

L'incidente probatorio
Casi particolari
Esercitazione

avv. Carmela Parziale
Foro di Venezia

CAMERA PENALE DI NOVARA
IN COLLABORAZIONE CON
CAMERA PENALE DI VERCELLI, CAMERA
PENALE DI VERBANIA, UPO ALUMNI

**CORSO BIENNALE DI DEONTOLOGIA E
TECNICA DELL'AVVOCATO PENALISTA**
«ALESSANDRO TRUSCIA»



ART. 392 C.P.P.

Casi in cui si fa ricorso più di frequente all'incidente probatorio:

- comma 2: perizia con sospensione superiore a 60 giorni;
- comma 1 *bis*: incidente probatorio atipico: nei procedimenti per maltrattamenti, riduzione in schiavitù, violenza sessuale, abuso sessuale su minori, corruzione di minorenni, violenza sessuale di gruppo, atti persecutori,
 - a) se testimone minorenne;
 - b) se p.o. maggiorenne;
 - c) se p.o. in condizioni di particolare vulnerabilità

SE TESTIMONE MINORENNE

- Sul punto è intervenuta una recente sentenza della Corte Costituzionale 5/02/2021 n. 14: è stata sollevata, infatti, questione di legittimità costituzionale della norma che prevede di fatto l'obbligo per il giudice di assumere la prova in sede di incidente probatorio in tutti i casi in cui debba essere sentito un testimone minorenni.
- La Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione, affermando che la *ratio* di tale previsione è quella di consentire al minore di uscire al più presto dal circuito processuale per aiutarlo a liberarsi più rapidamente dalle conseguenze psicologiche dell'esperienza vissuta.

VITTIMIZZAZIONE SECONDARIA

- A tale *ratio*, che è quella di evitare la cosiddetta «vittimizzazione secondaria», vale a dire la sofferenza psicologica connessa alla reiterazione delle audizioni volte alla ricostruzione dei gravi fatti cui il minore ha assistito, deve aggiungersi quella di garantire l'affidabilità dei contenuti della dichiarazione, a tutela dell'accusato.

GARANTIRE L'AFFIDABILITÀ DEI CONTENUTI DELLA DICHIARAZIONE

- In proposito significative indicazioni sono state fornite, oltre che dalla letteratura in materia, anche dalle fonti di *soft law*, costituenti l'esito di un approccio multidisciplinare che appare ineludibile in questo settore
- basti pensare alle indicazioni provenienti dalla Carta di Noto, frutto del lavoro di giuristi, medici, psichiatri e criminologi.



CARTA DI NOTO

- Essa ha messo in risalto la **maggiore sensibilità della psiche dei bambini a quei meccanismi di rielaborazione del ricordo** naturalmente propri della mente umana, in ragione della loro elevata **suggestionabilità**, e della maggiore difficoltà di distinguere chiaramente tra esperienze e accadimenti effettivamente vissuti, osservati o invece narrati da altri
- tali caratteristiche si uniscono ad altre peculiarità, quali la tendenza a formulare risposte tendenti a compiacere l'adulto che le pone.



RATIO

- Ecco perché, in linea con quanto suggerito da analoghe fonti a livello sovranazionale, nonché previsto da convenzioni internazionali e atti normativi dell'Unione Europea, seppur con specifico riferimento alla vittima del reato, l'esame del minore dovrebbe avvenire a una **distanza temporale ravvicinata** rispetto al momento dell'acquisizione della notizia di reato, secondo modalità accreditate dalla letteratura scientifica ed evitando possibilmente la reiterazione dell'audizione.

SE P.O. IN CONDIZIONI DI PARTICOLARE VULNERABILITÀ

- All'interno della categoria degli offesi vulnerabili, possiamo inserire:
- oltre alle vittime a vulnerabilità presunta (reati a impatto traumatico ex artt. 351, comma 1 *ter*, e 392, comma 1 *bis*, c.p.p.);
- le vittime vulnerabili atipiche, che sono una categoria di persone da individuare in concreto sulla base delle indicazioni fornite dall'art. 90 *quater* c.p.p., che descrive gli indici sintomatici e rivelatori della condizione di vulnerabilità.
- Più precisamente, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta oltre che dall'età e dal tipo di reato, dallo stato di infermità o deficienza psichica e dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede.

