il minore, ma la sua presenza dovrebbe limitarsi ad essere di supporto, non interferendo con lo svolgimento dell'esame testimoniale. D'altra parte è stato sottolineato che “il processo penale non è finalizzato alla tutela del minore e tanto meno a produrre effetti terapeutici. È questo

¹³ V. *Supra* capitolo terzo, § 3.3.4, *Comma 4 quater: introduzione del concetto di vulnerabilità della persona offesa*.

¹⁴ Si è così superata la “percezione monoculare della condizione di persona vulnerabile” che identificava in tale caratteristica il solo minore. H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile*, in AA. VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 111.

¹⁵ Così O. MAZZA, nota 135 capitolo terzo.

¹⁶ Di particolare importanza, a tale proposito, è l'art. 609 *decies* c.p., aggiunto dall'articolo 11, legge n. 66 del 1996, il quale prevede che “in ogni caso al minore è assicurata l'assistenza dei servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia e dei servizi istituiti dagli enti locali”.

diffuso ed errato convincimento che determina pericolosi malintesi in chi viene chiamato a collaborare in veste di perito o di consulente, al percorso giudiziario”¹⁷. La stessa giurisprudenza ha affermato la necessità di rispetto delle regole processuali, in particolare quelle che riguardano la raccolta delle prove, anche quando ci si trovi di fronte alla “necessità di occuparsi di minori o di soggetti che hanno una minore capacità difensiva o di tutela”¹⁸.

Concludendo, si può affermare che la tutela del testimone e in particolare della vittima, specie se minore d'età, è sicuramente un elemento da tenere in considerazione, avendo presente però che, per quanto riguarda gli accorgimenti da tenere in sede dibattimentale, non è auspicabile una rigidità nelle procedure; pertanto non è possibile focalizzare la tutela solo alle vittime di determinate fattispecie di reato, per quanto gravi esse possano essere. Si rischia infatti l'effetto opposto: privare di protezione altri soggetti che, per quanto non rientranti nelle categorie classiche dei “soggetti vulnerabili”, sono comunque bisognosi di tutela. Un altro rischio derivante dalle scelte del legislatore che, come affermato, sono state spesso il frutto di risposte rapide al crescere di crimini destanti particolare allarme sociale, è quello di creare una “fonte di prova irraggiungibile, difficilmente criticabile, sottratta al confronto diretto delle parti”¹⁹; questo è ciò che accade quando, ai sensi del comma 4° dell'art. 498, è il giudice a divenire protagonista della vicenda probatoria, ponendo direttamente le domande al minore, mentre alle parti viene lasciato il ruolo di trasmettere le domande e le contestazioni al giudice, senza possibilità però di un confronto diretto con la fonte testimoniale, che è uno degli elementi che permette di distinguere l'attuale sistema processuale dal precedente. Solo attraverso l'esame incrociato si manifesta la verità processuale²⁰, che nasce dallo scontro dialettico tra diverse prospettive²¹; è solo

¹⁷ L. DE CATALDO NEUBURGER, *Proteggere il minore e proteggere la testimonianza?*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 195.

¹⁸ Trib. Milano, VI sez. pen., 21 dicembre 1995.

¹⁹ H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., p. 102.

²⁰ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1998, p. 51, “il contraddittorio partorisce verità; non è d'ostacolo alla verità”; ancora, sempre lo stesso Autore, mette in luce come il contraddittorio non implichi solo una tutela per l'accusato, ma è qualcosa di superiore, è un valore “*erga omnes*” che porta a “considerare il processo come atto del comprendere” (p. 63).

²¹ P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 78.

attraverso tale metodo che si può realizzare il contraddittorio tra le parti. Come si è già detto, la verità si costruisce nel processo e il contraddittorio è il metodo che permette di avvicinarsi ad essa; di conseguenza, le distorsioni “sulle modalità di assunzione del mezzo di prova vanno ad incidere sulla credibilità degli enunciati probatori [...], mentre per risultare giusta la decisione [...] deve conseguire ad un procedimento che garantisca il contraddittorio nella formazione della prova”²².

²² L. KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, f. 12, p. 1543.

