



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

uup.uniurb.it



**INCONTRI
E PERCORSI**

N.07

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024

04.

Diritto penale tra teoria e prassi, a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera, UUP 2024

05.

Federico da Montefeltro nel Terzo Millennio, a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Antonio Corsaro, Grazia Maria Fachechi, UUP 2024

06.

Penal systems of the sea, edited by Rosa Palavera, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

PLURALITÀ & DIRITTO

Alle radici del giuridico

a cura di

Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

PLURALITÀ & DIRITTO. ALLE RADICI DEL GIURIDICO

a cura di Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo

Comitato scientifico

Alessandro Bondi, professore ordinario di diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Maria Luisa Biccari, professoressa associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Federica De Iulii, professoressa associata di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università degli Studi di Parma

Alberto Fabbri, professore associato di Diritto e religione nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Chiara Gabrielli, professoressa associata di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Il ciclo di incontri Pluralità & Diritto è stato finanziato dall'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito del progetto di ricerca Per un diritto penale inclusivo (responsabile scientifico Rosa Palavera).

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 9788831205603

PDF ISBN 9788831205580

EPUB ISBN 9788831205597

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:
<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press
Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino
<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

LA LEGGE DELLA TERRA: UN'INTRODUZIONE Rosa Palavera, Nicola Pascucci, Anna Sammassimo	11
------------------------------------------------------------------------------------------	----

SEZIONE I PLURALITÀ E DISCIPLINA GIURIDICA DELLE ATTIVITÀ ECONOMICO-PRODUTTIVE

LA DIVERSITY NELLA DISCIPLINA DELLA GOVERNANCE SOCIETARIA: ONERE O OPPORTUNITÀ? Elisabetta Righini	19
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

IL PERSEGUIMENTO DEL LUCRO COME CARDINE DELLE SOCIETÀ CAPITALISTE Carlo Emanuele Pupo	67
---------------------------------------------------------------------------------------------	----

PLURALITÀ E TIPICITÀ PENALE ALLA PROVA DELLA POSTMODERNITÀ Cecilia Valbonesi	77
------------------------------------------------------------------------------------	----

SICUREZZA E LIBERTÀ NELLA PRATICA SPORTIVA IN MONTAGNA: PERCEZIONE DEL RISCHIO E RESPONSABILITÀ PENALE Stefania Rossi	91
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

PLURALITÀ CULTURALI E COMUNICAZIONE DEL RISCHIO NEGLI EVENTI CATASTROFICI: LA COMUNICAZIONE DEL RISCHIO E IL RISCHIO DELLA COMUNICAZIONE Patrizia Di Fulvio	97
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

SEZIONE II PLURALITÀ DI ESIGENZE PROTETTIVE E SISTEMA PENALE: LE VITTIME VULNERABILI

VERSO UN RUOLO SEMPRE PIÙ INCISIVO DELLA VITTIMA VULNERABILE NEL PROCESSO PENALE EUROPEO? Lorenzo Bernardini	115
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DI VIOLENZA OSTETRICA E GINECOLOGICA, VULNERABILITÀ ED INTERSEZIONALITÀ: PROSPETTIVE EMERGENTI	
---------------------------------------------------------------------------------------------------	--

NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
UMANI E DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI UMANI 139
Sara Dal Monaco

LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA
PARTICOLARMENTE VULNERABILE, TRA NUOVE TECNOLOGIE
DI DOCUMENTAZIONE E PERDURANTI CRITICITÀ 163
Nicola Pascucci

LA VITTIMA VULNERABILE NEI REATI DI CUI AL “CODICE ROSSO”.
FORME DI TUTELA SOSTANZIALE E PROCESSUALE 189
Cecilia Ascani

SEZIONE III PLURALITÀ CULTURALE E TUTELA DELLE LIBERTÀ

“TOLLERANZA” RELIGIOSA E TRADIZIONE ROMANA
ALL'OMBRA DELL'ALTARE DELLA VITTORIA 207
Margherita Frare

QUALI LIMITI ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA? 233
Anna Sammassimo

ENDOGAMIA NELL'ORDINAMENTO ISLAMICO,
EBRAICO E CANONICO 249
Paolo Lobiati

LEONARDO SCIASCIA E IL POLITEISMO GIURIDICO.
MAFIA E PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI 275
Ivan Cecchini

PARTITI POLITICI E GIUSTIZIABILITÀ. DALL'IMMUNITÀ
AI RECENTI CASI DEL PARTITO “MOVIMENTO 5 STELLE” 303
Veronica Montani

PLURALITÀ DELLE PLURALITÀ.
POSTILLA SUL DIRITTO PENALE GLOBALE 329
Rosa Palavera

LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE, TRA NUOVE TECNOLOGIE DI DOCUMENTAZIONE E PERDURANTI CRITICITÀ

Nicola Pascucci

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

1. PARTICOLARE VULNERABILITÀ E CODICE DI PROCEDURA PENALE: L'APPROCCIO LEGISLATIVO ALLA QUESTIONE

Il procedimento penale dedica specifica attenzione alle vittime minorenni e, più in generale, a quelle particolarmente vulnerabili. Può intendersi per “vulnerabilità” la maggiore propensione di un soggetto ad essere traumatizzato nel corso del giudizio (c.d. vittimizzazione secondaria)¹, a causa di una più spiccata «predisposizione» dello stesso «‘a ferirsi’ e ‘a essere ferito’»², per fattori soggettivi, come l’età, od oggettivi, come il tipo di reato. La normativa deve considerare le specificità di questi soggetti, con l’obiettivo di fornire una risposta normativa alla pluralità di esigenze protettive di tali tipologie di vittime, spesso richiedente un approccio misurato sulle loro

1 La vittimizzazione secondaria o “da processo” consiste nel trauma, ulteriore rispetto a quello ipoteticamente già subito a causa del reato, derivante dal contatto con l’ambiente giudiziario. In relazione a procedimenti per violenza sessuale, v. R. CAMPBELL-S. RAJA, *Secondary Victimization of Rape Victims: Insights From Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence*, in *Violence and Victims*, 1999, 3, p. 261 ss., spec. p. 262 s.; J.E. WILLIAMS, *Secondary Victimization: Confronting Public Attitudes about Rape*, in *Victimology*, 1984, p. 66 ss., spec. p. 67. La Raccomandazione CM/REC(2023)2 sui diritti, i servizi e il supporto alle vittime di reati, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il 15 marzo 2023, adotta un concetto ampio di «*secondary victimisation*», intendendo la «*victimisation that occurs not as a direct result of the criminal offence but as a result of the response of public or private institutions and other individuals to the victim*».

2 S. BUZZELLI, *La fragilità probatoria del dichiarante minorenne e la giustizia penale in Europa*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 18.

particolari esigenze, che non solo differiscono rispetto a quelle ordinarie, ma risultano eterogenee tra loro.

Per quanto riguarda i minorenni, è ampiamente studiata la loro speciale suggestionabilità, che tende ad aumentare al diminuire dell'età³, cioè la propensione, maggiore rispetto agli adulti, a modificare i loro ricordi a seguito di domande e sollecitazioni, ad esempio da parte dei loro interlocutori adulti, *in primis* i genitori che vogliono sapere come sono andati i fatti, poi da parte dei conoscenti e di chiunque altro entri in contatto col minorenni stesso⁴. C'è inoltre il rischio, più elevato nei minori d'età, che successive esperienze di vita modifichino i ricordi, in maniera spesso inconsapevole e irreparabile⁵. Il tema si interseca quindi con numerosi concetti di psicologia della testimonianza, che un legislatore consapevole dovrebbe considerare nel delineare una disciplina specifica, prefiggendosi un duplice obiettivo: ridurre al minimo il rischio di traumi per il dichiarante minorenne – e, in generale, “fragile” – e preservare al contempo la genuinità del suo apporto dichiarativo⁶.

La crescente considerazione sociale nei confronti delle vittime “fragili” e delle loro esigenze protettive ha assunto – e assume tuttora – un enorme impatto sul procedimento penale, avendo indotto i legislatori eurounitario e nazionale ad intervenire sulla disciplina processuale, al fine di implementare le tutele di questa categoria di soggetti. Si tratta di un percorso che viene da lontano e i cui segni evolutivi ben si colgono esaminando la trama codicistica, costellata di *bis*, *ter* e *quater*, chiari indicatori delle riforme legislative⁷. La disciplina sui testimoni-persone offese vulnerabili nel procedimento penale risulta infatti particolarmente caotica e frastagliata, a causa di continui rimaneggiamenti che hanno reso via via più disorganica la materia. Si è succeduta, dal 1996 ad oggi, una lunga serie di modifiche agli artt. 190-*bis*, 351, 362, 391-*bis*, 392, 398 e 498 c.p.p. – solo per citare alcuni dei principali articoli contenenti previsioni sui dichiaranti “deboli” – ad opera sia della Corte costituzionale che del legislatore italiano, il quale ha agito talvolta di propria iniziativa – non di rado sull'onda dell'emotività

3 G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 107 s.

4 Sulla suggestionabilità, v., per tutti, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel procedimento penale. Diritto e psicologia*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2008, p. 377 ss.

