

QUESTIONI APERTE

Incidente probatorio

Notizia di decisione

Incidente probatorio, vulnerabilità persona offesa, rinviabilità della prova, abnormità (Cost. art. 111; C.p.p. art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, 393, 568; artt. 3 e 4 Conv. New York sui diritti del fanciullo; artt. 12, 18, 20 e 22 della Direttiva 2012/29/UE; artt. 18, 26, 49 e 52 della Conv. Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica).

*È viziato da abnormità ed è, quindi, ricorribile per cassazione il provvedimento con il quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti presunti per legge*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, informazione provvisoria n. 18/2024, (ud. 12 dicembre 2024) - CASSANO, *Presidente* - APRILE, *Relatore* - MAZZOTTA, *P.G.* (diff.) - D.L.G., *ricorrente*.

L'obbligo di incidente probatorio protetto e il ritorno dell'istruzione formale

Il recente intervento delle Sezioni Unite, per effetto del quale si è qualificato come abnorme il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio ex art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., riapre il problema concernente il complesso bilanciamento tra finalità cognitiva del processo e l'esigenza di tutela del dichiarante vulnerabile. Prendendo le mosse dall'evoluzione normativa dell'istituto dell'incidente probatorio protetto, si evidenziano le implicazioni derivanti dalla crescente centralità del suddetto istituto, nonché il relativo impatto sugli assetti processuali.

The duty of the protected evidentiary accident and the return of the formal instruction

The recent judgment of the Joint Session that qualified as abnormal the rejection of the request for an evidentiary accident pursuant to art. 392, paragraph 1-bis of the Criminal Procedure Code reopens the issue concerning the complex balance between the cognitive purpose of the trial and the need to protect the vulnerable declarant. Starting from the regulatory evolution of the institution of the protected evidentiary accident, we highlight the implications and impact arising from the growing centrality of the above-mentioned institute.

SOMMARIO: 1. Una discussa questione giuridica e la soluzione delle Sezioni Unite. – 2. Il provvedimento abnorme: un'invalidità atipica. – 3. La genesi dell'incidente probatorio protetto. – 4. La perdita di centralità del dibattito: il complesso bilanciamento tra finalità cognitiva del processo ed esigenze di tutela del dichiarante.

1. *Una discussa questione giuridica e la soluzione delle Sezioni Unite.* Con una recente pronuncia, rispetto alla quale è stata finora pubblicata solo

l'informazione provvisoria, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto interpretativo¹ sorto in ordine alla abnormità² o meno del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio protetto *ex art.* 392, comma 1-*bis* c.p.p. La complessità della questione, ben delineata dall'ordinanza di rimessione³, è stata superata dall'affermazione del principio di diritto per cui «è viziato da abnormità ed é, quindi, ricorribile per cassazione il provvedimento con il quale il giudice rigetti la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui

¹ Sul tema, CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in www.questionegiustizia.it, 5 febbraio 2021; MARCHETTI, *L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, in www.sistemapenale.it, 11 maggio 2021, 19 ss.

² In dottrina, sul concetto di abnormità, cfr. BELLOCCHI, *L'atto anormale nel processo penale*, Torino, 2012; BELLOCCHI, *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, Torino, 2009, 468 ss.; CANTONE, *Note minime a proposito del provvedimento anormale*, in *Cass. pen.*, 1996, 1, 184 ss.; CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 229 ss.; E. M. CATALANO, *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, *Ind. pen.*, 2016, 1, 113 ss.; M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 9, 1240 ss.; CORVI, sub art. 177 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda - Spangher, Tomo I, Milano, 2023, 2374 ss.; DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, a cura di Marzaduri, Torino, 1996, 191 ss.; GUERRERA, *L'abnormità dell'atto processuale*, in *Dir. e giust.*, 2004, 21, 14 ss.; IASEVOLI, voce *Abnormità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 2004, 1 ss.; MAFFEO, *L'abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 231 ss.; NEVOLI, voce *Abnormità*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, I, Torino, 2011, 1 ss.; PAULESU, sub art. 177 c.p.p., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati - Giuliani, Padova, 2020, 661 ss.; ROMANELLI, *Incidente probatorio atipico e abnormità: oscillazioni ed equivoci giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 1 ss.; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003; SURACI, *L'atto "assiologicamente" anormale: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 201 ss.; VARONE, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, 1640 ss.; ZIGNANI, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1, 245 ss. V., Cass., Sez. un., 24 novembre 1999, n. 26, Magnani, Rv. n. 215094 che delinea il vizio di abnormità, di cui si parlerà meglio in seguito, sotto un profilo tanto strutturale quanto funzionale, richiamando in tal senso la sentenza Cass., Sez. un., 10 dicembre 1997, n. 17, Di B., Rv. 209603. Si v. inoltre, Cass., Sez. un., 20 dicembre 2017, n. 5307, Battistella, Rv. 238240 in cui la Corte nega che l'atto di esercizio dell'azione penale contenente un'imputazione ambigua o generica sia affetta da nullità, affermando che «è affetto da abnormità il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla». Sul punto CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, in *Trattato di procedura penale* diretto da Ubertis - Voena, XXXI, Milano, 2016; MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1372 ss; che riferendosi a un vero e proprio «*horror regressionis*», afferma: «Considerare l'imputazione nel corso dell'udienza preliminare come un *work in progress* significa stravolgere le funzioni della fase, riducendola a una sorta di udienza di precisazione dell'accusa, e soprattutto espropriare la difesa del primo momento utile per esercitare appieno il proprio ruolo dinanzi all'organo giurisdizionale».

³ Cass., Sez. VI, 23 maggio 2024, n. 27104.

all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti presunti per legge».

In attesa di conoscere le motivazioni, è possibile sottolineare fin d'ora come la soluzione prescelta presenti alcuni aspetti non del tutto convincenti.

Anzitutto, la Corte afferma che è abnorme provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio cd. atipico motivato in relazione alla negazione della condizione di vulnerabilità⁴ della persona offesa e, conseguentemente, alla rinviabilità della prova. L'articolo 392, comma 1-*bis* c.p.p., invero, al primo periodo sancisce che per i procedimenti aventi ad oggetto una serie di delitti è possibile l'assunzione anticipata della testimonianza del dichiarante minorenni o della persona offesa maggiorenne. Tale primo periodo, oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite, non menziona espressamente la situazione di particolare vulnerabilità, condizione che viene considerata presunta dalla legge stessa⁵ qualora le dichiarazioni da assumere anticipatamente abbiano ad oggetto i titoli di reato sanciti tassativamente dalla disposizione in esame. La situazione di vulnerabilità appare, invece, richiamata espressamente dal periodo successivo come presupposto da verificare, estendendo, dun-

⁴ Sul tema, ALGERI, *Il Testimone vulnerabile*, Milano, 2017; ALGERI, *Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1, 129 ss.; CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 8, 985 ss.; DI CHIARA, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo: l'orizzonte-parametro del danno da attività giudiziaria penale tra oneri organizzativi e prevenzione dell'incommensurabile*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di Spangher, Torino, 2017, 451 ss.; MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri - Orlandi, Torino, 2017, 120 ss.; RECCHIONE, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto* di Canzio - Rafaraci - Recchione, in *Criminalia*, 2010, 274 ss.; ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, Milano, 2023.