Bibliografia

- ALLEGREZZA S., *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. Sgubbi, V. Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University press, Bologna, 2007, p. 53.
- ALLEGREZZA S., *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*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1.
- AMODIO E., *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, in M. Stone, *La cross examination, strategie e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1990, p. XIII.
- AMODIO E., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, f. 4, p. 1419.
- APRILE E., *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, f. 3, p. 1165.
- BARGIS M., *Commento alla legge n. 66 del 1996 – art. 13*, in *Legisl. Pen.*, 1996, f. 3-4, p. 497.
- BARGIS M., *Commento alla legge n. 66 del 1996 – art 14*, in *Legisl. Pen.*, 1996, f. 3-4, p. 505.
- BARGIS M., *Commento alla legge n. 63 del 2001 – art 16*, in *Legisl. Pen.*, 2002, f. 1-2 p. 279.
- BARGIS M., *Voce Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. II, 2008, p. 1097.
- BAZZANI M., *Art. 511 c.p.p.: lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili. Profili epistemologici e normativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, f. 3, p. 764.
- BELLUTA H., *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 95.
- BOSCO V., *Art. 526*, in G. Conso, G. Illuminati, *Commentario al codice di procedura penale*, 2^a ediz., CEDAM, Padova, 2015, p. 2392.
- BUZZELLI S., *Le letture dibattimentali*, Giuffrè, Milano, 2000.
- CALAMANDREI I., *Voce Oralità, II) Principio dell'oralità – dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol XXIV, 1991, p. 1.
- CALAMANDREI I., *Voce Immediatezza (principio di)*, in *Digesto disc. pen.*, Vol. VI, 1992, p. 149.
- CAMALDO L., *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 173.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Giuffrè, Milano, 1962.
- CAPRIOLI F., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 7^a ediz., CEDAM, Padova, 2014, p. 512.

CARACENI L., *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, f. 1, p. 329.

CARNELUTTI F., *Verso la riforma del processo penale*, Morano editore, 1963.

CARPONI SCHITTAR D., *L'esame del bambino, quale è e quale potrebbe essere*, in D. Carponi Schittar, G. Bellussi (a cura di), *L'esame orale del bambino nel processo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1.

CASSIBBA F., *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 1.

CAVALLARI V., *Voce Contraddittorio (dir. proc. pen)*, in *Enc. dir.*, Vol. IX, 1961, p. 728.

CECCHETTI M., *Il principio del giusto processo nel nuovo articolo 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo, nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, Padova, 2001, p. 49.

CESARI C., *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti d'indagine*, Giuffrè, Milano, 1999.

CESARI C., *Giusto processo, contraddittorio e irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, f. 1, p. 56.

CESARI C., *Prova irripetibile e contraddittorio nella Convenzione europea diritti dell'uomo*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2003, f. 4, p. 1447.

CESARI C., *Diritto alla prova e contraddittorio: i limiti delle garanzie attuali, le coordinate di un'evoluzione possibile*, in G. Giostra (a cura di), *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2005.

CESARI C., in *La campana di vetro*, in C. Cesari (a cura di), *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 219.

CESARI C., *Il "minore informato sui fatti" nella legge n. 172 del 2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, f. 1, p. 157.

CESARI C., *Art. 511*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2015, p. 2301.

CESARI C., *Art. 512*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2015, p. 2310.

CHIAVARIO M., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, 5^a ediz., UTET, Torino, 1991.

CHIAVARIO M., *Un giusto processo dal futuro ancora incerto*, in *Corr. Giur.*, 2000, f. 1, p. 5.

CHIAVARIO M., *Voce Il giusto processo (dir. proc. pen)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, 2001, p. 1.

CHIAVARIO M., *Il diritto al processo delle vittime dei reati e la corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 938.

CHIAVARIO M., *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Legisl. pen.*, 2002, f. 1-2, p. 139.

CHINNICI D., *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005.