5 Sul punto, v. ad esempio G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone?*, cit., p. 108.

6 G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1024, che parla di «finalità anfibia»; C. CESARI, *La “campana di vetro”: protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenne*, in EAD. (a cura di), *Il minorenne fonte di prova*, cit., p. 271 s.

7 G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1019 ss.

generata da casi di cronaca nera enfatizzati dai *media* – e talaltra su sollecitazione del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, al fine di recepirne gli atti normativi. Gli interventi, spesso effettuati in maniera poco meditata e senza una visione sistematica, si sono sostanzialmente affastellati, creando conflitti e problemi interpretativi con le norme preesistenti, lasciate di regola invariate⁸. L'assenza di un disegno riformatore realmente unitario emerge con chiarezza leggendo la disciplina, relativa sia alle indagini preliminari che al dibattimento.

Le riforme hanno modificato profondamente dapprima la disciplina sui testimoni minorenni (*rectius*, in origine, minori di sedici anni) e sui maggiorenni infermi di mente in procedimenti per particolari delitti di natura sessuale e assimilati, per poi appunto concentrarsi sulle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità. Al di là del tendenziale pressappochismo delle modifiche, la direzione è comunque univoca: un graduale ampliamento sia delle tutele che dei loro potenziali destinatari. Se inizialmente, però, questa estensione risultava di regola circoscritta entro limiti ben precisi dai punti di vista soggettivo (dichiaranti minorenni o infermi di mente) e oggettivo (procedimenti per specifici delitti, considerati particolarmente traumatizzanti), l'inclusione dell'ampia e indefinita categoria delle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, attuativo della direttiva 2012/29/UE⁹, ha definitivamente “spezzato gli argini” applicativi dei benefici, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo. Il rischio è che le modalità particolari utilizzate per proteggere i dichiaranti “fragili” si trasformino di fatto da eccezione a regola, con inevitabili ripercussioni sulla qualità del contraddittorio nella formazione della prova¹⁰. Il legislatore eurounitario, con la direttiva 2024/1385¹¹, è di recente tornato sul tema in relazione alle vittime di violenza contro le donne e di violenza domestica, prevedendo che venga effettuata prima possibile la valutazione individuale delle me-

8 Questa tendenza era già chiara vent'anni fa, quando la dottrina parlava, in riferimento alla disciplina sulla testimonianza del minorenne, di «ginepraio disomogeneo e bizzarro», comprendente «schegge normative spesso dettate da problemi contingenti o da spinte emotive»: G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1022.

9 «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI», in *G.U.U.E.*, 14 novembre 2012, L 315/57 ss.

10 N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenne. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 68 s.

11 «Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica», in *G.U.U.E.*, 24 maggio 2024, L 1 ss.

desime per verificarne le specifiche esigenze di protezione, anche in vista dell'applicazione delle misure di cui agli artt. 23 e 24 direttiva 2012/29/UE (art. 16 direttiva 2024/1385). La prospettiva vittimocentrica è quindi destinata a rafforzarsi e serviranno buone dosi di equilibrio e di ponderazione per conciliare, in sede di recepimento, tali ulteriori previsioni con la fondamentale concezione del processo come strumento di accertamento dei fatti e di tutela dei diritti dell'imputato, presunto innocente¹².

2. UNA FIGURA AMPIA E SFUMATA: LA PERSONA OFFESA IN CONDIZIONE DI PARTICOLARE VULNERABILITÀ

Occorre innanzitutto soffermarsi sul significato di “persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità”, come delineata dall'art. 90-*quater* c.p.p., introdotto dal citato d.lgs. n. 212/2015. La norma deve ormai considerarsi la principale chiave d'accesso per ottenere diversi benefici processuali, tra cui, *in primis*, le “modalità protette” di esame testimoniale¹³.

Si può preliminarmente notare che, per ottenere le tutele processuali, non è sufficiente una semplice vulnerabilità, ma una “particolare vulnerabilità”, cioè di livello più elevato, pur con tutta l'ambiguità che reca con sé questa espressione. Ambiguità che l'art. 90-*quater* c.p.p., contenente appunto i criteri per valutare se una persona offesa versi in tale situazione, non riesce a fugare. I criteri sono l'età (minore di diciotto anni o molto avanzata), lo «stato di infermità o di deficienza psichica», il «tipo di reato», le «modalità» e le «circostanze del fatto». Si valuta pure se il reato è stato «commesso con violenza alla persona o con odio razziale», se è «riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo» o di tratta di esseri umani, se presenta «finalità di discriminazione», se la persona offesa è dipendente sotto i profili affettivo, psicologico od economico dall'indagato/imputato. Si considerano quindi, in consonanza con quanto sancito dalla direttiva 2012/29/UE, sia parametri oggettivi, come la riconducibilità a reati commessi con violenza alla persona, di criminalità organizzata, di tratta di persone o di terrorismo, sia parametri soggettivi, attinenti cioè alla condizione personale della singola persona, come l'età, l'infermità mentale e la dipendenza dall'indagato o imputato. A questo proposito, si segnala un'improprietà terminologica che forse tradisce gli intenti non proprio ga-

12 Gli Stati membri dovranno recepire la direttiva in esame entro il 14 giugno 2027.

13 V. *infra*, § 6.

rantistici della riforma del 2015: nonostante debba parlarsi di indagato e di imputato fino alla condanna definitiva, l'art. 90-*quater* c.p.p. si riferisce all'«autore del reato»¹⁴.

Anche le vittime di violenza sessuale, maltrattamenti, atti persecutori ed altri delitti della medesima indole possono essere annoverate tra le persone offese particolarmente vulnerabili, purché ne ricorrano i presupposti all'esito di una valutazione personale condotta caso per caso. Come osservato, tra gli indicatori della particolare vulnerabilità, idonei ad orientare la valutazione del giudice, compaiono anche il tipo di reato e la dipendenza della vittima dall'accusato del reato. Inoltre, secondo la giurisprudenza, per "violenza alla persona" si intende non solo quella fisica, ma anche quella morale e psicologica¹⁵.

La categoria delineata dall'art. 90-*quater* c.p.p., come si vede, si basa su criteri dai contorni sfuggenti e discrezionali. Il problema è amplificato dal fatto che il legislatore, in modo poco rigoroso, non ha previsto né una procedura finalizzata a verificare l'effettiva sussistenza della particolare vulnerabilità, ad esempio mediante personale qualificato, né il soggetto preposto a valutare se una determinata persona offesa sia realmente in tale condizione. Ci si chiede allora se possa decidere il pubblico ministero o magari soltanto il giudice, dato che il codice non lo chiarisce. Nel silenzio della legge, si può dare risposta affermativa al quesito, individuando una sorta di "competenza diffusa" degli operatori nell'effettuare l'*individual assessment*¹⁶. Si può altresì ritenere che, soprattutto nei casi dubbi, l'autorità giudiziaria possa nominare un consulente tecnico o un perito per farsi coadiuvare nella valutazione.

14 Tale improprietà, tra l'altro, è stata a sua volta mutuata dalla direttiva 2012/29/UE, che parla di «autore del reato». Nondimeno, il suo *Considerando* n. 12, nell'estendere la portata del concetto anche a coloro la cui responsabilità penale non sia stata ancora accertata, fa salva la presunzione di innocenza: N. PASCUCCI, *La testimonianza delle persone offese particolarmente vulnerabili alla luce della direttiva 2012/29/UE*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2020, p. 3 nota 7.

15 Cass. pen., sez. VI, 22 marzo 2019 (dep. 20 giugno 2019), n. 27601, in *C.E.D. Cass.*, n. 276077; Cass. pen., sez. II, 24 giugno 2016 (15 luglio 2016), n. 30302, in *C.E.D. Cass.*, n. 267718.

16 H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in *Leg. pen.*, 4 luglio 2016, p. 26.

3. LE DICHIARAZIONI DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE NELLE INDAGINI PRELIMINARI: UNA DISCIPLINA TORMENTATA CON INCOERENZE MAI RISOLTE

La categoria della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità è piuttosto recente, perché, nonostante il d.l. n. 93 del 2013, conv. con modif. in legge n. 119 del 2013, avesse già introdotto un accenno ad essa nel codice¹⁷, la definizione dei suoi confini si deve al d.lgs. n. 212 del 2015, che ha recepito la direttiva 2012/29/UE sulle vittime di reato. Essa, come osservato, è stata preceduta da un percorso di progressiva estensione dei benefici, inizialmente riservate ai dichiaranti minori d'età in procedimenti per specifici delitti.