Un'esplicita definizione della «condizione di particolare vulnerabilità» è stata inserita all'interno dell'art. 90-*quater* c.p.p. introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. Leggendo la disposizione appare chiaro il richiamo all'art. 22 della direttiva 2012/29/UE, contenente il cd. *individual assessment*, attraverso la menzione di fattori sia soggettivi - vale a dire le caratteristiche proprie della vittima come l'età o lo stato di salute - sia oggettivi - come, ad esempio, il tipo di reato e le sue modalità di commissione - usati come parametri per l'individuazione di uno stato di particolare vulnerabilità. Sul punto, QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in *Vittime di reato e sistema penale: la ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis - Belluta, Torino, 2017, p. 297 ss.; TAVASSI, *Lo statuto italiano della "vittima" del reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 3, 110 ss.

⁵ In questo senso, *ex multis*, DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000, 41. Criticamente, CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 2, 359 ss.; MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000, 106 definisce tale presunzione come «una non trascurabile distorsione».

que, i casi di incidente probatorio protetto a qualsivoglia soggetto purché cumuli su di sé lo *status* di persona offesa e l'accertata circostanza di particolare vulnerabilità. La decisione della Corte, dunque, sembra ulteriormente rafforzare e tutelare lo spazio riservato all'assunzione anticipata di dichiarazioni in quanto riconosce nello stesso reato oggetto di accertamento la sussistenza di un contesto "delicato" e di un soggetto sensibile sottintendendo, così, l'esistenza di una condizione di vulnerabilità cd. tipica⁶ e, conseguentemente, l'esigenza di non rinviare l'assunzione delle dichiarazioni.

Di conseguenza, la discrezionalità giurisdizionale sarebbe limitata all'accertamento della presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi previsti dalla norma, mentre risulterebbe presunta *ex lege* l'esigenza di non rinviabilità della prova. Come l'esigenza di assunzione anticipata appare insita nello stesso reato oggetto di accertamento, considerato particolarmente odioso dal legislatore, così la vulnerabilità è ritenuta implicita nella qualifica di minore o di persona offesa del dichiarante. Il giudice, dunque, non potrebbe esercitare alcuna forma di discrezionalità nell'accertare in concreto la necessità dell'assunzione anticipata della prova e del conseguente sacrificio di alcuni profili non secondari del giusto processo.

Anche la qualificazione dell'atto di rigetto come abnorme appare tutt'altro che scontata.

Secondo un indirizzo minoritario, il provvedimento che respinge l'istanza del pubblico ministero *ex* articolo 392, comma 1-*bis* c.p.p. sarebbe abnorme, sussistendo «un vero e proprio obbligo del giudice di ammettere l'incidente probatorio»⁷, e così l'ordinanza di rigetto sarebbe espressione di un potere non previsto dalla legge, «essendosi in sostanza "disapplicata", senza alcuna argomentazione, una regola generale di assunzione della prova prevista in ottemperanza ad obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale»⁸.

Il giudice avrebbe quindi il preciso dovere di scongiurare la cd. vittimizzazione secondaria della persona offesa⁹, rischiando altrimenti non solo di pregiu-

⁶ Distinta dalla vulnerabilità «atipica» basata sulla suddetta valutazione individuale di vulnerabilità proposta dalla direttiva 2012/29/UE e confluita nell'art. 90-*quater* c.p.p. Per tale differenziazione, RECHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, 69 ss.

⁷ Così, Cass., Sez. VI, 2 maggio 2024, n. 17521, Rv. 286473.

⁸ Cass., Sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, Rv. 277686, cit.

⁹ Per una definizione in tal senso, Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92. Molti contributi sull'argomento: v., fra gli altri, DI CHIARA, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo: l'orizzonte-parametro del danno da attività giudiziaria penale tra oneri organizzativi e prevenzione dell'incommensurabile*, 451 ss.; SAPONARO, *Vittimologia. Origini - concetti - tematiche*, Milano, 2004, 185 ss.; VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al*

dicare irrimediabilmente il minore¹⁰, ma «esponendo lo Stato a possibile responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione Europea»¹¹.

L'obbligo assunto dall'Italia sarebbe desumibile dagli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176); dagli artt. 13, 14 e 31 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, conclusa a Lanzarote il 25 ottobre 2007 (ratificata con L. n. 172 del 2012); dagli artt. 12, 18, 20 e 22 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 (attuata dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212) che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato sostituendo la precedente decisione quadro 2001/220/GAI; dagli artt. 18, 26, 49 e 52 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata a Istanbul l'11 maggio 2011 (ratificata con L. 77/2013)¹².

In senso opposto, si colloca però l'indirizzo prevalente almeno fino alla deci-

*protagonismo.*²Napoli, 2015, 51 ss.; SCARDACCIONE, *Le vittime e la vittimologia. Teorie e applicazioni*, Milano, 2015, 110 ss.

¹⁰ Sul tema, Cass., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, P., Rv. 277756; Cass., Sez. III, 11 giugno 2009, n. 30964, Rv. 244939 in cui si legge: «Il codice prevede numerose norme finalizzate ad evitare che la parte lesa sia vittima, oltre che del reato, anche dello stesso giudiziario» riferendosi alle cd. forme di tutela *dal* procedimento. Sul punto CESARI, *Dalla tutela dei diritti nel processo alla protezione della persona dal processo: la tutela del testimone fragile nell'evoluzione processualpenalistica*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana: Materiali dall'incontro di studio*, a cura di Negri - Pifferi, Ferrara, 12-13 novembre 2010, 307 ss.; MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, 475 ss.

¹¹ Cass., Sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, Rv. 277686, cit.

¹² Sul tema, ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Luparia, Milano, 2015, 3 ss.; CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario. Ancora sulla L. 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007)*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012, 1 ss.; CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle convenzioni di Lanzarote e Istanbul*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis - Belluta, Torino, 2017, 67 ss.; FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. e proc.*, 7, 2016, 845 ss.; MARTELLI, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Luparia, Milano, 2015, 31 ss.; RAFARACI, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 257 ss.; SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Padova, 2014; TAVASSI, *Lo statuto italiano della "vittima" del reato: nuovi diritti in un sistema invariato*, 110 ss.

sione delle Sezioni Unite¹³, in base al quale l'ordinanza di rigetto non sarebbe abnorme, essendo rimesso alla discrezionalità del giudice il vaglio sulla fondatezza dell'istanza¹⁴. Tale orientamento nega la sussistenza di automatismi che imporrebbero l'assunzione delle dichiarazioni nella sede anticipata di incidente probatorio. Quanto ai vincoli assunti a livello internazionale, gli stessi imporrebbero solo «forme volte a salvaguardare l'integrità fisica e psicologica delle persone offese», senza prevedere «alcun obbligo di assunzione della prova dichiarativa a seguito di una mera richiesta di incidente probatorio»¹⁵.

2. *Il provvedimento abnorme: un'invalidità atipica.* Il concetto di abnormità rappresenta, dunque, il nucleo fondante della questione interpretativa affrontata dalle Sezioni Unite.

Tale forma di invalidità atipica è stata delineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶ in apparente deroga al principio di tassatività delle invalidità (art. 177 c.p.p.)¹⁷ e delle impugnazioni (art. 568, comma 1 c.p.p.)¹⁸, sostanziandosi «in un'armonica integrazione tra diritto ed equità, ovvero tra legalità e giustizia sostanziale, in funzione dell'attuazione del giusto proces-

¹³ Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, Rv. 279604; Cass., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, Rv. 280337; Cass., Sez. III, 28 maggio 2021, n. 29594, Rv. 281878; Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 46109, Rv. 280378;

¹⁴ Come ulteriore argomento a favore del carattere facoltativo dell'ordinanza, tale orientamento richiama anche il testo dell'art. 398, comma 1 c.p.p.: «il giudice pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio».

