

Si dubita della legittimità costituzionale dell'art. 392, I comma bis, come modificato dall'art. 9, I comma, lett. b), del D.L. 11/09 convertito, con modificazioni, nella L. 38/09 per contrasto con gli artt. 111, 3 e 24 Cost. La norma sospettata, pur comportando una rilevante compressione del principio del contraddittorio, si pone, infatti, fuori dai parametri fissati dal 5° comma dell'art. 111 Cost.

L'adozione con decreto legge della norma stessa viola, altresì, l'espressa riserva di legge prevista nel medesimo 5° comma.

Inoltre, si palesa la violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'irragionevole differenziazione che ne deriva, nell'esperibilità dell'incidente probatorio, tra i reati per i quali diviene applicabile il novellato art. 392 comma 1 bis ed i reati esclusi.

Infine il diritto di difesa, nell'estensione costantemente conferita al medesimo dalle interpretazioni della Consulta all'art. 24 Cost., viene compresso irragionevolmente, minandosi, per ragioni di politica criminale prive di copertura costituzionale, il diritto dell'imputato-indagato di difendersi provando, concorrendo alla formazione della prova in posizione tendenzialmente paritaria con l'accusa.

A tali conclusioni si giunge:

- 1) considerando, anzitutto, l'espansione che secondo le pronunce anche recenti della Corte Costituzionale il principio del contraddittorio ha oggi nel nostro sistema processuale penale;
- 2) analizzando il concreto depotenziamento delle prerogative della difesa e l'altrettanto concreta alterazione del metodo del contraddittorio nella formazione della prova, che si realizzano nell'incidente probatorio;

3) verificando se sotto altro profilo, in specie quello della tutela del teste fragile, la giurisprudenza della CGCE (richiamando la giurisprudenza della CEDU) possa avere offerto copertura “para-costituzionale” alla norma sospettata.

1) L’art. 111 Cost., come novellato dalla L. Cost. 23/11/99 n. 2, ha dato rilievo costituzionale al principio del contraddittorio nella formazione della prova sia sotto l’aspetto oggettivo, di metodo epistemologico di conoscenza, che sotto il profilo soggettivo, di diritto dell’imputato di concorrere al pari dell’accusatore alla formazione della prova nel dibattimento, dianozi al Giudice che deve decidere.

“Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale è ora espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nella prima parte del quarto comma....., ed è richiamato anche nella sua dimensione soggettiva, cioè quale diritto dell’imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel terzo comma del medesimo art. 111 Cost.....” (Corte Cost. 440/2000)

La Corte Cost. ha altresì evidenziato che la dimensione oggettiva del principio in parola è strettamente connessa al profilo soggettivo: *“...«l’enunciazione del quarto comma dell’art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio, non comporta che il cd. profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa», come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, «nell’ammettere la deroga al principio fa*

“riferimento anzitutto al consenso dell'imputato»” (cfr. Corte Cost. 184/09 che richiama Corte Cost. 117/07) e ancora *“Il processo penale è ora regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dal quarto comma dell'art. 111 Cost., il quale comporta che tutte le parti devono essere poste in grado di partecipare attivamente al momento genetico, e non soltanto di formulare a posteriori valutazioni su elementi acquisiti unilateralmente. Ne discende l'impermeabilità del processo rispetto al materiale raccolto in assenza di dialettica tra le parti”* (cfr. Corte Cost. 197/2009).

Necessari corollari di detto principio sono rappresentati dall'oralità ed immediatezza, dalla parità delle parti e delle armi: *“...circa la lamentata violazione del principio di parità delle parti è sufficiente rilevare che la parte che chiede la rinnovazione della prova esercita il proprio diritto, garantito dai principi di oralità e immediatezza che connotano il codice di rito, all'assunzione della prova **davanti al Giudice chiamato a decidere**”* (Cfr. Corte Cost. 418/04)

Dal pieno dispiegarsi, in linea con l'interpretazione della Consulta, del metodo del, e del diritto al, contraddittorio nella formazione della prova discende, quale necessaria conseguenza, che ogni vulnus, anche parziale, inferto dal legislatore a tale principio fondamentale del processo deve rispettare la riserva di legge imposta dal co. 5°; deve, inoltre, rispettare i canoni derogatori tassativamente indicati dallo stesso 5° comma: consenso dell'imputato, impossibilità di natura oggettiva, provata condotta illecita.