Le indagini preliminari erano originariamente sprovviste di specifiche tutele per i dichiaranti “fragili”¹⁸. In questa fase, l'introduzione dell'obbligo, per la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e il difensore, di avvalersi di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile al fine di sentire particolari categorie di dichiaranti si deve alla legge n. 172 del 2012, che ha recepito nell'ordinamento italiano la Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007 contro gli abusi sessuali nei confronti dei minori d'età. Gli artt. 351 comma 1-ter, 362 comma 1-ter e 391-bis comma 5-bis c.p.p., rispettivamente dedicati all'assunzione di sommarie informazioni/informazioni da parte di polizia giudiziaria, pubblico ministero e difensore nei confronti di soggetti “fragili”, riservavano originariamente questa tutela soltanto alle persone informate sui fatti minorenni (non necessariamente offese dal reato) in procedimenti per un novero di delitti elencati nell'art. 351 comma 1-ter c.p.p., perlopiù di natura sessuale.

Si prevede la nomina del professionista da parte del pubblico ministero (che a sua volta attinge preferibilmente il nominativo dall'albo dei periti) anche quando a sentire il dichiarante è la polizia giudiziaria, con ogni evidenza per consentire al pubblico ministero, *dominus* delle indagini, di mantenere il controllo su questa delicata tipologia di atti. Il difensore, invece, nomina l'esperto autonomamente, dovendo godere dell'autonomia necessaria per poter svolgere in modo efficace le proprie investigazioni. Non sarebbe infatti equo che l'indicazione del professionista provenisse

17 Detta categoria compare infatti per la prima volta nell'art. 498 comma 4-*quater* c.p.p., come introdotto da tale riforma.

18 G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1021.

dall'organo di accusa, portatore di interessi diversi rispetto a quelli dell'indagato. Né sarebbe opportuno affidare questo compito al giudice per le indagini preliminari, sia perché ciò limiterebbe e rallenterebbe le attività di difesa, sia perché, essendo un giudice *ad acta*, potrebbe non conoscere le specificità del caso concreto.

Con il d.lgs. n. 212/2015, il legislatore ha interpolato i commi 1-*ter* degli artt. 351 e 362 c.p.p., aggiungendo un ulteriore periodo secondo cui la polizia giudiziaria e il pubblico ministero procedono «allo stesso modo» quando devono sentire una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, anche maggiorenne¹⁹. Qui emerge uno dei tanti problemi della disciplina: la predetta riforma ha lasciato invariato l'art. 391-*bis* comma 5-*bis* c.p.p., che continua a prevedere l'obbligo di servirsi dell'esperto solo per sentire le persone informate minorenni nei delitti elencati dal primo periodo dell'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p.²⁰. Un parziale ampliamento della platea dei beneficiari è dettato dal Codice Deontologico Forense, il cui art. 56 prescrive, a pena di sospensione dall'esercizio dell'attività professionale, l'obbligo di nominare l'esperto quando l'avvocato sente una persona offesa minorenni, a prescindere dal reato per cui si procede. L'aggiunta, tuttavia, oltre a non contemplare la più ampia categoria delle persone offese particolarmente vulnerabili, si pone su un piano meramente deontologico, ben diverso da quello legislativo. Se il difensore non si avvallesse dell'ausilio di un esperto per assumere informazioni da una persona offesa minorenni in procedimenti per delitti non compresi nell'art. 351 comma 1-*ter* c.p.p., l'audizione non solo risulterebbe valida, ma non potrebbe neppure dirsi irregolare, ferme restando, comunque, le conseguenze disciplinari a carico dell'avvocato.

Il legislatore, così facendo, ripone dunque una fiducia più elevata nelle competenze psicologico-giuridiche del difensore rispetto che in quel-

19 Un ulteriore periodo dei medesimi commi prevede inoltre, sulla falsariga di quanto dispone l'art. 190-*bis* c.p.p. per il processo, che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione dell'audizione, «non abbia contatti con» l'indagato e «non sia chiamata più volte» a rendere dichiarazioni, «salva l'assoluta necessità per le indagini». La *ratio* della previsione che limita le audizioni è sia preservare la traccia mnemonica contro alterazioni dovute a plurime rievocazioni dei fatti, sia tutelare l'offeso da traumi ulteriori (la c.d. "vittimizzazione secondaria" o "da processo").

20 Parte della dottrina propone una lettura "ortopedica", in modo da estendere anche all'assunzione di informazioni da parte del difensore l'obbligo dell'ausilio dello psicologo per tutte le persone offese particolarmente vulnerabili: F. DELVECCHIO, *la nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016, p. 25 nota 91. Un tentativo di ampliamento è anche posto in essere da F. CERQUA, *Fonti deboli e processo penale. I congegni di protezione dei dichiaranti particolarmente vulnerabili*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018, p. 73. Tale lettura, seppur mossa da intenti apprezzabili, non pare convincente, ponendosi in netto contrasto con il dato letterale della disposizione.

le della polizia giudiziaria e del pubblico ministero? No di certo, sembra anzi ragionevole ritenere il contrario.

Una previsione di segno opposto è infatti dettata in merito alle conseguenze processuali per la mancata nomina dello psicologo. Se infatti la polizia giudiziaria e il pubblico ministero non si avvalgono del suo ausilio, il legislatore non prevede esplicite sanzioni processuali. Di fronte al silenzio legislativo, nonostante si possa condivisibilmente ritenere la norma presidiata da un'inutilizzabilità²¹, la giurisprudenza è orientata in senso inverso. L'orientamento maggioritario configura infatti un obbligo senza sanzione, cioè un'irregolarità *ex art. 124 c.p.p.*²², mentre un orientamento minoritario, in palese contrasto con il dato testuale, nega addirittura l'esistenza di un vero e proprio obbligo, considerando la prescrizione sull'esperto una sorta di "consiglio" agli operatori²³, nonostante la norma utilizzi l'indicativo presente, denotativo di un obbligo²⁴. La situazione si capovolge quando a procedere con l'audizione è il difensore: ai sensi dell'art. 391-*bis* comma 6 c.p.p., la violazione delle previsioni di cui ai commi antecedenti – e, dunque, anche di quello relativo all'ausilio dell'esperto nei casi indicati dall'art. 351 comma 5-*bis* c.p.p. – comporta l'inutilizzabilità dell'atto investigativo²⁵.

Ci si augura che, in futuro, il legislatore o la Corte costituzionale intervengano per eliminare le anzidette sperequazioni.

Si pongono ulteriori problemi sotto il profilo terminologico: il d.lgs. n. 212/2015 ha esteso l'ausilio dell'«esperto in psicologia o in psichiatria

21 Come afferma, seppur con varie argomentazioni, parte della dottrina: per tutti C. CESARI, *Il "minore informato sui fatti" nella legge n. 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 165 s.; EAD., *Sull'audizione dei minori le novità legislative vengono tradite dalla Suprema Corte*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1180 ss.; C. IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1400; N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 92 ss.; B. PIATTOLI, *Audizione protetta del minore e tutela delle vittime del reato*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 176.

22 Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2018 (dep. 22 maggio 2018), n. 22754, in *DeJure*; Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 2013 (dep. 27 gennaio 2014), n. 3651, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2976 ss., con nota di N. PASCUCCI, *La Cassazione ci ripensa: è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia o psichiatria infantile per sentire la "persona informata" minorenni*.

23 Cass. pen., sez. IV, 12 marzo 2013 (dep. 12 aprile 2013), n. 16981, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, p. 374 ss., con nota di C. GABRIELLI, *La partecipazione dell'esperto all'audizione del minore come cautela facoltativa: una discutibile lettura di una disciplina ancora inadeguata*.

24 C. CESARI, *Sull'audizione dei minori*, cit., p. 1183.

25 Se inizialmente si pensava a una "svista" del legislatore (in questo senso A. FORZA, *L'ascolto del minore dopo la Convenzione di Lanzarote*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, p. 145), l'inerzia sul punto del d.lgs. n. 212/2015 e dei successivi interventi legislativi fa invece propendere per una scelta volontaria.

infantile», inizialmente previsto per le persone informate minori d'età nei suddetti procedimenti, a tutte le persone offese particolarmente vulnerabili, anche adulte. È evidente come per gli adulti “fragili” sia necessario un diverso profilo professionale, che si adatti alle loro esigenze. A questo punto, la questione può essere risolta solo tramite il buonsenso degli operatori, che dovranno scegliere figure dotate non solo di esperienza nel settore richiesto dalla legge, ma anche in quelli opportuni nello specifico caso concreto. Altro problema, indice di una scarsa consapevolezza legislativa in merito alle reali esigenze dei dichiaranti “fragili”, è il fatto di non prevedere l'obbligo per l'esperto di possedere solide cognizioni di psicologia giuridica. È infatti molto diverso l'approccio clinico, tipico del terapeuta e finalizzato a prendere in carico i problemi del paziente e a creare con lui un'alleanza terapeutica, rispetto a quello forense, diretto invece ad ottenere dal dichiarante il maggior numero possibile di informazioni con il minor trauma e le minori alterazioni del ricordo. L'omissione *de qua* è potenzialmente foriera di gravi inconvenienti, in quanto nominare una figura professionale non formata in psicologia giuridica può recare danni irreparabili alle dichiarazioni, al ricordo e allo stesso equilibrio psicofisico della persona informata sui fatti²⁶.