¹⁵ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2254, Rv. 280337, cit.

¹⁶ In tema di genesi dell'atto abnorme, BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, 1 ss. V. pronunce della Suprema Corte che hanno tratteggiato le caratteristiche della categoria dell'abnormità Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, P.M. in proc. Garonzi, Rv. 194059; Cass., Sez. un., 24 marzo 1995, P.M. in proc. Cirulli, Rv. 201544; Cass., Sez. un., 9 luglio 1997, n. 11, P.M. in proc. Quarantelli, Rv. 208221; Cass., Sez. un., 10 dicembre 1997, Di Battista, Rv. 209604; Cass., Sez. un., 24 novembre 1999, Magnani, Rv. 215093; Cass., Sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, Rv. 243590.

¹⁷ Cfr. CORVI, sub art. 177 c.p.p., p. 2374 ss.; DEAN, *Gli atti*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2012, 165 ss.; DI CHIARA, *Le nullità*, 191 ss.; DOMINIONI, sub art. 177 c.p.p., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio - Dominioni, II, Milano, 1989, 257 ss.; GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1978, 909 ss.; PAULESU, sub art. 177 c.p.p., 661 ss.

¹⁸ Cfr. BARGI, *Il ricorso in cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Tomo II, Torino, 1998, 552 ss.; M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, 1240 ss.; MELE, sub art. 568 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, VI, Torino, 1991, 28 ss.; SPANGHER, voce *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 217 ss.; TRANCHINA, voce *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 393 ss.; VERRINA, *Principio di tassatività delle impugnazioni, provvedimenti abnormi e ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, 3, 561 ss.

so»¹⁹. La figura risponde, infatti, alla riconosciuta insufficienza della disciplina codicistica delle invalidità qualificandosi come «terapia»²⁰ nei confronti di atti che, in quanto non rientranti tra le irregolarità tipiche, sarebbero pienamente efficaci. Tale patologia non è stata codificata volutamente dal legislatore²¹ a causa dell'imprevedibilità²² delle imperfezioni dell'atto a cui pone rimedio e che, se tipizzate in schemi rigidi e per loro natura limitati, porterebbero alla perdita della forza residuale della presente invalidità che risulta flessibile e potenzialmente in continua evoluzione.

L'abnormità è stata così delineata dalla casistica giurisprudenziale come una vera e propria valvola di sicurezza ai fini di un controllo della regolarità della giurisdizione, un'invalidità atipica che riguarda in modo esclusivo provvedimenti aventi natura giurisdizionale²³. La giurisprudenza ha quindi tratteggiato le coordinate definitorie dell'abnormità che presenta due profili indefetibili: quello strutturale e quello funzionale²⁴.

Il primo aspetto concerne un atto che per la sua «stravaganza» risulta estraneo dall'ordinamento processuale nella sua interezza, oppure irriducibile agli atti di un determinato segmento processuale²⁵.

L'abnormità di tipo funzionale concerne, invece, non un atto singolare rispetto al sistema, ma un provvedimento che «determini la stasi del processo e

¹⁹ IASEVOLI, *Abnormità*, cit., 3.

²⁰ Così CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, cit., 1106.

²¹ Sul punto, *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, 1988, in cui si legge: «E' rimasta esclusa l'espressa previsione dell'impugnazione dei provvedimenti abnormi, attesa la rilevante difficoltà di una possibile tipizzazione e la necessità di lasciare sempre alla giurisprudenza di rilevarne l'esistenza e di fissarne le caratteristiche ai fini della impugnabilità».

²² Così, MUSCO, *Un'ipotesi di atto processuale difforme dalla fattispecie legale tra "abnormità" e "irregolarità"*, in *Cass. pen.*, 2004, 3, 1003.

²³ Sul punto, CORVI, sub *art. 177 c.p.p.*, 2374.; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, 113.

²⁴ In tema di differenziazione tra abnormità strutturale e funzionale osserva criticamente M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, 1242, la quale ritiene che i due profili si sostanzino in un nucleo unitario «la distinzione fra abnormità strutturale e funzionale, infatti, appare fuorviante in quanto fa supporre che esistano due tipologie di abnormità, una genetica ed una funzionale. In realtà il vizio di struttura e quello funzionale coesistono nell'abnormità e non sono alternativi. La stasi del processo, infatti, non rappresenta una causa autonoma di abnormità, ma indica la conseguenza dell'esercizio da parte del giudice dei poteri che non gli sono attribuiti. La categoria della abnormità funzionale, pertanto, è priva di qualsivoglia autonomia, indicando esclusivamente le conseguenze, sul piano processuale, dell'emanazione di un atto abnorme».

²⁵ Si pensi in tal senso al caso oggetto della sentenza Cass., Sez. V, 18 novembre 2010, n. 6225, Rv. 249294, in cui si rileva: «E' abnorme il provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari, richiesto dell'archiviazione del procedimento, all'esito dell'udienza camerale, disponga l'imputazione coattiva nei confronti di persone non precedentemente iscritte nel registro degli indagati». Per un'analisi della casistica in tema di abnormità, v. CORVI, sub *art. 177 c.p.p.*, 2376 ss.

l'impossibilità di proseguirlo»²⁶ in quanto impiegato al di fuori dello schema che ne determina la funzione e la stessa ragione di essere²⁷. Mancando una definizione specifica e chiara, l'essenza del concetto di abnormità si sostanzia proprio nel raffronto concreto con l'intero sistema processuale e non con un singolo modello di regolarità ed in ciò è insita la sua atipicità. L'atto abnorme, in quanto connotato da un vizio, seppur innominato, conosce una validità precaria, potendo essere oggetto di annullamento *ex tunc*. Il provvedimento abnorme è suscettibile di impugnazione mediante ricorso immediato per Corte di cassazione, nei termini e nelle forme ordinarie²⁸, non potendo comunque sottrarsi alla sanatoria del giudicato²⁹.

Orbene, è possibile osservare come la giurisprudenza abbia nel tempo elaborato e affinato uno stringente statuto dell'abnormità che ben si presta ad essere codificato. L'inserimento di un'espressa previsione si limiterebbe a delineare una fattispecie astratta³⁰ di abnormità, demandando poi al giudice il compito di verificare se in concreto l'atto, eventualmente integrante il complesso degli elementi descritti dalla disposizione, possa essere ricompreso nella cornice tipica. Si ricordi, inoltre, che la presente patologia atipica può essere rapportata a istituti già codificati. La cd. abnormità strutturale, invero, sintetizzabile nell'esercizio da parte dell'organo giudicante di poteri che non gli sono attribuiti, ricalca la disposizione di cui all'articolo 606, lett. a) c.p.p. che disciplina, tra i casi di ricorso in cassazione³¹, l'ipotesi di uno straripamento del potere giurisdizionale. Similmente, l'abnormità funzionale consistente nell'esercizio al di fuori dei casi previsti dalla legge di poteri attribuiti con conseguente stasi del processo, qualora, ad esempio, ledesse le prerogative difen-

²⁶ Cass., Sez. un., 24 novembre 1999, n. 26, Magnani, Rv. 215094, cit.

²⁷ Si pensi all'«ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al pubblico ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo» Cass., Sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, Rv. 243590.