ART. 90 QUATER C.P.P.

- La norma in questione opera, infatti, un richiamo alle ipotesi in cui il fatto sia commesso con violenza alla persona o con odio razziale, sia riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata (si pensi, ad esempio, alla vittima di estorsione con metodo mafioso che è incapace di reagire all'esame condotto con modalità ordinarie) o di terrorismo anche internazionale o di tratta di esseri umani, si caratterizzi per finalità di discriminazione, la persona offesa sia psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.



LA VITTIMA VULNERABILE «ATIPICA»

- La figura del vulnerabile atipico è individuata dal pm prima e dal giudice poi e da siffatta qualificazione deriva un'estensione dell'area di applicazione dell'incidente probatorio, individuato quale ultimo momento dichiarativo tenuto conto dello sbarramento della riedizione dibattimentale della testimonianza sui medesimi fatti come previsto dall'art. 190, comma 1 *bis*, c.p.p.

ART. 392, COMMA 2 BIS, C.P.P.

- Il pubblico ministero deposita tutti gli atti di indagine: vi è quindi una *discovery* piena e
- il difensore può avere copia degli stessi

ART. 394 C.P.P.

- Anche la p.o. può chiedere al pubblico ministero di fare istanza di incidente probatorio
- caso pratico



ART. 398 C.P.P.

- Il difensore può prendere visione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese (eventuale denuncia, s.i.t., audizione protetta)



LUOGO, TEMPO E MODALITÀ (COMMA 5 BIS, ART. 398 C.P.P.)

- Per gli stessi reati già indicati, ove minorenni, il giudice può stabilire luogo, tempo e modalità dell'audizione, se necessario
- Luogo: Tribunale, strutture specializzate, abitazione

MODALITÀ DI AUDIZIONE PROTETTA

- Documentazione integrale con riproduzione fonografica e audiovisiva;
- verbale in forma riassuntiva (al pm con possibilità di prendere visione ed estrarre copia);
- eventuale trascrizione → su richiesta: va chiesta sempre perché nessuno guarda i cd (caso videocassetta);
- uso del vetro specchio e impianto citofonico ex artt. 401 e 498, comma 4, 4 *bis*, 4 *ter*, c.p.p. → no cuffie, auricolari, telefoni o citofoni che comportano «irruzioni» nel corso dell'audizione



ESTENSIONE

- Lo stesso vale per i maggiorenni in condizioni di particolare vulnerabilità desunta dal tipo di reato



(SEGUE) ESTENSIONE

- Anche per la p.o. in condizioni di particolare vulnerabilità è prevista l'audizione in modalità protette



CAPACITÀ A TESTIMONIARE

Strettamente connesso al tema dell'audizione protetta è quello della capacità a testimoniare

- Non è sufficiente «conoscere il mondo dei piccoli»
- L'incarico all'esperto deve consistere nell'accertamento dell'attitudine del minore ad esporre le vicende in modo utile ed esatto
- In particolare, l'esperto deve esprimere giudizi di ordine clinico rispetto a due aspetti fondamentali:
 1. l'attitudine del minore a testimoniare sotto il profilo intellettuale e affettivo: ovvero verificare la capacità del minore di recepire le informazioni, ricordarle, raccordarle ed esprimerle (competenze linguistiche, capacità di percezione, memoria, coerenza del pensiero, capacità di distinguere realtà da immaginazione);
 2. la **credibilità** del minore: ovvero verificare i meccanismi psichici che dal punto di vista clinico possono influenzare il processo di rivelazione del fatto e la propensione alla sincerità, il modo in cui il minore ha vissuto e rielaborato la vicenda in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e verità; la credibilità è cosa ben diversa dall'**attendibilità**, in quanto l'accertamento della verità processuale rientra nel compito esclusivo del giudice.