Potrà forse consentirsi al legislatore, sempre però con legge ordinaria, di muoversi nel solco di quei canoni con maggiore o minore rigore in relazione al grado di sacrificio del contraddittorio, ma non potrà

permettersi comunque, pena la perdita della coerenza razionale del sistema voluto dalla norma Costituzionale, la creazione di nuovi e diversi canoni su cui fondare le deroghe.

2) L'incidente probatorio rappresenta con tutta evidenza un istituto che realizza un parziale, ma rilevante, sacrificio del principio costituzionalizzato dall'art. 111.

Ciò per evidenti ragioni: oralità ed immediatezza sono completamente sacrificate; la parità delle parti e delle armi è gravemente compromessa, giacchè la prova si forma in una fase in cui la disparità degli strumenti investigativi e delle conoscenze tra l'accusa e la difesa neutralizza le armi di quest'ultima; la stessa funzione prima della formazione della prova in contraddittorio - cioè quella di garantire la qualità della decisione consentendo al Giudice della decisione di apprezzare de visu la valenza della prova - è inevitabilmente compromessa.

L'incidente probatorio realizza, pertanto, un contraddittorio dimidiato e, per questa ragione, non può sfuggire alle previsioni del comma 5° dell'art. 111.

L'art. 392 c.p.p. nel suo impianto originario, definendo i casi nei quali è consentito ordinariamente il ricorso all'incidente probatorio, risultava in linea con i principi successivamente costituzionalizzati, derivando la natura eccezionale dell'istituto dagli stessi caratteri propri del processo accusatorio e trovando, poi, nei parametri dettati dalla legge Cost. 2/99, puntuale riscontro.

3) Lo specifico rilievo assunto nel nostro ordinamento dalla Giurisprudenza della CGCE, impone una riflessione sulla sentenza c.d. Pupino (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, C – 105/03) giacchè questa secondo

taluni interpreti, avrebbe suggerito, o addirittura “imposto” al legislatore ordinario le modifiche normative in tema di incidente probatorio adottate con la L. 38/2009, modifiche oggetto della presente censura.

Occorrerà in particolare esaminare in primo luogo se e come la tutela del teste fragile imposta da detta pronuncia si raccordi con l’interpretazione dell’art. 111, comma 5, Cost. data dalla Corte Costituzionale.

In secondo luogo, se la modifica dell’art. 392, comma 1 bis in questione abbia dato attuazione ai principi affermati dalla CGCE, ovvero ne abbia varcato i confini muovendosi su un terreno affatto diverso.

Quanto al primo punto, è sufficiente richiamare la pronuncia n. 583/00 (con la quale la Corte Costituzionale affermava che il I comma bis dell’art. 392 introdotto con la L. 66/96 “*introduceva una eccezione alla regola dell’assunzione nel dibattimento delle prove che non abbiano oggettivo carattere di indifferibilità o non ripetibilità*” e che “*quale che se ne ritenga la ratio, non è intesa, essenzialmente e direttamente, ad assicurare condizioni e modi di esame testimoniale idonei a proteggere la personalità del teste...*”), per ricavarne sia la mancanza di copertura costituzionale della tutela del teste fragile, sia soprattutto la predisposizione dello specifico strumento dell’incidente probatorio al soddisfacimento di differenti, tassativamente elencati, interessi costituzionali.

Ciò naturalmente non impedisce la possibilità di un intervento legislativo che faccia perno sulla tutela del teste fragile (che tuttavia, non dovrebbe ritenersi assiomaticamente tale, come la norma in esame fa per il caso della p.o. maggiorenne). Un siffatto ipotetico intervento in linea con la giurisprudenza CGCE, nel rispetto del principio di ragionevolezza e nel

doveroso e corretto contemperamento con il diritto dell'imputato ad un giusto processo, potrebbe tuttavia esplicitarsi con strumenti diversi dall'incidente probatorio, che non impongano quel rilevante sacrificio al principio del contraddittorio consentito esclusivamente dal ricorrere dei presupposti di cui al co. 5° dell'art. 111.