²⁸ Cass., Sez. un., 9 luglio 1997, n. 11, P.M. in proc. Quarantelli, Rv. 208221: «Le disposizioni del codice di rito concernenti i termini per la proposizione dell'impugnazione operano anche con riferimento al ricorso per cassazione avverso gli atti abnormi; con la sola eccezione delle ipotesi di gravame proposto nei confronti di quei provvedimenti affetti da un'anomalia genetica così radicale che, determinandone l'inesistenza materiale o giuridica e rendendoli inidonei a passare in giudicato, può essere denunciata in qualsiasi momento».

²⁹ Sull'argomento, fra gli altri, DE LUCA, voce *Giudicato (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1 ss.; GIOVENE, voce *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, 425 ss.; NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, VI, Torino, 2009, 5 ss.

³⁰ Cfr. per tutti, CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955.

³¹ Sul tema, IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2023; PETRELLA, *Le impugnazioni del processo penale. Trattato teorico pratico*, I, Milano, 1965.

sive o dell'accusa potrebbe essere ricondotto allo schema dell'articolo 178, lettera b) o lettera c) c.p.p. Oppure, si pensi all'articolo 620, comma 1 lett. c) e lett. d) c.p.p.³² che, in riferimento alle ipotesi in cui è ravvisabile l'istituto dell'annullamento senza rinvio, riecheggia tanto l'abnormità strutturale, quanto il profilo funzionale. La possibilità di una definizione legislativa non appare, dunque, impraticabile³³; inquadramento che, se realizzato, sarebbe necessariamente generale e suscettibile di essere colmato di significato tramite l'analisi del caso concreto. Tale operazione consentirebbe di sistematizzare criteri uniformi per l'individuazione di un atto abnorme ai fini di una maggiore certezza e prevedibilità delle pronunce giurisprudenziali limitando, così, le oscillazioni interpretative.

Comprese le peculiarità essenziali dell'atto abnorme, risulta più agevole soffermarsi sull'orientamento maggioritario precedentemente menzionato. La Cassazione, invero, in diverse pronunce³⁴ ha ritenuto che non sussistano gli estremi per dichiarare l'abnormità del rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari dell'istanza di instaurazione dell'incidente probatorio. Il diniego risulta, infatti, riconducibile allo schema legale, non essendo avulso dal sistema procedimentale (abnormità strutturale), né appare impiegato al di fuori dei casi stabiliti ai fini della regolarità dell'*iter* processuale (abnormità funzionale). Esso, invero, costituisce la manifestazione della discrezionalità dell'organo giudicante che non può considerarsi fonte di paralisi procedimentale. Orbene, appare chiaro che il diniego della richiesta di incidente probatorio non causa alcuna stasi³⁵, in quanto il pubblico ministero può comunque

³² Cfr. SOTGIU, *La cassazione penale*, Padova, 1947, 105 ss.

³³ «[...] l'abnormità, attesa la sua natura di vizio atipico e di chiusura del sistema delle invalidità, sfugge a qualsiasi schematizzazione e definizione esaustiva» M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, cit., 1242.

³⁴ In tal senso, v. Cass., Sez. VI, 2 maggio 2024, n. 17521, Rv. 286473.

³⁵ Il timore di una paralisi processuale si lega indissolubilmente con l'esigenza costituzionale di una ragionevole durata del processo sancita dall'art. 111 Cost. Il suddetto principio è posto a tutela di un buono ed efficiente funzionamento della macchina processuale, valore concepito come espressione del cd. giusto processo. L'atto abnorme si fa, dunque, portatore sotto il suo profilo funzionale di questa necessità. In tema di ragionevole durata del processo, AIMONETTO, *La durata ragionevole del processo penale*, Torino, 1997; AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 797 ss.; CIGLIONI, *La ragionevole durata del processo penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale* a cura di Dean, Torino, 2007, 197 ss.; GAROFOLI, *Il mito del "tempo ragionevole" nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 9, 1133 ss.; GREVI, *Il principio della ragionevole durata come garanzia oggettiva del giusto processo penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 10, 3204 ss.; KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in Id. (a cura di) *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 2005, 3 ss.; NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 4, 1540 ss.; RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.*,

proseguire le indagini sentendo, eventualmente, la persona offesa con altri strumenti. La categoria dell'abnormità, inoltre, concerne atti giurisdizionali che, come evidenziato più volte in dottrina³⁶, abbiano natura decisoria finale, caratteristica non riconducibile al provvedimento in questione che risulta essere meramente strumentale³⁷. I provvedimenti emessi in relazione alle richieste di incidente probatorio, dunque, non avendo natura definitiva né possibilità di paralizzare lo sviluppo processuale, non possono essere considerati abnormi. Ciò risulta evidente se si considera l'abnormità nell'ottica del procedimento principale. In tal caso il diniego dell'istanza del pubblico ministero non risulta bloccante per la vicenda processuale che può continuare a svilupparsi. Qualora, al contrario, si modificasse l'angolo visuale, guardando al vizio dell'abnormità unicamente in relazione all'instaurazione del procedimento incidentale costituito dall'incidente probatorio, chiaramente il diniego presenterebbe natura bloccante poiché impedirebbe la nascita di tale ramo collaterale.

L'indirizzo prevalente fino alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite riteneva, dunque, di escludere l'abnormità del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi ed ai fini di cui all'articolo 392, comma 1-*bis* c.p.p. La suddetta disposizione, di cui si dirà meglio in seguito, deroga alla disciplina generale dell'ammissione dell'incidente probatorio per quanto concerne l'irrilevanza del classico presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento, lasciando inalterati gli ulteriori profili della valutazione del giudice sull'ammissibilità e fondatezza dell'assunzione che rimane, dunque, discrezionale. La decisione deve tener conto delle garanzie processuali del diritto di difesa dell'imputato³⁸ e delle esigenze di tutela della vittima salvo, come sancito recentemente dalla Suprema Corte, qualora la persona offesa debba fornire dichiarazione in merito ai reati richiamati dal primo periodo dell'articolo 392, comma 1-*bis* c.p.p. Non sussistendo, negli altri casi, un obbligo incondizionato né un automatismo, la scelta giurisdizio-

2011, 12, 4524 ss.; TAVASSI, *Tempo dell'azione e tempo del processo. Una proposta per garantire la ragionevole durata delle indagini preliminari*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, 1254 ss.

³⁶ Cfr. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, 113; MAFFEO, *L'abnormità*, 239 ss.

³⁷ Cass. Sez. IV, 30 novembre 2000, n. 2678, Rv. 218480; Cass. Sez. V, 17 luglio 2017, n. 49030, Palmeri e altri, Rv. 271776.

³⁸ Sul punto, FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988; FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 466 ss.; SCILLA, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 197 ss.; VENTURA, *Il diritto costituzionale di difesa*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua - Marzaduri - Spangher, Torino, 2013, 991 ss.; VOENA, *Difesa III) Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 1 ss.

nale, espressione della libertà valutativa, risulta frutto di un discrezionale bilanciamento di interessi fra loro contrapposti.

3. *La genesi dell'incidente probatorio protetto.* Al cuore del problema, al di là degli imprecisi confini della abnormità, rimane l'incidente probatorio nella sua nuova fisionomia cd. atipica. Nella ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite viene descritta la genesi dell'istituto, ricordandone la *ratio* e i principali contributi legislativi che ne hanno portato all'introduzione.