La legge n. 69/2020 (denominata comunemente “Codice Rosso”) ha di nuovo modificato l'art. 362 c.p.p., introducendo il comma 1-ter, in base al quale il pubblico ministero, direttamente o delegando la polizia giudiziaria, deve assumere informazioni dalle persone offese in procedimenti per specifici delitti ivi elencati (di c.d. violenza domestica o di genere²⁷) entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato. L'interpolazione, che inserisce l'ennesima “norma manifesto” apparentemente a favore delle vittime, desta perplessità. Si tratta di un termine, seppur ordinatorio²⁸, molto breve e difficile da rispettare sotto il profilo organizzativo. Esso risulta talora con-

26 La nomina dello psicologo è un adempimento fondamentale: se scelto in modo scorretto, potrebbe compromettere in maniera irreparabile la traccia mnemonica del dichiarante. Si pensi all'emblematico procedimento per abusi sessuali di Rignano Flaminio, in cui non solo i genitori, ma anche lo psicologo nominato nelle indagini si sono rapportati in modo suggestivo e non corretto con i bambini, sospette vittime di reato: M. PORQUEDDU, «Questi interrogatori fanno solo del male. È meglio avere i colpevoli in libertà» (intervista a Giovanni Bollea), in *Corriere della Sera*, 29 luglio 2007, p. 3; I. SACCHETTONI, *Asilo di Rignano: imputati assolti. Non ci furono abusi*, in *Corriere della Sera*, 29 maggio 2012, p. 22.

27 Si tratta, in particolare, del delitto di cui all'art. 575 c.p., nella forma tentata, dei delitti, consumati o tentati, ex artt. 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis c.p., ovvero dei delitti di cui agli artt. 582 e 583-quinquies c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576 comma 1, n. 2, 5 e 5.1, e 577 comma 1, n. 1, e comma 2 c.p.

28 L. ALGERI, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1366.

troproducente: è talvolta consigliabile attendere prima di sentire la persona offesa, sia per delineare un quadro più circostanziato in casi così delicati per la vittima – ma anche per la persona indagata, presunta innocente – sia per evitare che l’indagato, talvolta convivente con la persona offesa, si accorga dell’inizio delle indagini a suo carico, con il risultato di mettere paradossalmente ancor più a rischio l’incolumità dell’offeso. Inoltre, la norma è potenzialmente foriera di vittimizzazione secondaria, perché costringe gli operatori a sentire una seconda volta quest’ultima, in contraddittorio tra le parti per poter rendere l’atto utilizzabile in dibattimento. Per sentire la persona offesa “fragile” (*in primis* minorenni) e consentirle di uscire prima possibile dal circuito giudiziario, è di solito preferibile disporre l’incidente probatorio, in modo da assicurare la formazione della prova in contraddittorio²⁹. Per queste ragioni, è possibile derogare a tale termine quando si verificano «imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell’interesse della persona offesa».

L’art. 362 comma 1-*ter* c.p.p. non nomina espressamente la persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, ma va da sé che, in molti casi, si tratta proprio di vittime appartenenti a questa categoria, per cui si rende sovente necessario l’ausilio dello psicologo, previo *individual assessment*. È probabile che il legislatore abbia ommesso qualsiasi riferimento alla nozione di “particolare vulnerabilità” per evitare, dati i tempi strettissimi per l’audizione, valutazioni aprioristiche e potenzialmente errate, magari tendenti a negare tale qualità per eludere la norma. In altri termini, si intende evitare che gli operatori aggirino la norma semplicemente negando la “particolare vulnerabilità” della persona offesa. L’audizione, quindi, si deve tenere a prescindere da detta caratteristica, procedendosi altresì con la nomina dell’esperto ove si riscontrino le condizioni di cui all’art. 90-*quater* c.p.p.

Il legislatore, di fronte alla percezione sociale di una crescente criminalità c.d. domestica – peraltro contraddetta dai dati ministeriali, che constatano invece un calo del 12-13% di violenze sessuali, maltrattamenti e atti persecutori nel raffronto tra i primi tre trimestri del 2023 e il corrispondente periodo del 2022³⁰ – è di recente reintervenuto con il c.d. Codice Rosso *bis*, al fine di promuovere, per ciò che qui interessa, il rispetto del suddetto termine ordinatorio. Le leggi 8 settembre 2023, n. 122 e 24 novembre 2023, n. 168 hanno previsto la possibilità per il procuratore della Repubblica di re-

29 V. *infra* § 5.

30 V. M. BIROLINI, *Codice rosso. Maltrattamenti in calo ma i numeri restano alti*, in www.avvenire.it/attualita/pagine/il-codice-rosso-compie-cinque-anni-stalking-e-ma, 12 agosto 2024.

vocare l'assegnazione del procedimento qualora il sostituto procuratore non abbia rispettato le previsioni dell'art. 362 comma 1-*ter* c.p.p., provvedendo «senza ritardo», direttamente o previa assegnazione a un altro magistrato della procura, a sentire la persona offesa (art. 2 comma 2-*bis* legge n. 106 del 2006, introdotto dalla legge n. 122 del 2023). Il procuratore della Repubblica, inoltre, deve inviare ogni tre mesi al procuratore generale presso la Corte d'appello i dati sul rispetto del predetto termine, affinché quest'ultimo, a sua volta, trasmetta una relazione al procuratore generale presso la Corte di cassazione con cadenza almeno semestrale (art. 6 comma 1-*bis* legge n. 106 del 2006, introdotto dalla legge n. 122 del 2023; art. 127 comma 1-*bis* disp. att. c.p.p., introdotto dalla legge n. 168 del 2023).

Non sembra che tali interventi siano in grado di garantire una più puntuale applicazione del termine di cui all'art. 362 comma 1-*ter* c.p.p., che resta pur sempre ordinatorio. È anzi possibile che la riforma sia in qualche misura controproducente: l'organico delle procure rimane infatti invariato (e sottodimensionato), mentre il carico di lavoro, in modo paradossale, aumenta a causa di tali sopraggiunti adempimenti burocratici. Le due novelle del 2023 sembrano essenzialmente, anche stavolta, “norme manifesto”, utili più come palliativi per soddisfare in maniera effimera l'opinione pubblica, piuttosto che come farmaci per corroborare i diritti fondamentali nel procedimento penale.

4. (SEGUE) AUDIZIONI DELLE PERSONE INFORMATE “FRAGILI” E DOCUMENTAZIONE DEGLI ATTI: ARRIVA LA REGISTRAZIONE AUDIOVISIVA, MA SOLO A METÀ

Il d.lgs. n. 150 del 2022 (c.d. riforma Cartabia), nell'ambito di un complessivo ampliamento delle modalità di documentazione tecnologica (registrazione fonografica e audiovisiva) e attuando la delega contenuta nell'art. 1 comma 8, lett. *a* e *b*, legge n. 134 del 2021, ha introdotto una specifica disciplina per le persone informate “fragili” da sentire in presenza durante le indagini preliminari, più rigorosa rispetto alla normativa generale. Per quanto riguarda invece l'audizione a distanza, l'obbligo di registrazione audiovisiva è generalizzato e quindi valevole anche per le persone informate “fragili” (art. 133-*ter* comma 3, ultimo periodo, c.p.p.).

La riforma ha inserito i commi 3-*ter*, 2-*quater* e 3-*ter*, rispettivamente negli artt. 357, 362 e 391-*ter* c.p.p., ai sensi dei quali le «dichiarazio-

ni della persona minorenni, inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità sono documentate integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica, salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto». La novella è applicabile ai procedimenti per qualsiasi reato, non avendo stabilito limiti oggettivi.

Le norme non parlano di “persone offese”, ma genericamente di “persone”, particolarmente vulnerabili. Di conseguenza, comprendono anche le persone informate sui fatti che non siano titolari del bene giuridico che si assume leso dal reato. Si pone quindi il problema della disciplina da applicare per valutare la particolare vulnerabilità di dichiaranti che non siano al contempo offesi dal reato. Possono operare analogicamente i presupposti sanciti dall'art. 90-*quater* c.p.p., in quanto compatibili³¹.

Non può condividersi l'equiparazione tra la registrazione audiovisiva e quella fonografica: la prima modalità di documentazione è infatti più completa, includendo anche la comunicazione non verbale, che, soprattutto per particolari categorie di dichiaranti (ad esempio minori d'età, soprattutto bambini), rappresenta la parte principale del portato comunicativo e non può essere sostituita da verbalizzazioni riguardanti la gestualità adottata dalla persona, approssimative ed ampiamente soggettive.