CREDIBILITÀ V. ATTENDIBILITÀ

- Nessun accertamento è consentito all'esperto in ordine all'attendibilità della prova, che rientra nei compiti esclusivi del giudice, mentre il primo deve soltanto esaminare il modo in cui i minori hanno vissuto e rielaborato la vicenda in modo da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna.



NUCLEO FAMILIARE

- Non conviene limitare gli accertamenti soltanto al minore, ma è sempre opportuno estenderli all'intero nucleo familiare (in tal senso le indicazioni della Carta di Noto)



ESPERTO/AUSILIARIO

- È preferibile evitare sovrapposizioni tra il ruolo di esperto che assume l'incarico di valutare la capacità a testimoniare e l'ausiliario che garantisce l'assistenza in udienza.
- In ossequio ai principi fissati sempre dalla Carta di Noto è opportuno che la funzione di esperto incaricato di effettuare una valutazione sul minore ai fini giudiziari resti distinta da quella finalizzata al sostegno e al trattamento del minore medesimo.



INCIDENTE PROBATORIO DELLA VITTIMA VULNERABILE E RINNOVAZIONE DELL'ISTRUTTORIA IN APPELLO

- Art. 603, comma 3 bis, c.p.p.: in caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla prova dichiarativa il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale
- obbligo di rinnovazione

I PRINCIPI DI DIRITTO FISSATI DALLE SEZIONI UNITE DASGUPTA

- Le Sezioni Unite Dasgupta hanno affermato che per quanto riguarda la figura del soggetto vulnerabile non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento di un giudizio assolutorio, riconoscendo tuttavia al giudice discrezionalità circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole ad ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la pronuncia assolutoria di primo grado.
- Riedizione dibattimentale solo se riguarda fatti o circostanze diverse...

RAPPORTO TRA PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA ED ESIGENZE DI PROTEZIONE DEI DICHIARANTI FRAGILI

- Il rapporto tra principio di immediatezza ed esigenze di protezione dei dichiaranti fragili è stato inoltre di recente portato all'attenzione della **Corte di Giustizia** dell'Unione Europea sotto il diverso profilo della rinnovazione dell'esame testimoniale della persona offesa in caso di mutata composizione del collegio giudicante.
- La pronuncia ha posto in luce come la tutela della vittima non possa pregiudicare il **diritto ad un processo equo** ed il **diritto di difesa dell'imputato** garantiti dagli artt. 47 e 48 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea interpretati alla luce dell'art. 6 della CEDU.

(SEGUE) CORTE DI GIUSTIZIA

- Si è quindi richiamata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di valutazione diretta dell'attendibilità del testimone e di nuova audizione dello stesso a seguito della modifica della composizione del giudice.
- Nondimeno, secondo l'approccio tipicamente usato dalla Corte europea, è in ultima analisi rimesso al giudice, in considerazione delle caratteristiche del caso concreto, lo svolgimento di una valutazione in ordine all'applicazione di adeguate garanzie e all'equità complessiva del procedimento, a fronte dell'eventuale sussistenza di esigenze di protezione che inducano a non sentire nuovamente la vittima. Orientamento valorizzato anche in materia di testimonianza di persona offesa da reati sessuali.

ART. 401 C.P.P.

- L'udienza si svolge in camera di consiglio
- con la partecipazione necessaria delle parti
- non sono ammesse questioni sull'ammissibilità e sulla fondatezza
- la prova viene assunta con le forme del dibattimento (esame incrociato, tema caro al LAPEC)
- il difensore della p.o. formula le domande rivolgendosi al giudice (il verbale e i documenti acquisiti vengono trasmessi al pm e il difensore può prenderne visione ed estrarne copia)

LE DOMANDE SUGGESTIVE A) DEL GIUDICE

- Molte sentenze mettono a fuoco la naturale suggestività del minore e la necessità di una sua escussione giudiziaria con metodologie corrette.
- In questo contesto si inserisce il nodo della possibilità del giudice che conduce l'esame di formulare domande suggestive.
- Come dice Spigarelli: non esistono domande suggestive, esistono tramonti suggestivi ed esistono domande che suggeriscono la risposta e che in quanto tali sono vietate.