L'incidente probatorio è stato pensato dal legislatore del 1988 come un vero e proprio inciso nella distesa delle indagini, una parentesi singolare ed eccezionale che permetteva, in ipotesi tassative e predefinite, di assumere anticipatamente la prova a futura memoria senza attendere il dibattimento³⁹. Col tempo, per effetto della stratificazione di vari interventi legislativi⁴⁰, quello che doveva essere un momento anomalo e marginale si è trasformato in un vero e proprio *standard* procedimentale mediante la vasta «liberalizzazione»⁴¹

³⁹ Sul punto, v. le ricostruzioni di ARASI, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 622 ss.; BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 4, 1328 ss.; CUOMO - SCIOLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2007, *passim*; BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2006, *passim*; DE ROBERTO, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 4 ss.; DI CHIARA, *L'incidente probatorio tra «novella» del 1997 e successive turbolenze: la breccia delle dichiarazioni collaborative erga alios*, in *Giur. Cost.*, 1999, 6, 3786 ss.; DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*; LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, Torino, 2009, 551 ss.; MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, 8-9, 1600 ss.; GALASSO, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1990, 3, 688 ss.; MORSELLI, *L'incidente probatorio*; PIATTOLI, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen. Agg.*, I, Torino, 2000, 399 ss.; RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, 69 ss.; SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 11 ss.; SAU, sub art. 392 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda - Spangher, Tomo I, Milano, 2023, 2466 ss.; SURACI, *L'incidente probatorio. [Tra tutela della prova e protezione della persona]*, Pisa, 2017, 18 ss.; TONINI, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, 8 -9, 1995 ss.; VIGNA, sub art. 392 c.p.p., in *Comm. Chiavario*, IV, Torino, 1990, 71 ss.

⁴⁰ Per una ricostruzione sulla parabola evolutiva dell'istituto, *ex plurimis* v. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, 344 ss.; DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. dir. Agg.*, VI, Milano, 2002, 546 ss.; LA REGINA, *Incidente probatorio*, 561 ss.; RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 3, 1019 ss.; SAU, sub art. 392 c.p.p., 2472 ss.; SURACI, *L'incidente probatorio. [Tra tutela della prova e protezione della persona]*, 22 ss.; VIGNA, sub art. 392 c.p.p., 73 ss.

⁴¹ DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, cit., 552. In argomento, v. ARDIGÒ, *Verso un "liberalizzazione" dell'incidente probatorio, tra tutela della vittima vulnerabile e salvaguardia delle garanzie difensive*, in *Sist. Pen.*, 2020, 6, 209 ss.; BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, 29 ss.; LIVI, *La "nuova" immediatezza applicata all'incidente probatorio*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 6 ss.; SAU, *L'incidente probatorio. [Tra tutela della prova e protezione della persona]*, 71 ss.

dell'accesso all'incidente probatorio. Tale parabola trasformativa ha comportato l'estensione e manipolazione dell'articolo 392, comma 1-*bis* c.p.p. La suddetta disposizione è stata introdotta dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66 («Norme contro la violenza sessuale»)⁴² che, oltre a prevedere l'inserimento dei reati di violenza sessuale tra i delitti contro la persona, all'articolo 13 ha innovato l'istituto dell'incidente probatorio nel verso della polifunzionalità⁴³. L'incidente probatorio è divenuto un istituto a protezione dei soggetti vulnerabili soprattutto contro i rischi di una vittimizzazione secondaria⁴⁴ caratterizzato da una presunzione *ex lege* di indifferibilità della prova⁴⁵. L'ampliamento della portata applicativa⁴⁶ ha gradualmente inciso sia sul piano soggettivo, sia su quello oggettivo⁴⁷. Un peso specifico in tale trasformazione ha avuto la tendenza vittimocentrica⁴⁸ di un sistema processuale sempre più sensibile alle pretese e alle facoltà del soggetto che afferma di aver subito un reato⁴⁹. L'esito di tali trasformazioni, quindi, è una deroga totale alle ipotesi previste dal

⁴² In argomento, RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, 1021 ss.; ROMANELLI, *Incidente probatorio atipico e abnormità: oscillazioni ed equivoci giurisprudenziali*, 5 ss.; SAU, *ibid.*

⁴³ Cfr. LA REGINA, *Incidente probatorio*, 570 ss.; MACCHIA, *Nuove norme in materia di rinvio a giudizio, di udienza preliminare e di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1999, 1, 328 ss.

⁴⁴ Sul punto, Corte cost., 23 febbraio 1994, n. 77 che ricorda come «Nel vigente sistema processuale, l'istituto dell'incidente probatorio è preordinato a consentire alle parti principali l'assunzione delle prove non rinviabili al dibattimento (art. 2, n. 40 della legge delega n. 81 del 1987), e cioè di quelle che - secondo l'elencazione dell'art. 392 cod. proc. pen. - si prevede che non siano differibili al dibattimento per le condizioni della persona da esaminare o perché soggette a perdita di genuinità (lettere da a) a e)), o perché il loro oggetto è inevitabilmente esposto a modificazione (lettera f)), o perché ricorrono particolari ragioni di urgenza (lettera g)) o, infine, perché il loro rinvio pregiudicherebbe la concentrazione del dibattimento (comma 2)».

⁴⁵ Cfr. CAMALDO - DI PAOLO, *La Corte costituzionale nega l'estensione dell'incidente probatorio per assumere la testimonianza del minore al di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2003, 3, 872 ss. Sul punto, APRATI, *La prova testimonianza del minore vittima di reati sessuali*, in *Giur. it.*, 2010, 1425, VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episodio del rapporto tra scienza e processo*, in *Cass. pen.*, 2008, 9, 3358 che afferma che: «il pericolo di dispersione della prova deve ritenersi in *re ipsa*».

⁴⁶ L. 3 agosto 1998, n. 269; l. 11 agosto 2003, n. 228; l. 6 febbraio 2006, n. 38; d.l. 23 febbraio 2009, n. 11; l. 1 ottobre 2012, n. 172; d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

⁴⁷ Sul punto, CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 969 ss.; LA REGINA, *Incidente probatorio*, 2482 ss.

⁴⁸ In senso favorevole, MARANDOLA, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8, 971 ss.; CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile*, 985 ss.

⁴⁹ Per una panoramica sulla figura della persona offesa da reato, PAULESU, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, p. 593 ss.; ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*; TESSA, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Torino, 1996.

comma 1, caratterizzate da tassatività e tipizzazione⁵⁰; il fine primario dell'istituto dell'incidente probatorio non risulta più la volontà di prevenire la dispersione o l'inquinamento della prova, ma la tutela di un soggetto considerato vulnerabile e vittima del reato oggetto di accertamento⁵¹.

Attraverso la creazione di un incidente probatorio protetto il legislatore intende evitare che la fonte di prova vulnerabile si logori a causa di ripetute e traumatiche audizioni⁵². Tale scelta è motivata anche dall'esigenza di ottenere un contributo dichiarativo che sia il più possibile genuino, essendo diversi e numerosi i fattori che incidono sulla percezione, sul ricordo e sul successivo racconto dei fatti⁵³. Tali elementi di distorsione sono maggiormente sentiti quando il dichiarante è un minore, soprattutto se in età evolutiva. Diversi studi⁵⁴ hanno rilevato come le alterazioni del ricordo risultino attenuate se l'audizione si verifica nelle immediatezze degli accadimenti. L'incidente probatorio, perciò, nelle intenzioni del legislatore, soddisferebbe una duplice finalità⁵⁵, di protezione del dichiarante, ma anche di tutela della genuinità del racconto, sottraendolo, così, al rischio di dispersione o distorsione ed esaudivendo «una serie di interessi tra loro complementari»⁵⁶.