L'introduzione espressa dell'inutilizzabilità a presidio delle disposizioni in esame è un passo avanti fondamentale per garantirne l'effettività, se si considera la ritrosia giurisprudenziale ad affermare in via interpretativa l'inutilizzabilità e, più in generale, la discutibile tendenza pretoria a degradare le invalidità in irregolarità, per renderle più controllabili³². Tuttavia, il legislatore tempera la sanzione processuale con diverse eccezioni, in grado di consentire agli operatori ampi margini di manovra: è possibile evitare la documentazione “tecnologicamente rafforzata”, optando dunque

31 V. *amplius* N. PASCUCCI, *Indagini preliminari e registrazione audiovisiva delle dichiarazioni in presenza: un percorso non ancora concluso*, in D. CASTRONUOVO-D. NEGRI (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura. Atti del convegno di Ferrara. Dipartimento di Giurisprudenza, 15-17 dicembre 2022*, Jovene, Napoli, 2023, p. 173. Propone di far riferimento all'art. 90-*quater* c.p.p. anche D. TRIPICIONE, *Atti e udienze a distanza*, in A. BASSI- C. PARODI (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia), in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 60.

32 Per quest'ultima tendenza, v. le condivisibili osservazioni critiche di O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Studi senesi*, 2017, p. 117 s.; G. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica, del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2017, 3, p. 12 s.

per quella scritta, qualora si verificano al contempo una «contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico» e «particolari ragioni di urgenza» che rendano l'atto indifferibile. Per scongiurare l'inutilizzabilità dell'atto, gli operatori devono però motivare nel verbale la sussistenza di tale duplice condizione, non potendo ritenersi sufficiente una giustificazione *ex post*, magari tramite la testimonianza degli agenti o degli ufficiali di polizia giudiziaria intervenuti. Se la giurisprudenza ammettesse una simile prassi, la sanzione verrebbe del tutto privata di effettività, divenendo sistematicamente aggirabile.

Quando l'audizione investigativa dei suddetti dichiaranti "fragili" è effettuata dalla polizia giudiziaria e dal difensore, gli artt. 357 comma 3-*quater* e 391-*ter* comma 3-*quater* c.p.p. prevedono che la trascrizione della riproduzione sia «disposta solo se assolutamente indispensabile». Probabilmente per un difetto di coordinamento, il legislatore non ha disposto nello stesso modo quando ad assumere le informazioni è il pubblico ministero: l'art. 373 comma 2-*quinquies* c.p.p., infatti, rinvia ai commi 2-*bis* e 2-*ter* dello stesso articolo, ma non al comma 2-*quater*. Si potrebbe ritenere che il pubblico ministero possa comunque escludere la trascrizione. Tra l'altro, è la stessa delega legislativa, contenuta nella legge n. 134 del 2021, a prevederne la facoltatività³³.

5. LA TESTIMONIANZA DEL MINORENNE E DELLA PERSONA OFFESA PARTICOLARMENTE VULNERABILE IN INCIDENTE PROBATORIO E IN DIBATTIMENTO: SGUARDO D'INSIEME SU UNA DISCIPLINA CAOTICA

All'esito dell'assunzione di sommarie informazioni o informazioni, la persona informata sui fatti minore d'età dovrà comunque, salvo eccezioni, essere risentita in contraddittorio tra le parti. Si verifica dunque una duplicazione delle potenziali occasioni traumatiche per il dichiarante, aumentando il rischio di vittimizzazione secondaria³⁴.

La sede privilegiata per escutere il dichiarante minore non è, quindi, l'audizione unilaterale investigativa, che dovrebbe rimanere limitata ad ipotesi residuali, bensì l'incidente probatorio, che, attuando una

33 V. *amplius* N. PASCUCCI, *Indagini preliminari e registrazione audiovisiva*, cit., p. 177 s.

34 V. *supra*, § 1.

parentesi giurisdizionale durante le indagini³⁵, consente la formazione della prova in contraddittorio tra le parti utilizzabile in dibattimento e la possibilità per il testimone di essere precocemente estromesso dal circuito giudiziario. In questo caso, la finalità dell'incidente probatorio è duplice: tutelare l'equilibrio psicofisico del dichiarante e preservare la genuinità dell'apporto dichiarativo³⁶. È noto, infatti, che il passaggio del tempo nuoce al ricordo del minore d'età, sia per naturali modifiche del ricordo dovute alla sovrapposizione con nuove esperienze, sia per l'elevata suscettibilità del giovane teste a domande e a comportamenti suggestivi di genitori e conoscenti in relazione agli ipotizzati fatti di reato, idonei a modificarne in modo irreversibile la traccia mnemonica.

Il legislatore ha dunque disciplinato una specifica forma di incidente probatorio, caratterizzato da un accesso "a maglie larghe" e da particolari modalità di ascolto, spesso chiamato incidente probatorio "speciale"³⁷. L'accesso all'istituto, inizialmente riservato dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. ai testimoni minori di sedici anni (in seguito minori di diciotto anni) in procedimenti per fattispecie di natura sessuale, è stato via via ampliato sotto i profili oggettivo e soggettivo. Il d.lgs. n. 212 del 2015 lo ha poi esteso a tutte le persone offese in condizione di particolare vulnerabilità chiamate a rendere testimonianza, indipendentemente dal reato per cui si procede. Lo schema operativo del legislatore è sempre lo stesso: non riformula la disciplina, ma aggiunge periodi e commi a quella che già c'è, i quali si sedimentano sulla trama già esistente in modo non sempre organico.

Così, accanto al primo periodo dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. – il quale prescrive tuttora che il pubblico ministero e l'indagato possono chiedere di sentire in incidente probatorio il testimone minorenni o la persona offesa maggiorenne in procedimenti per specifici delitti ivi elencati a prescindere dai casi tassativi di non rinviabilità della prova elencati dal comma 1 – è stato aggiunto nel 2015 un ulteriore periodo che estende la disciplina alle persone offese in condizione di particolare vulnerabilità. L'offeso non ha un autonomo potere di domandare l'incidente probatorio speciale, ma può sollecitare il pubblico ministero a presentare richiesta al giudice³⁸.

35 O durante l'udienza preliminare: v. Corte cost. 10 marzo 1994, n. 77.

36 N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 35.

37 Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92, la quale parla di incidente probatorio "speciale" o "atipico"; in dottrina, v. M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenni fonte di prova*, cit., p. 157 s., spec. nota 5.

38 Questa soluzione normativa è stata ritenuta legittima da Corte giust., 21 dicembre 2011, proc. X c. Italia, che l'ha considerata conforme all'allora vigente decisione quadro 2001/220/GAI, e in

Ci si chiede se l'espressione «al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1» implichi la possibilità di accedere all'incidente probatorio speciale anche in assenza di cause di non rinviabilità³⁹, soluzione spesso accolta dalla giurisprudenza⁴⁰, o se occorra comunque individuare una condizione che rende l'atto indifferibile, anche se non inclusa tra quelle del comma 1 dell'art. 392 c.p.p.⁴¹. Ragioni sistematiche fanno propendere per la seconda soluzione: l'art. 393 comma 1 lett. c e comma 3 c.p.p., valevole per tutti i casi di incidente probatorio, prescrive di indicare nella relativa richiesta, a pena di inammissibilità, le circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento. Inoltre, sotto il profilo teleologico, occorre tener presente che l'incidente probatorio è un'eccezione rispetto all'assunzione della prova in dibattimento, la cui centralità sta a fondamento del nostro sistema processuale tendenzialmente accusatorio, cosicché anticipare l'assunzione della prova in fase d'indagini senza reali situazioni di urgenza

primis al suo art. 8 § 4, in base al quale «ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento». Secondo la Corte, le prerogative della pubblica accusa sono annoverabili tra i principi fondamentali del nostro ordinamento.

39 L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 176; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Cedam, Padova, 2000, p. 88, 91 ss.; F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima del reato nel procedimento penale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età*, Wolters Kluwer - Cedam, Milanofiori Assago, 2017, p. 256 s.

40 I giudici nomofilattici hanno infatti dichiarato *abnorme*, con conseguente possibilità di ricorso in cassazione, l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale fondata sulla rinviabilità dell'escussione, emanata dal giudice per le indagini preliminari. In questa occasione, la Cassazione ha affermato che il giudice potrebbe rigettare l'istanza solo per motivi formali (legittimazione, assenza della condizione di particolare vulnerabilità, ecc.): Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2019 (dep. 26 luglio 2019), n. 34091, in *Sistema penale*, 8 gennaio 2020, con nota critica di C. ARDIGÒ, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi*. Un altro orientamento, pur non considerando *abnorme* la decisione di rigetto dell'incidente probatorio speciale del giudice per le indagini preliminari, giunge a conclusioni di principio in parte simili, affermando che «la deroga introdotta» dall'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. alla «disciplina generale dell'ammissione dell'incidente probatorio» riguarda soltanto l'«irrelevanza in tale fattispecie del presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento e non già» gli «ulteriori profili della delibazione richiesta al giudice», al quale è affidato un «potere discrezionale di bilanciamento dei contrastanti interessi legati, da un lato, alle esigenze di tutela della vittima e, dall'altro, alle garanzie processuali del diritto di difesa dell'imputato»: Cass. pen., sez. VI, 6 marzo 2024 (dep. 2 maggio 2024), n. 17521, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2024, 2, con nota di R. ROCCO, *L'incidente probatorio atipico e l'inarrestabile querelle in ordine al provvedimento reiettivo del Giudice per le indagini preliminari*.