Quanto al rapporto tra la pronuncia richiamata della CGCE e l'intervento normativo, si osserva:

- in primis, il Giudice rimettente muoveva da un presupposto che non sembra in linea con un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 392 n. 1 bis (nella formulazione antecedente alla legge 38/09), giacchè *"secondo il Giudice del rinvio tali deroghe ulteriori mirano a tutelare da un lato, la dignità, il pudore e la personalità del teste parte offesa minorenni, nonché, dall'altro, la genuinità della prova"* (par. 15 Sent. CGCE);

- inoltre, il caso in esame riguarda **minori degli anni 5** presunte **vittime** di reati di maltrattamenti da parte dell'insegnante e la CGCE, muovendo da questo presupposto di fatto, detta il seguente principio: la "vulnerabilità" della vittima va valutata **alla luce dell'età e della natura e delle conseguenze delle infrazioni** di cui ritiene di essere stata **vittima**;

- è agevole, pertanto, concludere che dalla decisione della Corte Europea non possono trarsi in alcun modo elementi utili a fondare la legittimità delle modifiche all'incidente probatorio introdotte dalla L. 38/09; tali modifiche, infatti, comunque non rispettano la ricorrenza di quel **doppio parametro** invocato dalla CGCE, riferendosi al **teste** minore ed alla persona offesa anche **maggiorenne**. Anche, poi, quanto al mero limite di età del teste, estendendo al maggiore degli anni 16 e minore dei 18, si

compiono valutazioni in nulla assimilabili a quelle che ispirarono la CGCE nel caso trattato.

Può, quindi, concludersi che un intervento legislativo in linea con gli orientamenti espressi dalla Corte Europea dovrebbe avere altro contenuto, altri limiti, ben diverso ed equilibrato contemperamento tra l'esigenza posta ed il diritto dell'imputato ad un giusto processo.

4) La precedente disamina consente di affermare che le modifiche introdotte all'art. 392 co. 1 bis della legge 38/09 si pongono in insanabile contrasto con l'art. 111 Cost., perché estende irragionevolmente la previsione di deroghe alla formazione della prova in contraddittorio nel dibattimento a casi nei quali neppure implicitamente possono riconoscersi i canoni derogatori dettati dal 5° comma. Invero, l'anzidetta estensione generale alla parte lesa, anche maggiorenne, di taluni reati, prevista a prescindere da particolari condizioni che ne rendano manifesta l'intimidazione o, per converso, ne facciano ritenere evanescente il ricordo del fatto, perde ogni contatto con i parametri del 5° comma dell'art. 111 Cost.

La stessa relazione alla modifica introdotta ne dà conto esplicitamente, riferendola all'esigenza di tutela del teste fragile. Un'obiettivo disamina del testo, in verità, rivela che le modifiche non rispondono neppure a quel criterio, ispirandosi piuttosto ad un'esigenza di assicurare all'accusa un canale privilegiato di assunzione di una prova spesso decisiva, quando si procede per un catalogo di reati che offendono beni la cui tutela si ritiene di privilegiare. Di ciò è evidente esplicazione il "trattamento" differenziato riservato alla p.o. maggiorenne, quando si procede per i reati ivi selezionati. E, tuttavia, proprio la non sussumibilità di tale diversità sotto

alcuno dei parametri costituzionali, e per contro l'irragionevolezza della stessa, nel confronto tra i reati inclusi e quelli esclusi dal catalogo, comporta altresì la violazione dell'art. 3 Cost. e si riflette in un'ingiustificata compressione delle prerogative e dei diritti della difesa, tutelate dall'art. 24.

Occorre al riguardo considerare che, se può ritenersi che la presunta vittima infra sedicenne di reati che creano nella stessa condizioni di particolare sconvolgimento si trovi, per l'effetto combinato dell'età così giovane e del turbamento psichico subito, in condizioni tali da rendere il ricordo dell'accaduto facilmente destrutturabile o, per converso, ristrutturabile su false basi, non altrettanto può dirsi automaticamente nè per la p.o. maggiorenne, nè per il teste maggiore degli anni 16 e minore dei 18.

In tali casi non può soccorrere alcuna presunzione di irripetibilità dell'esame al dibattimento, salvo verificare il Giudice, secondo canoni ordinari, se la prova possa diventare irripetibile per ragioni oggettive.

P.Q.M.

Per tutte le ragioni di cui in premessa, le norme in esame si pongono in aperto contrasto con gli art. 3, 24 e 111 Cost. anche in relazione alla violazione della riserva di legge ivi prevista. Per tali ragioni si chiede che venga sollevata la questione di legittimità costituzionale, dell'art. 392, 1° comma bis c.p.p. come modificato dall'art. 9, comma 1, lett. b), del D.L. 23 Febb. 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella L. 23 Apr. 2009, n. 38 nelle parti in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, su istanza di parte possa procedersi nelle forme dell'incidente

probatorio, all'assunzione della testimonianza di persona (anche maggiore degli anni 16) minorenni ovvero della persona offesa.