Anche secondo la Corte costituzionale, «la possibilità di anticipare, attraverso il ricorso all'incidente probatorio, l'assunzione di testimonianze appare, piuttosto, essenzialmente intesa ad assicurare efficacia e genuinità della prova, quando si tratti di raccogliere testimonianze potenzialmente soggette a subire, col decorso del tempo, per le particolari condizioni del minore, condizionamenti che le possano rendere meno genuine o meno utili al fine degli accertamenti cui è volto il processo»⁵⁷. L'incidente probatorio per i soggetti vulne-

⁵⁰ La caratteristica della tipicità risulta coerente con le iniziali intenzioni del legislatore di guardare all'istituto dell'incidente probatorio come uno strumento assolutamente eccezionale rispetto. Nella *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, 1988, si menziona espressamente «il pericolo che l'uso dell'istituto esorbiti dall'eccezionalità». Sul tema della previsione dei casi e dei mezzi di prova per i quali era limitatamente ammessa l'assunzione in incidente probatorio, SALIDU, *Appunti in tema di incidente probatorio*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 731 ss.

⁵¹ Cfr. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, 346.

⁵² Sul punto, Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92.

⁵³ Cfr. *Carta di Noto IV. Linee guida per l'esame del minore. 14 ottobre 2017*.

⁵⁴ Cfr. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988; FORZA, *La psicologia nel processo penale*, 2^a ed., Milano, 2018; GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 3, 1019 ss.; LA REGINA, *Incidente probatorio*, 571 ss.; SARTORI, *La memoria del testimone: dati scientifici utili a magistrati, avvocati e consulenti*, Milano, 2021.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14.

⁵⁶ LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 572.

⁵⁷ Così, Corte cost., 15 dicembre 2000, n. 583.

rabili diviene, quindi, nell'«ottica del male minore»⁵⁸ tollerabile, anche uno strumento per eliminare le ritrosie, i silenzi o le fantasie che potrebbero essere frutto di un ascolto reiterato e con effetti potenzialmente traumatici⁵⁹.

Nel conformarsi al sistema normativo sovranazionale, il legislatore ha rivoluzionato la fisionomia originaria dell'istituto che risulta ora composto da due veri e propri binari⁶⁰. Quello dell'incidente probatorio tradizionale mantiene il rigido criterio della non rinviabilità della prova come presupposto irrinunciabile per la sua realizzazione⁶¹; l'altro - quello dell'incidente probatorio atipico - ha perso il suddetto requisito⁶² per lasciare il posto a una valutazione improntata sulla vulnerabilità del dichiarante. Bisogna ricordare che «la tendenza ad istituire “doppi binari” porta con sé il rischio di una decodificazione dell'ordinamento che conduce alla perdita di unità per via del formarsi di aggregati normativi autonomi che si ispirano a logiche estranee, se non antiteti- che al codice»⁶³.

L'esito di tali novellazioni non è solo un sistema poco chiaro a causa dei numerosi rimandi interni e di elenchi di reato spesso non coincidenti⁶⁴, ma è

⁵⁸ DI CHIARA, *L'incidente probatorio tra «novella» del 1997 e successive turbolenze: la breccia delle dichiarazioni collaborative erga alios*, cit., 3789. In senso critico LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3, 690.

⁵⁹ Cfr. Corte cost., 13 gennaio 2005, n. 63 «Rendere testimonianza in un procedimento penale, nel contesto del contraddittorio, su fatti e circostanze legati all'intimità della persona e connessi a ipotesi di violenze subite, è sempre esperienza difficile e psicologicamente pesante: se poi chi è chiamato a deporre è persona particolarmente vulnerabile, più di altre esposta ad influenze e a condizionamenti esterni, e meno in grado di controllare tale tipo di situazioni, può tradursi in un'esperienza fortemente traumatizzante e lesiva della personalità».

⁶⁰ Sul punto, RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, 1022 ss.

⁶¹ L'indifferibilità della prova costituisce in tal senso una vera e proprio *conditio sine qua non* per l'accesso all'istituto, sul punto LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 562.

⁶² Secondo parte della dottrina il legislatore ha voluto connotare l'accesso all'istituto con una presunzione *iuris et de iure* di non differibilità della prova in quanto elementi provenienti da dichiaranti “deboli” come i soggetti minorenni. In tal senso, MASTROGIOVANNI, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in AA.VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla l. 7 agosto 1997, n. 267*, a cura di Dalia - Ferraioli, Milano, 1998, 37 ss. Sul punto v, Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14 in cui si legge «Il concorso di tali finalità, peraltro, se da un lato sorregge la disposizione censurata e il sistema normativo in cui essa si inserisce, dall'altro lato non fa tuttavia venir meno la sua già richiamata natura eccezionale, poiché essa, nel momento in cui consente l'ingresso di contenuti testimoniali in una fase antecedente a quella dibattimentale, sulla base, peraltro, di una presunzione di indifferibilità e di non rinviabilità di essi in ragione della natura dei reati contestati e della condizione di vulnerabilità dei soggetti da audire, introduce una deroga al principio fondamentale di immediatezza della prova».

⁶³ DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, 1 ss.

⁶⁴ L'art. 392, comma 1-bis c.p.p. prevede l'accesso all'incidente probatorio speciale solo in presenza di determinate fattispecie di reato non coincidenti con l'elencazione contenuta nell'art. 190-bis, comma 1-

anche la pericolosa messa in crisi di importanti principi costituzionali posti a guida e fondamento dell'*iter* procedimentale. Si pensi ai fondamentali principi dell'oralità⁶⁵, dell'immediatezza⁶⁶ e del contraddittorio⁶⁷. Se il primo costituisce un'espressione «polisemantica»⁶⁸ essenzialmente rispettata nell'incidente probatorio, in quanto le dichiarazioni testimoniali non si formano per iscritto⁶⁹, consentendo una valutazione da un punto di vista pienamente sensoriale e non unicamente mediante la lettura passiva delle medesime, più complesso risulta essere il discorso in riferimento all'immediatezza e al contraddittorio. Quest'ultimo è sancito dall'articolo 111, comma 4 Cost. che lo eleva a meto-

bis c.p.p. impedendo, così, che per alcune fattispecie si realizzi l'intento di evitare la rinnovazione dell'audizione in sede dibattimentale.

⁶⁵ Sulla nozione di oralità, CALAMANDREI, voce *Oralità, II) Principio dell'oralità - dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; CONTI -TONINI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 128 ss.; DEGANELLO, voce *Oralità (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 15 ss.; LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3, 669 ss.; SURACI, *L'incidente probatorio. [Tra tutela della prova e protezione della persona]*, cit., 274 ss.; SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri - Orlandi, Torino, 2017, 39 ss.

⁶⁶ Per una panoramica sul principio dell'immediatezza, CALAMANDREI, voce *Immediatezza (principio di)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, 149 ss.; IASEVOLI, *L'immediatezza del rapporto tra giudice e prova*, in *Ind. pen.*, 2018, 1, 191 ss.; PISANELLI, *Dibattimento e divieto di delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1, 117 ss.; SURACI, *L'incidente probatorio. [Tra tutela della prova e protezione della persona]*, 274 ss.; TONINI, *Cade la concezione massimalista del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 3, 1137 ss.

⁶⁷ *Amplius*, CAVALLARI, voce *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 728 ss.; DOMINIONI, *Oralità contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in AA. VV., *Il giusto processo, atti del convegno presso l'università di Salerno, 11-13 ottobre 1996*, Milano, 1998, 79 ss.; GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011, 1 ss.; GIOSTRA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, VIII, Roma, 2001, 1 ss.; LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, 671 ss.; MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2014, 247 ss.