41 L. IAFISCO, *Commento all'art. 13 l. 3/8/1998 N. 269 (norme anti-pedofilia)*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 137 s.; G. PIZIALI, *Reati contro la libertà sessuale (aspetti processuali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 198 ss.

significherebbe capovolgere il rapporto regola-eccezione alla base dell'incidente probatorio⁴².

Una caratteristica peculiare dell'incidente probatorio speciale, concepita in previsione di un'uscita definitiva del dichiarante dal processo e della conseguente necessità di instaurare fin da subito un contraddittorio il più possibile completo, è la *discovery* totale degli atti d'indagine: quando il pubblico ministero formula richiesta ex art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., egli deve altresì depositare tutti gli atti investigativi svolti e non soltanto, come accade nell'incidente probatorio ordinario, le precedenti dichiarazioni rese dal testimone (art. 393 comma 2-*bis* c.p.p.). La norma si coordina con l'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., che impedisce di regola una seconda escussione della persona offesa particolarmente vulnerabile (e del testimone minorenni, anche non offeso dal reato, in procedimenti per specifici delitti ivi elencati), a meno che l'esame riguardi «fatti o circostanze diversi» o sia ritenuto «necessario sulla base di specifiche esigenze»⁴³. È controverso se, in caso di incidente probatorio speciale chiesto dall'indagato, occorra la *discovery* totale. Secondo parte della dottrina non è necessaria, perché, in caso contrario, si sarebbe dovuto prevedere anche un termine entro cui il pubblico ministero avrebbe dovuto depositare gli atti d'indagine⁴⁴. Secondo altri occorre invece effettuare ugualmente la *discovery* totale⁴⁵. In prospettiva di riforma sarebbe comunque auspicabile una precisazione legislativa, in modo da rendere in ogni caso obbligatorio l'integrale deposito degli atti investigativi.

Quanto alle modalità dell'incidente probatorio speciale (che, come si vedrà, coincidono con quelle del dibattimento), i commi 5-*bis* ss. dell'art. 398 c.p.p. contengono una serie di disposizioni, anch'esse affastellate nel tempo con incongruenze interne e disordinati rinvii ad altre norme: le più datate riguardano i minorenni in procedimenti per reati di natura sessuale e assimilati, mentre le più recenti concernono le persone offese in condizione di particolare vulnerabilità.

42 Per maggiori ragguagli, v. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 128 s.

43 Fin da prima della sua estensione a tutte le persone offese particolarmente vulnerabili, la dottrina ha esposto condivisibili dubbi di legittimità costituzionale: per tutti, v. P. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 543 s.; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 78 ss.; F.R. DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2014, 3, *passim*.

44 G. PIZIALI, *Reati contro la libertà sessuale*, cit., p. 203. V. anche P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 259; S. SAU, *L'incidente probatorio*, Cedam, Padova, 2001, p. 224.

45 L. IAFISCO, *Commento all'art. 13*, p. 139 s.

Tra l'altro, si notano importanti differenze tra i beneficiari dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. e quelli dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.: la prima disposizione si rivolge soltanto ai testimoni, mentre la seconda agli "interessati" ad assumere la prova, con un potenziale ampliamento a tutti i mezzi di prova, perizie comprese. Ciò comporta un disallineamento della disciplina dell'incidente probatorio speciale per assumere le prove diverse dalla testimonianza. Frequente è l'ipotesi della perizia sull'idoneità a testimoniare del minorenni, che spesso precede la testimonianza del medesimo⁴⁶: per disporre l'incidente probatorio, nel primo caso è necessaria la presenza di una delle condizioni di non rinviabilità dell'art. 392 comma 1 c.p.p. (nel caso di specie, ad esempio, quella di cui alla lett. *f*: la perizia avente ad oggetto una persona «il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile»), mentre nel secondo è sufficiente una qualsiasi causa di non rinviabilità o addirittura, ad avviso della giurisprudenza e di parte della dottrina, non è richiesta alcuna situazione di indifferibilità⁴⁷.

Ai sensi dell'art. 398 comma 5-*quater* c.p.p., introdotto nel 2015, quando occorre esaminare una persona offesa particolarmente vulnerabile, si applicano le previsioni dell'art. 498 comma 4-*quater* c.p.p., che a sua volta disciplina l'esame dibattimentale di tale soggetto. In base a quest'ultimo comma, il giudice, previa richiesta della persona offesa stessa o del suo difensore, adotta «modalità protette» di esame⁴⁸. Il concetto di «modalità protette», però, non è definito dal legislatore ed è quindi suscettibile di contenere potenzialmente una vasta gamma di deviazioni dal modello *standard* di esame incrociato, delineato dall'art. 498 commi 1-3 c.p.p. Nel silenzio legislativo, è ragionevole ricondurre tale nozione a quella di "luogo, tempo e modalità particolari" di svolgimento dell'esame, dettati per i dichiaranti minorenni e per i maggiorenni infermi di mente⁴⁹ dall'art. 398 comma

46 La Carta di Noto ritiene ad esempio che, per i minori di dodici anni, tale perizia vada sempre disposta.

47 Sul punto, v. M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni*, cit., p. 165 ss.

48 Un primo ampliamento delle tutele dettate dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. a soggetti diversi dai minorenni è avvenuto con l'introduzione del comma 5-*ter* nell'art. 398 c.p.p. ad opera del d.lgs. n. 24/2014. Ai sensi di tale disposizione, il giudice, previa domanda di parte, applica le norme del comma antecedente «quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede». L'art. 398 comma 5-*ter* c.p.p., estendendo a dismisura i benefici dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. ad una categoria più ampia di quella desumibile dalla direttiva 2012/29/UE, dai contorni indefiniti e non destinataria della tutela rafforzata ex art. 31 comma 2 Cost., suscita fondati timori di legittimità costituzionale artt. 24 e 111 comma 4 Cost.: v. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 151 s.

49 L'inclusione dei maggiori d'età infermi di mente si deve a Corte cost. 29 gennaio 2005, n. 63.

5-bis c.p.p., già da prima del d.lgs. n. 212 del 2015⁵⁰.

L'art. 398 comma 5-bis c.p.p. detta una gerarchia di luoghi particolari, anche diversi dal tribunale: *in primis* eventuali «strutture specializzate di assistenza» (da intendersi non su tutto il territorio nazionale, ma nel circondario in cui ha sede il giudice⁵¹) e, in difetto, l'abitazione del minorene⁵². La legge nulla specifica in ordine al tempo di svolgimento dell'esame. In caso di escussione in tribunale, si possono ad esempio ipotizzare esami in fasce orarie diverse da quelle di maggior afflusso negli uffici giudiziari, per evitare il contatto con una moltitudine di altre persone, potenzialmente traumatizzante. Quanto alle «modalità particolari», si può far riferimento alla disciplina dibattimentale sui testimoni minorenni dei commi 4, 4-bis e 4-ter dell'art. 498 c.p.p. (c.d. "esame attutito", "esame protetto", "esame schermato"), anche in ragione del rinvio incrociato tra la normativa dell'incidente probatorio e quella del dibattimento. L'art. 498 comma 4-bis c.p.p. prevede infatti che, qualora il giudice lo ritenga necessario, si applicano le modalità dell'art. 398 comma 5-bis c.p.p., sancite per l'incidente probatorio. Di converso, l'art. 401 comma 5 c.p.p. prescrive che in incidente probatorio operino le forme stabilite per il dibattimento, compresi, quindi, gli artt. 498 commi 4 ss. c.p.p.

6. (SEGUE) L'ESAME ATTUTITO, PROTETTO E SCHERMATO COME MODALITÀ PROTETTE. IL PROBLEMATICO UTILIZZO DI TECNOLOGIE PER L'ESAME A DISTANZA

L'"esame attutito", disciplinato per la testimonianza del minorene dall'art. 498 comma 4 c.p.p.⁵³ e, come osservato, estensibile all'occorrenza ai testimoni-persone offese particolarmente vulnerabili, prevede che il giudice,

50 Per la coincidenza tra le "modalità protette" e le "modalità particolari", v. anche G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2013, p. 15.

51 C. GABRIELLI, *La disciplina dell'esame del minore in incidente probatorio regge alle censure di incostituzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 965 s.

52 A tal proposito, v. Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92, che ha reputato legittimo il comma *de quo* nella parte in cui non prevede, in assenza dell'urgenza di cui all'art. 398 comma 5 c.p.p., la possibilità di delegare il giudice del circondario di residenza del minorene. Secondo la Corte, la legge già tutela adeguatamente il minore d'età e, del resto, l'esame su fatti scabrosi è sempre causa di un disagio, più o meno grande.

53 La Corte costituzionale ha espressamente ampliato l'operatività della norma ai testimoni maggiorenni infermi di mente: Corte cost. 30 luglio 1997, n. 283.