- CHIOVENDA G., *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Vol I, 1931.
- CONSO G., Voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, Vol. I, 1958, p. 334.
- CONSO G., *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 405.
- CONSO G., *Costituzione e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1969.
- CONTI G., *Esteso l'istituto dell'incidente probatorio alla testimonianza di chi ha meno di sedici anni*, in *Guida dir.*, 1996, f. 9, p. 27.
- CONTI C., *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111. Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, f. 2, p. 197.
- CONTI C., Voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., Vol. V, 2001, p. 627.
- CONTI C., *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, f. 6, p. 746.
- COPPETTA M. G., *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, in C. Cesari (a cura di), *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 121.
- CORDERO F., *Linee di un processo accusatorio*, in AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 61.
- CRISTIANI A., *Lecture vietate e libero convincimento del giudice*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1964.
- DE CATALDO NEUBURGER L., *Proteggere il minore e proteggere la testimonianza?*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 192.
- DEGANELLO M., Voce *Oralità (principio della)* in *Dig. disc. pen.*, Vol. IX, 1995, p. 15.
- DI CHIARA G., *Nota a Corte Cost. Sentenza n. 17 del 1994*, in *Foro it.*, 1994, p. 1630.
- DI CHIARA G., *Testimonianza dei "soggetti deboli" e limiti all'esame incrociato*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 2569.
- DI CHIARA G., *L'incidente probatorio tra "novella" del 1997 e successive turbolenze: la breccia delle dichiarazioni collaborative erga alios*, in *Giur. Cost.*, 1999, f. 6, p. 3786.
- DI CHIARA G., Voce *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg., Vol. VI, 2002, p. 546.
- DINACCI F. R., *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, CEDAM, Padova, 2003.
- DOMINONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, f. 3, p. 736.
- DOMINONI O., *Oralità contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in AA. VV., *Il giusto processo, atti del convegno presso l'università di Salerno, 11-13 ottobre 1996*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 79.
- FABBRICATORE S., *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, f. 5, p. 640.

- FALDATI L., *La cross examination nel giudizio penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2008, f. 3, p. 257.
- FAMIGLIETTI A., *La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, f. 1, p. 289.
- FAMIGLIETTI A., *Minori, infermi di mente e modalità di audizione protetta: equiparazione di soggetti deboli nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2006, f. 2, p. 446.
- FERRUA P., *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981.
- FERRUA P., *Studi sul processo penale II. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992.
- FERRUA P., *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 425.
- FERRUA P., *Studi sul processo penale III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, Torino, 1997.
- FERRUA P., *Il processo penale dopo la riforma dell'articolo 111 Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 49.
- FERRUA P., *L'avvenire del contraddittorio*, in *Critica dir.*, 2000, p. 21.
- FERRUA P., *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, f. 4, p. 401.
- FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3^a ediz., Giappichelli, Torino, 2007, p. 295.
- FERRUA P., *Il giusto processo*, 3^a ed., Zanichelli, Bologna, 2012.
- FRIGO G., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Coordinato da M. Chiavario, Vol. V, UTET, Torino, 1991.
- FRIGO G., *Solo un intervento del legislatore è idoneo a colmare la lacuna*, in *Guida dir.*, 2005, f. 26, p. 74.
- GALANTINI N., *Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in *Cass. pen.*, 1991, f. 4, p. 663.
- GIALUZ M., *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in AA. VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 59.
- GIANZI G., *Voce Esame diretto e controesame*, in *Enc. dir., Agg.*, Vol. III, 1999, p. 592.
- GIOSTRA G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, f. 1, p. 13
- GIOSTRA G., *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, f. 3, p. 661.
- GIOSTRA G., *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361 del 1998 della Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 1999, f. 2, p. 197.
- GIOSTRA G., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. Giust.*, 2001, f. 6, p. 1128.
- GIOSTRA G., *Voce Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VIII, 2001, p. 1.

GIOSTRA G., *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, f. 3, p. 1019.

GREVI V., *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, Milano, 1989, p. 1.

GREVI V., *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, f. 3, p. 726.

GREVI V., *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, f. 3, p. 821.

GREVI V., *Processo penale, giusto processo e revisione costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 3317.

GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata" diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 423.

GREVI V., *Prove*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 7ª ediz., CEDAM, Padova, 2014, p. 313.