⁶⁸ BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000, cit., 1.

⁶⁹ Si ricordi, tuttavia, che è stata riconosciuta la possibilità di assunzione di dichiarazioni testimoniali scritte attraverso la procedura disciplinata dall'art. 119 c.p.p. riguardante la «partecipazione del sordo, muto o sordomuto ad atti del procedimento». Tale modalità viene considerata compresa nel dettato dell'art. 398, comma 5-bis, c.p.p. che consente al giudice che abbia accolto la richiesta di incidente probatorio, in caso abbia ad oggetto determinati reati in materia sessuale che coinvolgano nell'assunzione della prova soggetti minorenni, di stabilire, oltre al luogo e il tempo, anche «modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno». In tal senso, la forma scritta viene valutata dalla giurisprudenza come uno strumento idoneo a tutelare la sensibilità e impressionabilità del minore, nonché la sincerità e autenticità del suo contributo conoscitivo. In argomento, ARASI, *L'incidente probatorio atipico*, 625 ss.; MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, 479 ss.; MAZZA, *Il contraddittorio attuato di fronte ai testimoni vulnerabili*, 127 ss.; MAZZA, *Tradimenti di un codice: la procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 88 ss. In giurisprudenza, Cass., Sez. III, 25 maggio 2004, n. 33180, Rv. 229157.

do privilegiato per garantire la formazione della prova. Si tratta, cioè, del mezzo dialettico, dell'esame incrociato svolto dalle parti. Come si specificherà meglio in seguito, esso è strettamente connesso all'immediatezza ed appare rispettato all'interno dell'incidente probatorio pur risultando poi eroso dalla previsione dell'articolo 190-*bis* c.p.p.⁷⁰ che vincola, per determinati casi, la ripetibilità delle prove in dibattimento ai casi in cui l'esperimento conoscitivo riguardi «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il Giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze». Con tale disposizione si nega che la forza del contraddittorio consista proprio nel suo «valore euristico»⁷¹ e maieutico che potrebbe portare a evidenziare profili o aspetti nuovi e decisivi delle dichiarazioni anche se concernenti i medesimi fatti. In proposito, va ricordato come la stessa Corte costituzionale abbia consacrato tale principio quale strumento per approssimarsi alla verità, definendolo come «metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio»⁷². Il contraddittorio, dunque, nel perseguire questa sua essenziale funzione, non può mai essere considerato ridondante o inutile perché in ciò è insita la sua efficacia. Non sembra quindi sbagliato parlare di vere e proprie «erosioni silenziose del contraddittorio», intendendo così «quelle scelte che senza rinnegare apertamente il contraddittorio, anzi ribadendone il valore, lo disarmano e lo indeboliscono surrettiziamente con vari espedienti»⁷³.

La Costituzione garantisce altresì che la dialettica probatoria si svolga «davanti a giudice terzo e imparziale» (art. 111, comma 2 Cost.), legando, così, inescindibilmente il contraddittorio all'organo giudicante. Nell'ambito dell'incidente probatorio questi numerosi aspetti sembrerebbero tutelati, ma in realtà tale conclusione nasconde un'aporia concettuale. L'assunzione anticipata della prova dà vita a un vero e proprio sub-procedimento in cui c'è un giudice, c'è l'oralità e c'è il contraddittorio. Il problema è che il suddetto giudice non è colui che poi assumerà la decisione in dibattimento. Si compromette inevitabilmente il principio di immediatezza⁷⁴, e cioè «l'identità tra il giudice che ac-

⁷⁰ In tema, DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, 1 ss.; GAROFOLI, *Artt. 190 e 190-bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 8, 945 ss.

⁷¹ UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, cit., 432.

⁷² Corte cost., 14 febbraio 2002, n. 32.

⁷³ FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri -Orlandi, Torino, 2017, cit., 4.

⁷⁴ Il principio dell'immediatezza costituisce l'elemento forse meno rispettato tra i pilastri del giusto processo tant'è che si può affermare che «ha fatto irruzione nel nostro processo il valore della "mediatezza"» LORUSSO, *Il fascino indiscreto della "mediatezza"*, in *www.sistemapenale.it*, 23 novembre 2020.

quisisce le prove e il giudice che decide»⁷⁵, sancito, a livello codicistico, dall'articolo 525, comma 2 c.p.p.⁷⁶ e dall'articolo 111, comma 3 Cost. nella misura in cui richiede che il contraddittorio probatorio si svolga «davanti al giudice». L'utilizzo della preposizione articolata “al” sembrerebbe, perciò, alludere a un giudice ben preciso, quello chiamato ad assumere la decisione sul merito dell'imputazione⁷⁷. Se la Costituzione, invece, avesse impiegato l'articolo indeterminativo “un” si sarebbe potuto pensare che l'intento fosse stato quello di riferirsi a qualunque organo giurisdizionale, perciò, anche il giudice per le indagini preliminari che assume la prova nell'incidente probatorio.

L'immediatezza postula un contraddittorio che «serv[a] alla decisione, ma può servire alla decisione solo se a decidere è il giudice che ha partecipato all'assunzione della prova in contraddittorio»⁷⁸. Il principio dell'immediatezza, in quest'ottica, costituisce un baluardo posto a tutela della migliore conoscenza possibile perché consente al giudice di valutare pienamente anche i tratti paralinguistici della testimonianza e di intervenire nella formazione della prova (si pensi alle prerogative contenute negli articoli 499 e 506 c.p.p.⁷⁹).

In definitiva, l'immediatezza rappresenta una caratteristica ineliminabile del contraddittorio, è un predicato di quest'ultimo. Qualora «non fosse possibile la formazione dialettica della prova orale in dibattimento non avrebbe senso, *a fortiori*, imporre il rapporto diretto fra il giudice e una prova che in quella fase non potrebbe essere assunta»⁸⁰. In altri termini, il principio costituzionale dell'immediatezza sembra legittimare l'incidente probatorio solo quando venga meno la possibilità del contraddittorio dibattimentale in forza della deroga

⁷⁵ Corte cost., 7 giugno 2010, n. 205.

⁷⁶ L'importanza del precetto che prevede la perfetta identità tra il giudice che assiste alla istruzione probatoria e il giudice che assume la deliberazione è confermato dal fatto che l'art. 525, comma 2 c.p.p. contiene l'unica ipotesi di nullità assoluta di carattere speciale presente nel codice di procedura penale. Si tratta, cioè, di un'invalidità insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. In argomento, PISANELLI, *Dibattimento e divieto di delega*, 122 ss.

⁷⁷ DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, cit., 11; FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 3, cit., 543; FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, cit., 12; FERRUA, *La prova nel processo penale*, penale, Torino, 2017, cit., 124; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, cit., 4; MAZZA, *Tradimenti di un codice: la procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, cit., 76.

⁷⁸ DI BITONTO - PINTO DE ALBUQUERQUE, *In difesa del dibattimento penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 8, cit., 1118.

⁷⁹ In tema di poteri del giudice nel corso dell'udienza di incidente probatorio, BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, 349 ss.

⁸⁰ MAZZA, *Immediatezza e crisi sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 2, cit., 466.

prevista dall'art. 111 comma 5 Cost.