«su domande e contestazioni proposte dalle parti», conduca direttamente l'esame. Il giudice può avvalersi dell'ausilio di un familiare o di un esperto in psicologia infantile: il primo può offrire un contributo affettivo ma va interpellato in maniera molto selettiva, possedendo elevate capacità suggestive verso il dichiarante⁵⁴; il secondo, invece, è in grado di fornire un contributo tecnico. Nel silenzio codicistico, è controversa l'ampiezza dell'ausilio fornito dall'esperto: secondo alcuni potrebbe solamente assistere il giudice senza sostituirsi a quest'ultimo⁵⁵, mentre, secondo un più ampio e condivisibile orientamento, in casi particolarmente complessi sotto il profilo psicologico potrebbe porre lui stesso le domande, ferma restando la stretta sorveglianza giudiziale⁵⁶. Il giudice, dopo aver sentito le parti, se ritiene che l'esame possa proseguire nelle forme ordinarie senza nuocere alla «serenità del teste» minore d'età, dispone la prosecuzione dell'esame incrociato ai sensi dei commi 1-3 dell'art. 498 c.p.p., mediante ordinanza, per sua natura revocabile in un momento successivo. Questa tipologia di escussione diminuisce la traumaticità dell'esame, rendendo i suoi tempi meno pressanti⁵⁷.

Per le ipotesi in cui l'esame attutito non sia sufficiente, il legislatore ha delineato con l'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. un'ulteriore forma di tutela, che può aggiungersi alla prima: l'"esame protetto". L'accennato rinvio reciproco tra incidente probatorio e dibattimento rende però la disciplina tautologica, a conferma della scarsa ponderazione con cui il legislatore è intervenuto in materia: nel cercare in dibattimento, ai sensi del rinvio di cui all'art. 401 comma 5 c.p.p., una definizione delle «modalità particolari» dell'esame da espletare in incidente probatorio *ex art.* 398 comma 5-*bis* c.p.p., si finisce per trovarsi di fronte a un paradossale rinvio "all'indietro" nell'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p., il quale rimanda all'incidente probatorio e, nello specifico, proprio all'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.⁵⁸. Nondimeno,

54 Al riguardo, v. O. MAZZA, *Il contraddittorio impedito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in ID., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 89; G. CAMERINI-M. PINGITORE-G. LOPEZ, *L'audizione protetta della vittima vulnerabile nei casi di violenza sessuale*, in *ilpenalista.it*, 4 maggio 2016, che sono contrari all'ausilio del familiare.

55 O. MAZZA, *Il contraddittorio impedito*, cit., p. 88, secondo cui «l'escussione del testimone condotta dall'esperto è (...) una prova *contra legem*, o meglio vietata dalla legge (infrangendo un divieto implicito) e, come tale, inutilizzabile».

56 Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2001 (dep. 25 marzo 2002), n. 11972, in *Guida dir.*, 2002, 23, p. 57. Sul punto, v. *amplius* N. PASCUCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, cit., p. 173 s.

57 C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 270 s.

58 Con specifico riguardo alla disciplina sulla testimonianza del minorenni, già presente prima del d.lgs. n. 212/2015, questo rinvio incrociato determina seri problemi ermeneutici, a causa dei diversi

per “esame protetto” non deve intendersi una predefinita modalità di escusione, ma un insieme variabile di tutele, da calibrare sulle condizioni concrete del testimone “fragile”.

Tra le tipologie di esame protetto sviluppatesi negli ultimi anni in ragione dello sviluppo tecnologico può annoverarsi l’esame a distanza, già contemplato dall’art. 36 § 2 Convenzione di Lanzarote e oggetto di disciplina generale a seguito della Riforma Cartabia. Questa modalità va tuttavia utilizzata con grande cautela, soprattutto in relazione a persone offese particolarmente vulnerabili e, in modo ancor più particolare, ai testimoni minori d’età (siano o meno persone offese). Con l’esame a distanza, che non riproduce mai un’immagine completa e tridimensionale come quella dal vivo, si rischia infatti di perdere buona parte della comunicazione non verbale (CNV): importantissima sia negli adulti che nei bambini, la CNV diviene in questi ultimi addirittura imprescindibile, a causa delle loro limitate modalità espressive. Ciò vale, a maggior ragione, in procedimenti che hanno ad oggetto temi sessuali, per l’imbarazzo di fronte al racconto di determinati fatti, che spinge il bambino (ma anche l’adulto) ad un maggior utilizzo della gestualità. In generale si stima che il linguaggio non verbale rappresenti il 70% di tutto il portato comunicativo, con punte del 90%⁵⁹. Oggi tra l’altro, come accennato, l’esame a distanza è stato esteso dalla Riforma Cartabia in maniera molto ampia e pericolosa: ai sensi dell’art. 496 comma 2-bis c.p.p., il giudice, previo consenso delle parti, può disporre l’esame a distanza di testimoni, periti, consulenti, parti private⁶⁰. In ogni caso, questo consenso delle parti potrebbe essere disatteso dal giudice quando il testimone è un minorenne o una persona offesa particolarmente vulnerabile, proprio perché le «modalità particolari» cui si riferisce l’art. 398 comma 5-bis c.p.p., tra cui può annoverarsi anche l’esame a distanza, non sono subordinate al consenso delle parti, ma soltanto a una valutazione di opportunità del giudice.

Una specifica declinazione dell’esame protetto è quello “schermato”, cioè con l’ausilio di un vetro specchio munito di impianto citofonico. Il vetro divide la sala in due spazi distinti: da una parte si colloca il testimone, assieme al giudice (o a un membro del collegio) ed eventualmente

presupposti applicativi dell’art. 398 comma 5-bis c.p.p. e dell’art. 498 comma 4-bis c.p.p. Sul punto, v. *amplius* M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne*, cit., p. 188 ss.

59 L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame*, cit., p. 377 s.

60 Per tutti, v. D. NEGRI, *Atti e udienze “a distanza”: risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in D. CASTRONUOVO - M. DONINI - E.M. MANCUSO - G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano, 2023, p. 449 ss.

allo psicologo, mentre dall'altra si pongono tutti i restanti soggetti, tra cui l'indagato/imputato e i difensori. Il vetro specchio è unidirezionale, perché consente ai secondi di vedere i primi, ma non l'inverso. In questo modo, il dichiarante non subisce le intimidazioni derivanti dalla presenza delle persone al di là del vetro. L'istituto è specificamente disciplinato dall'art. 498 comma 4-ter c.p.p., in base al quale, in procedimenti per delitti di natura sessuale *et similia* ivi elencati, il giudice deve disporre l'uso di questa modalità quando la vittima del reato o il suo difensore la richiedono. Al di fuori delle ipotesi indicate in tale comma, è il giudice a decidere se la persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità o il testimone minore non offeso dal reato ne abbiano effettivamente bisogno⁶¹. Un orientamento giurisprudenziale ritiene legittimo che il giudice imponga alle parti di formulare le domande nell'esame "schermato" solo per iscritto⁶². L'orientamento *de quo* pare discutibile, perché limita in modo eccessivamente rigido l'utilizzo di uno strumento tecnico – il citofono – previsto dalla legge e comunque deputato alle comunicazioni tra le due parti della stanza. Un conto, infatti, è limitarne il più possibile l'uso, un altro è precluderne del tutto la fruizione, impedendo ulteriori domande e contestazioni. In tal modo si erode in maniera estremamente pervasiva il contraddittorio nella formazione della prova.

In definitiva, gli esami attutito, protetto e schermato delineano un sistema di tutele per il dichiarante "fragile" (persona offesa particolarmente vulnerabile e testimone minore d'età non offeso dal reato) eventualmente cumulabili tra loro, da calibrare sulle sue specificità personali e fruibili sia in incidente probatorio che in dibattimento. Il giudice deve decidere le modalità da adottare tenendo in costante considerazione il duplice scopo della disciplina: la protezione dell'equilibrio psicofisico del testimone "debole" e l'acquisizione di un contributo dichiarativo genuino.

61 C. CESARI, *La "campana di vetro"*, cit., p. 313 ss.

62 Cass. pen., sez. III, 15 luglio 2022 (dep. 7 settembre 2022), n. 32865, in *C.E.D. Cass.*, n. 283416, che riguarda la testimonianza di una persona offesa minore d'età in un procedimento per violenza sessuale.

7. (SEGUE) TECNOLOGIE DI DOCUMENTAZIONE IN DIBATTIMENTO E IN INCIDENTE PROBATORIO PER I TESTIMONI PARTICOLARMENTE VULNERABILI: DALLA RIFORMA CARTABIA PIÙ DUBBI CHE CERTEZZE

In base alla Riforma Cartabia, la registrazione audiovisiva delle dichiarazioni dibattimentali è obbligatoria per l'esame di tutti i testimoni, compresi quelli maggiorenni e non "particolarmente vulnerabili", nonché per l'escussione di periti, consulenti tecnici, parti private, imputati *ex art. 210 c.p.p.* e per ricognizioni e confronti (*art. 510 comma 2-bis c.p.p.*). In caso di videoregistrazione, però, la legge fa venir meno dell'obbligo di rinnovazione istruttoria per mutamento del giudice, in base al combinato disposto degli *artt. 495 comma 4-ter, 510 comma 2-bis e 525 comma 2 c.p.p.* Di conseguenza, ben si comprende che la finalità principale dell'intervento non è compiere un passo avanti decisivo per la documentazione degli atti, ma semmai allinearsi alle discutibili posizioni della Corte costituzionale sulla rinnovazione istruttoria per mutamento del giudice, volte a privilegiare l'efficienza processuale⁶³. Essa aveva a suo tempo indicato al legislatore la possibilità di superare il principio di immutabilità del giudice *ex art. 525 comma 2 c.p.p.* in presenza di non ben definibili «meccanismi "compensativi"», tra cui appunto la registrazione audiovisiva⁶⁴.