GRIFANTINI F. M., *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, 3ª ediz., Giappichelli, Torino, 2007, p. 159.

IACOVIELLO F. M., *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, f. 8-9, p. 2028.

IAFISCO L., *Commento alla legge n. 269 del 1998 – art 13*, in *Legisl. Pen.*, 1999, p. 130.

IASEVOLI C., *Pluralismo delle fonti e modifica al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, f. 12, p. 1392.

ILLUMINATI G., *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.* 1988 f. 9, p. 355.

ILLUMINATI G., *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e contraddittorio*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale, tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 55.

ILLUMINATI G., *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, f. 2, p. 387.

ILLUMINATI G., *Voce Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. I, 2007, p. 1.

ILLUMINATI G., *Giudizio*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di) *Compendio di procedura penale*, 7ª ediz., CEDAM, Padova, 2014, p. 797.

KALB L., *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, f. 12, p. 1542.

KALB L., *La "ricostruzione orale" del fatto tra "efficienza" ed "efficacia" del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

KOSTORIS R. E., *Voce Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, 1997, p. 1.

- KOSTORIS R. E., *Solo un incremento dell'incidente probatorio può attenuare le contraddizioni del rito penale*, in *Guida dir.*, 2001, f. 24, p. 10.
- LATTANZI G, LUPO E., *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenza di sistema*, in *Cass. Pen.*, 1983, f. 1, p. 181.
- LEONE E., *Sull'ammissibilità del controesame o della controprova nell'ipotesi di rinuncia all'esame principale*, in *Cass. pen.*, 1997, f. 5, p. 1522.
- LOZZI G., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1997, f. 3, p. 669.
- LUPARIA L., *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, f. 11, p. 3541.
- MAMBRIANI A., *Esame e controesame delle parti: spunti sistematici*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, f. 5, p. 453.
- MANZIONE D., *Le nuove "regole" per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. Pen.*, 1991, f. 8-9, p. 1479.
- MARANDOLA A., *Negata dalla Consulta l'estensione dell'incidente probatorio "incondizionato e protetto" al maggiorenne infermo di mente vittima di reati sessuali*, in *Giur. Cost.*, 2003, p. 1756.
- MARZADURI E., *Tutti i rischi legati all'attuazione dei principi*, in *Guida dir.*, 1999, f. 9, p. 39.
- MARZADURI E., *La riforma dell'articolo 111 Cost, tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Legisl. Pen.*, 2000, p. 755.
- MARZADURI E., *Commento alla legge n. 63 del 2001 – Art 3*, in *Legis. Pen.*, 2002, f. 1-2, p. 164.
- MARZADURI E., *Diritto alla prova testimoniale e modalità di escussione del testimone*, in AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 15.
- MASSA C., *Il principio dell'immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 330.
- MASSA C., *Il principio dell'immediatezza processuale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli II*, Giuffrè, Milano, 1972.
- MASSA M., *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Giuffrè, Milano, 1976.
- MAZZA O., *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, f. 2, p. 475.
- MAZZA O., *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, intervento al convegno svoltosi a Ferrara il 22 maggio 2015.
- MORGAN J., ZEDNER L., *Child victims. Crime, impact and criminal justice*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1992.
- MOROSINI P., *La formazione della prova per fatti di criminalità organizzata*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, Padova, 2001, p. 219.

MULLIRI G., *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche. Le modifiche al codice di procedura penale*, in *Cass. Pen.*, 1996, f. 2, p. 734.

NAPPI A., *Commento all' articolo 13 legge n. 66 del 1996*, in *Gazz. Giur.*, 1996, f. 8, p. 1.

NEGRI D., *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, f. 9, p. 1229.

NOBILI M., *La nuova procedura penale*, CLUEB, Bologna, 1989.

NOBILI M., *Progetto di un nuovo codice di procedura penale per la Repubblica di san Marino*, in *Alma mater studiorum*, Bologna, 1992, Vol. V, p. 191.

NOBILI M., *Art 511, Commento al nuovo codice di procedura penale*, Secondo aggiornamento, UTET, Torino, 1993, p. 424.

NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1998.

NOSEGO S., *La normativa sul minore persona offesa nel processo ordinario e nel procedimento penale minorile: prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2006, f. 1, p. 226.

ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *AA.VV.*, *La prova nel dibattimento penale*, 3^a ediz., Giappichelli, Torino, 2007, p. 3.

PANSINI C., *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2001.

PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano, 1996.

PAULESU P., *Commento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1 del 1999*, in *Cass. Pen.*, 1999, f. 9, p. 2495.

PEPINO L., *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. Giust.*, 1993, p. 237.

POTETTI D., *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1995, f. 7-8, p. 1733.

PRESUTTI A., *La tutela dei testimoni deboli: minori e infermo di mente*, in *Famiglia e diritto*, 2005, f. 3, p. 327.

RENON P., *L'incidente probatorio nel procedimento penale, tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2000.

RENON P., *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, Torino, 2008.

RENON P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, f. 3, 2011, p. 1019.

RENON P., *Articolo 401*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ediz., CEDAM, Padova, 2015, p. 1746.

RENON P., *Casi di assunzione anticipata della prova*, intervento al convegno del 22 maggio 2015, svoltosi a Ferrara.

RICCIO G., *Le letture dibattimentali tra immediatezza e "non dispersione"*, in *La giustizia penale*, 2012, f. 3, p. 186.

RIVELLO P. P., *Voce Letture consentite e letture vietate*, in *Dig. disc. pen.*, Vol VII, 1993, p. 405.

RIZZO C., *Le modalità di "audizione protetta del minore"*, in *Cass. pen.*, 2014, f. 11, p. 3808.

- SANTORIELLO C., *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arc. pen.*, 2013, f. 2, p. 1.
- SAU S., *L'incidente probatorio*, CEDAM, Padova, 2001.
- SAVY D., *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione Europea*, in *Il diritto UE*, 2013, f. 3, p. 613.
- SCOMPARIN L., *Il testimone minorenne nel procedimento penale: l'esigenza di tutela della personalità tra disciplina codicistica ed interventi normativi recenti*, in *Legisl. Pen.*, 1996, p. 693.
- SCOMPARIN L., *La tutela del testimone nel processo penale*, CEDAM, Padova, 2000.
- SELVAGGI E., *Voce Esame diretto e controesame*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IV, 1990, p. 280.
- SIRACUSANO D., *Urge recuperare l'oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, f. 5, p. 527.
- SIRACUSANO D., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, f. 11, p. 1425.
- SPANGHER G., *Le norme contro la pedofilia, B) le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, f. 10, p. 1231.
- STONE M., *La cross examination, strategie e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1990.
- TARUFFO M., *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, f. 2, p. 420.
- TONINI P., *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, f. 8-9, p. 1995.
- TONINI P., *Il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, f. 12, p. 1506.
- TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, f. 10, p. 1388.
- TONINI P., *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in AA. VV., *Giusto processo, nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, CEDAM, Padova, 2001, p. 3.
- TONINI P., *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, f. 3, p. 269.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 13^a ediz., Giuffrè, Milano, 2012.
- TONINI P., *Dal codice del 1930 al codice del 1988*, in P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 16.
- TREMOLADA M., *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, f. 6, p. 744.
- TRIBISONNA F., *Poteri del giudice ed estensione del divieto di porre domande suggestive al minorenne*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, f. 12, p. 1474.
- TRIBISONNA F., *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, f. 3, p. 270.

UBERTIS G., Voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. III, 1989, p. 453.

UBERTIS G., Voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, 1991, p. 521.

UBERTIS G., *Prova e contraddittorio*, in *Cass. Pen.*, 2002, f. 3, p. 1182.

UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.* 2003, f. 6, p. 2096.

UBERTIS G., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, f. 3, p. 1091.

VERRINA G. L., Voce *Principio del contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, *Agg. A-Z*, 2004, p. 636.

VIGNA P. L., *Le indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1.

ZAMPAGLIONE A., *Il divieto di rivolgere domande suggestive al teste minorenni ed il suo ambito di operatività*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, f. 10, p. 1234.