Sussistendo, dunque, questa stretta correlazione tra i due principi, è inevitabile leggere l'articolo 111 comma 3 Cost. in combinato disposto con il comma 5. È possibile, perciò, ammettere il venir meno dell'immediatezza unicamente nei casi eccezionali e tassativi di «contaminazioni probatorie»⁸¹ in cui il comma 5 consente la formazione della prova in assenza di contraddittorio⁸²: «per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita». L'incidente probatorio, derogando all'immediatezza, corollario del contraddittorio, sarebbe costituzionalmente legittimo solo nelle tre ipotesi dell'articolo 111, comma 5 Cost. in funzione preventiva rispetto ai pericoli per la ripetibilità della prova. Nel caso in cui la prognosi di irripetibilità venisse smentita, e fosse possibile procedere all'assunzione dibattimentale delle dichiarazioni, dovrebbe riespandersi non solo il contraddittorio, ma anche l'immediatezza senza i limiti imposti attualmente dall'art. 190-*bis* c.p.p.

Va anche considerato che l'incidente probatorio non si riflette negativamente solo sul principio di immediatezza, ma limita anche sull'effettività del diritto di difesa. Al momento dell'instaurazione dell'incidente probatorio, la conoscenza in possesso al difensore è ridotta in quanto la *discovery*⁸³ è allo stato degli atti e, salvo che per i reati del cd. terzo binario, concerne unicamente l'atto di indagine che si deve assumere, ma non la totalità di quelli in possesso dell'accusa. Tale conoscenza parziale e minimale⁸⁴ incide sulle potenzialità del contraddittorio, non essendo chiaro il contesto in cui si inserisce la singola prova.

⁸¹ C. cost., 12 febbraio 2002, n. 36.

⁸² In argomento, FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo: un percorso attraverso la giurisprudenza*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 20 ss.; MAZZA, *Immediatezza e crisi sanitaria*, 461 ss.; RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, 1025 ss. Le deroghe contenute nell'art. 111, comma 5 Cost. non dovrebbero essere lette solo come fattispecie in cui contraddittorio non trova esplicitazione ma anche come, «almeno in due casi su tre, fattispecie addizionali» che permettono ad «atti unilateralmente raccolti» di inserirsi nella conoscenza del giudice aggiungendosi al contraddittorio. MAZZA, *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., 256.

⁸³ Sul punto, BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, 224 ss.; SURACI, *L'incidente probatorio. [Tra tutela della prova e protezione della persona]*, cit., 214 ss.;

⁸⁴ Per uno spunto critico in tema di conoscenza insufficiente in capo all'indagato, BARGIS, *L'incidente probatorio*, 1350 ss.; SURACI, *L'incidente probatorio: [tra tutela della prova e protezione della persona]*, cit., 214 ss.; RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, 1034 ss.

4. *La perdita di centralità del dibattimento: il complesso bilanciamento tra finalità cognitiva del processo ed esigenze di tutela del dichiarante.* Sotto un profilo sistematico, il rapporto tra dibattimento e indagini preliminari si regge anche sulla caratteristica di eccezionalità dell'istituto dell'incidente probatorio. A ben vedere, infatti, l'espansione dell'incidente probatorio, come sede per la formazione anticipata della prova di fronte a un giudice, all'insegna dell'oralità e del contraddittorio, ma non dell'immediatezza, rappresenta un *vulnus* per i valori garantiti dalla centralità del dibattimento tipica del processo accusatorio.

Il dibattimento non può essere, quando va bene e si superano gli sbarramenti dell'art. 190-*bis* c.p.p., il luogo di rappresentazione della replica di uno spettacolo già visto nell'ambito delle indagini. Alla «ipertrofia della fase delle indagini preliminari»⁸⁵ consegue, in gioco di vasi comunicanti, l'atrofia del dibattimento⁸⁶.

Appare chiaro che la valorizzazione dell'incidente probatorio trasforma il modello processuale, riportando le lancette dell'orologio al tempo dell'istruzione formale.

Lo spostamento del baricentro procedimentale⁸⁷ sulla fase delle indagini trova poi la sua tipizzazione nei binari differenziati per tipi d'imputato che non possono più prescindere dal passaggio attraverso l'incidente probatorio, considerato un luogo sempre più protettivo per le (presunte non) vittime.

Novello Erisittone⁸⁸, l'insaziabile incidente probatorio è oggi «un obeso che aumenta di peso» ai danni di un dibattimento che «diventa anoressico»⁸⁹.

In conclusione, è possibile, ma soprattutto è utile, continuare a guardare all'incidente probatorio come a uno strumento eccezionale rispetto al normale *iter* procedimentale? Dopo che le Sezioni Unite hanno bollato come abnorme la decisione di negare l'accesso automatico alla formazione anticipata della prova per i reati del codice rosso, cosa rimane della originaria eccezionalità dell'istituto?

È possibile arginare la deriva che spinge verso il modello di un'istruzione pseudo garantita, comunque privata dell'immediatezza, sottolineando come anche la cd. vittimizzazione secondaria sarebbe scongiurata dall'assunzione

⁸⁵ LORUSSO, *Il fascino indiscreto della "mediatezza"*, in www.sistemapenale.it, 23 novembre 2020.

⁸⁶ Sul punto, DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, 546.

⁸⁷ Cfr. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 199 ss.

⁸⁸ Il mito di Erisittone, re di Tessaglia, è narrato da OVIDIO, *Metamorfosi*, VIII, 738-878.

⁸⁹ ZILLETTI, *Simpliciter et de plano et sine strepitu advocatorum*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri - Orlandi, Torino, 2017, cit., 234.

dibattimentale della prova, dove le tutele sono le medesime dell'incidente probatorio, stante il rinvio contenuto nell'articolo 498, comma 4-*bis* c.p.p. all'articolo 398, comma 5-*bis* c.p.p.⁹⁰?

All'esito della recente decisione della Suprema Corte gli spazi per un ripensamento sembrano molto ristretti.

In presenza dei reati elencati dal primo periodo dell'articolo 392, comma 1-*bis* c.p.p. al giudice è interdetto ogni sindacato in ordine alla effettiva non rinviabilità delle dichiarazioni. La recente decisione sembra escludere anche ogni controllo in ordine a una vulnerabilità tipica e presunta⁹¹ che supera ogni esigenza di controllo delle condizioni specifiche e concrete della persona offesa, negando altresì ogni possibile bilanciamento con contrapposte e variabili esigenze⁹². Un riconoscimento meccanico della vulnerabilità del soggetto e del conseguente presupposto necessario per l'assunzione anticipata delle dichiarazioni potrebbe portare sia a un uso eccessivo o improprio delle misure protettive, sia alla paradossale estromissione, sempre automatica, di soggetti coinvolti in fattispecie di reato non espressamente elencate. Del resto, la mancanza di *individual assessment* e il ricorso agli automatismi da sempre impoverisce la giurisdizione.

FRANCESCA ROMANA DE PALO

⁹⁰ CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, 951 ss.; CESARI, *La "campana di vetro": protezione della personalità e rispetto del contraddittorio nell'esame dibattimentale del teste minorenni*, in *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, a cura di Id., Milano, 2015, 263 ss.; FAMIGLIETTI, *Persona offesa e modalità di audizione protetta: verso lo statuto del testimone vulnerabile*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 2, 142 ss.

⁹¹ In questo senso, CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità* il quale criticamente afferma: «La strada per garantire il dichiarante vulnerabile, allora, non può passare per un brutale automatismo che, oltre ad essere privo di una base legale certa, può finire, come si è visto, anche per sacrificare gli stessi interessi che si mira a proteggere.»

⁹² Sul punto, SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, 204 ss.