In particolare, gli *artt. 495 comma 4-ter e 510 comma 2-bis c.p.p.* prevedono l'obbligo di registrazione audiovisiva per documentare le dichiarazioni dei testimoni, specificando che, in mancanza, la parte che vi ha interesse ha diritto ad ottenere un nuovo esame del teste in caso di mutamento del giudice. Nell'ipotesi di videoregistrazione, invece, viene meno tale diritto ad una seconda escussione, ma il giudice può comunque risentire il dichiarante, se necessario in base a «specifiche esigenze». La medesima disciplina dovrebbe valere anche per l'incidente probatorio ordinario, in virtù dell'*art. 401 comma 5 c.p.p.*⁶⁵.

63 Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132. V. altresì, a distanza di un solo giorno dalla pronuncia della Corte costituzionale, Cass. pen., sez. un., 30 maggio 2019 (dep. 10 ottobre 2019), n. 41736, Bajrami Klevis, in *Guida dir.*, 2019, n. 44, p. 93 e 95, e *ivi*, n. 46, p. 64 ss.

64 Per condivisibili osservazioni critiche, v. ad esempio P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2019, 2, *passim*.

65 In merito all'applicabilità dell'*art. 510 comma 2-bis c.p.p.* all'incidente probatorio, in virtù del rinvio contenuto nell'*art. 401 comma 5 c.p.p.*, v. E. GUIDO, *Vittima del reato e tutela processuale a due facce*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2023, 2, p. 21.

A seguito della novella del 2022, sorgono, però, gravi problemi di coordinamento con le meno garantite modalità di documentazione previste per l'incidente probatorio speciale dall'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., capaci potenzialmente di riflettersi anche sul dibattimento in conseguenza del rinvio contenuto nell'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p.

L'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., dettato per l'incidente probatorio, prevede che, in caso di dichiaranti minorenni in procedimenti per reati sessuali, le dichiarazioni vadano sottoposte a registrazione fonografica o audiovisiva, oppure, in difetto, siano documentate mediante perizia o consulenza tecnica⁶⁶. La norma è applicabile anche ai dichiaranti (perlomeno alle persone offese) particolarmente vulnerabili, ai sensi dei commi 5-*ter* e 5-*quater* dello stesso articolo⁶⁷.

Inoltre, l'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. prescrive, se il giudice dibattimentale lo ritiene necessario, l'utilizzo delle modalità dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. Si potrebbe allora affermare che i meno stringenti sistemi di documentazione dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. possano operare anche per l'esame dei dichiaranti "fragili" in dibattimento. Si deve tuttavia ritenere che il vaglio di necessità stabilito dall'art. 498 comma 4-*bis* c.p.p. renda inapplicabili in quest'ultima fase le norme dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p. che considerano sufficiente la registrazione fonografica (o i sistemi ancor meno garantiti, previsti in subordine), già esistendo una normativa dettata dal predetto art. 510 comma 2-*bis* c.p.p., che trova quindi esclusiva applicazione in sede dibattimentale. Tale norma garantisce, tra l'altro, una documentazione più fedele e dettagliata, risultando perciò più favorevole sia per le finalità accertative del processo, sia per le esigenze difensive.

La riproduzione fonografica dell'art. 398 comma 5-*bis* c.p.p., rimasto inalterato anche dopo la riforma Cartabia, sembra tuttavia dover operare in incidente probatorio per i soggetti "deboli" ivi contemplati, in virtù del principio di specialità. Il livello, dunque, si abbassa proprio per quei soggetti che avrebbero maggiore bisogno di modalità maggiormente particolareggiate. Sorgono, quindi, seri dubbi di legittimità costituzionale della previsione, sia ai sensi degli artt. 3 e 24 comma 2 Cost., sia, più in generale, sotto il profilo della finalità accertativa del processo.

66 La previsione risulta imprecisa, riferendosi all'interrogatorio in luogo della testimonianza, nonché alla consulenza tecnica, che costituisce un atto d'indagine: M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne*, cit., p. 191, note 118, 119; P. RENON, *L'incidente probatorio*, cit., p. 245 s.

67 Sui dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 398 comma 5-*ter* c.p.p., nella parte in cui si riferisce a tutti gli "interessati all'assunzione della prova" particolarmente vulnerabili anziché alle sole persone offese, v. *supra*, nota 48.

Tra l'altro, in presenza di una mera fonoregistrazione in sede incidentale, potrebbe risultare vanificato uno dei principali scopi dell'incidente probatorio speciale, cioè quello di far uscire prima possibile il teste "fragile" dal circuito giudiziario. Si può infatti sostenere, in assenza di videoregistrazione, il diritto delle parti a chiedere una nuova escussione in dibattimento. Tale diritto non si basa sull'art. 495 comma 4-ter c.p.p., il quale si riferisce al solo esame non videoregistrato reso «nel medesimo dibattimento», espressione che lascia fuori dal suo perimetro il precedente ascolto in incidente probatorio. Il diritto *de quo* si fonda invece sull'art. 190-bis c.p.p., poiché il divieto di un secondo esame in incidente probatorio o in dibattimento – sancito da tale articolo per alcune categorie di dichiaranti, tra cui i testimoni minorenni in determinati procedimenti e le persone offese particolarmente vulnerabili – non opera quando il testimone va risentito su «fatti o circostanze diversi» oppure «se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». Ebbene, la necessità di ottenere una documentazione con modalità più fedeli rispetto a quelle tradizionali pare proprio una "specifica esigenza", soprattutto considerando le peculiarità di tali fonti di prova e alla luce del nuovo art. 510 comma 2-bis c.p.p., che generalizza la registrazione audiovisiva. Tra l'altro, mentre l'art. 495 comma 4-ter c.p.p. attribuisce solo al giudice il potere di valutare quali siano le «specifiche esigenze» idonee a giustificare il nuovo esame, l'art. 190-bis c.p.p. lo conferisce anche alle parti, le quali, salvo le ipotesi di manifesta pretestuosità della richiesta, hanno quindi il diritto a vedersi accolta la domanda⁶⁸.

8. BILANCI E PROSPETTIVE

Tirando le somme, la normativa italiana sulla testimonianza del minorenne e della persona offesa particolarmente vulnerabile presenta diffuse criticità. Del resto, le riforme adottate sull'onda dell'emotività o finalizzate ad un poco ponderato adeguamento alle normative sopranazionali sono spesso prive di visione sistematica e risultano di regola destinate a incrementare i problemi di coordinamento e interpretativi.

Sembra che i numerosi interventi normativi mirino più a soddisfare in modo estemporaneo le aspettative dell'opinione pubblica o ad adeguar-

68 Tuttavia, parte della giurisprudenza, in contrasto con la *littera legis*, limita discutibilmente tale diritto, consegnando il potere valutativo nelle mani del solo giudice: Cass. pen., sez. V, 30 novembre 2011 (dep. 26 marzo 2012), n. 11616, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, p. 402.

si formalmente agli obblighi sopranazionali che a risolvere i problemi di fondo della disciplina. Si può dire che il legislatore sia ancora lontano dal delineare una normativa organica sui dichiaranti particolarmente vulnerabili nel procedimento penale. Anzi, ogni riforma sembra allontanare dall'obiettivo: l'assenza di una visione complessiva della materia e la stratificazione di articoli, commi e periodi, che si aggiungono ai precedenti, spesso senza modificarli e coordinarli, crea sempre meno coerenza sistematica. Tra l'altro, la materia è delicata, richiedendo la capacità di destreggiarsi sapientemente per ridurre al minimo sia il rischio di compromettere irrimediabilmente l'attendibilità del contributo conoscitivo che quello di traumatizzare il dichiarante. Sono stati di recente effettuati passi avanti in materia di documentazione dei contributi dichiarativi, a seguito della c.d. Riforma Cartabia. Tuttavia, anche in questo caso, come si è visto, non mancano problemi e incongruenze che rischiano di rendere ancor meno chiara la normativa e che si prestano ad interpretazioni elusive o comunque in grado di ridurre l'effettività. L'auspicio è che il legislatore ripensi totalmente la materia, riformulando la disciplina in maniera pressoché totale⁶⁹.

69 Per alcune proposte di riforma sulla testimonianza del minore e, in generale, della persona offesa particolarmente vulnerabile, v., già da prima del d.lgs. n. 150 del 2022, N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minore*, cit., p. 279 ss.