LE DOMANDE SUGGESTIVE DEL GIUDICE

- Secondo parte della giurisprudenza mentre il divieto di formulare domande nocive è assoluto e valevole in ogni caso anche per i minori, quello di formulare domande suggestive riguarda solo l'esame diretto, da intendersi come quello condotto dalla parte che l'ha chiesto e da quella che con la prima ha un interesse comune; il divieto non riguarda invece l'esame condotto direttamente dal giudice, tenuto alla ricerca della verità sostanziale, e neppure dell'ausiliario, per il quale non vi è il rischio che sia intercorso un precedente accordo tra testimone ed esaminante (*combine*) o di un uso distorto delle domande.

SEMPRE IN TEMA DI DOMANDE SUGGESTIVE DA PARTE DEL GIUDICE

- Secondo la giurisprudenza più recente invece è sperimentalmente dimostrato che un bambino, quando è incoraggiato e sollecitato a raccontare da parte di persone che hanno un'influenza su di lui (e ogni adulto è per un bambino un soggetto autorevole), tende a fornire la risposta compiacente che l'esaminante si attende e che dipende, in buona parte, dalla formulazione della domanda.

(SEGUE)

- Se reiteratamente sollecitato con inappropriati metodi di intervista che implicano la risposta o che trasmettono notizie, il minore può a poco a poco introiettare quelle informazioni ricevute, che hanno condizionato le sue risposte, fino a radicare un falso ricordo autobiografico.
- gli studiosi della memoria insegnano che **gli adulti raccontano ricordando, mentre i bambini ricordano raccontando**, strutturando cioè il ricordo sulla base della narrazione fatta.

(SEGUE)

- Secondo le pronunce più recenti il divieto di porre domande suggestive vale dunque per tutti i soggetti processuali, dovendo anche dal giudice essere assicurata la genuinità delle risposte.
- E tale precauzione deve essere maggiormente osservata per i soggetti più piccoli che presentano modalità relazionali in senso imitativo e adesivo e tendono a conformarsi alle aspettative dell'interlocutore.

SENTENZA RANDAZZO-SPIGARELLI (DUE GIGANTI DELL'AVVOCATURA) SU DOMANDE SUGGESTIVE

- La Suprema Corte ha affermato il principio – valevole anche per i consulenti di parte e i periti – che il giudice che procede all'esame diretto del testimone minorenne non può formulare domande suggestive. Ove si ritenesse diversamente, si arriverebbe all'assurda conclusione che le regole fondamentali per assicurare una testimonianza corretta verrebbero meno proprio laddove, per la fragilità e la suggestionabilità del dichiarante, sono più necessarie (Cass. 25712/2011).
- Sulla scia di queste considerazioni la giurisprudenza successiva ha affermato che l'inosservanza delle regole stabilite dal Codice di rito per assicurare la sincerità e genuinità delle risposte del teste e, trattandosi di minori, anche delle linee guida dettate dalla Carta di Noto (che non ha solo valenza culturale), rende la prova non genuina e poco attendibile.

LE DOMANDE SUGGESTIVE DELLA DIFESA

- Il **diritto di difesa** dovrebbe essere garantito anche nel corso dell'audizione protetta del minore, bilanciando l'interesse dell'indagato ad effettuare il controesame anche mediante l'introduzione di **domande suggestive** con quello di preservare la prova da inquinamenti riconducibili alle suggestioni e di tutelare il minore da domande inappropriate.
- Così le domande suggestive **andrebbero relegate nella fase avanzata dell'audizione** in modo che la carica inquinante delle stesse sia depotenziata e resti viva solo l'eventuale valenza delle suggestioni al fine del controllo sull'attendibilità.

ART. 403 C.P.P.

- nel dibattimento utilizzabili, salvo eccezioni
- Art. 190 *bis*, comma 1 *bis*, c.p.p. sbarramento riedizione dibattimentali sui medesimi fatti