

QUESTIONI APERTE

Incidente probatorio

La decisione

Incidente probatorio - Richiesta di assunzione della testimonianza di un minore - Rigetto per irrilevanza della prova - Abnormità - Esclusione - Ragioni (C.p.p., artt. 392 c. 1-bis, 396, 398)

Non è abnorme il provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari rigetti la richiesta di esame in incidente probatorio, ex art. 392, comma 1-bis, cod. proc. pen., della persona offesa minore d'età in ragione della rilevata superfluità o irrilevanza della prova, trattandosi di provvedimento che non determina la stasi del procedimento né si pone fuori dal sistema processuale. (In motivazione la Corte ha evidenziato che la disciplina normativa prevista per l'audizione delle persone vulnerabili, in ottemperanza agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali per evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria, impone particolari forme volte a salvaguardare l'integrità fisica e psicologica delle persone offese, ma non prevede alcun obbligo di assunzione della prova dichiarativa a seguito di una mera richiesta di incidente probatorio).

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 11 dicembre 2020 (21 gennaio 2021) - SABEONE, *Presidente* - PISTORELLI, *Relatore* - CESQUI, *P.M. (conf.)* - P.m. in proc. C.A., *ricorrente*.

Incidente probatorio atipico e abnormità: oscillazioni ed equivoci giurisprudenziali

La Corte di cassazione - in contrapposizione a un recente orientamento giurisprudenziale - ribadisce l'orientamento tradizionale secondo cui il rigetto della richiesta di incidente probatorio, anche atipico, non è ricorribile in cassazione per abnormità. L'Autore ricostruisce il sindacato sulla richiesta demandato al giudice, per poi interrogarsi sull'ammissibilità di una diagnosi di abnormità, quantomeno in alcuni casi-limite. Il dibattito pretorio evidenzia in ogni caso un vuoto di tutela e, conseguentemente, l'opportunità di un intervento legislativo.

Atypical pretrial evidentiary hearing and "abnormality": fluctuations and misunderstandings in the case law

The Court of Cassation - refuting a recent orientation in the case law - reaffirms the traditional assumption that the rejection of a request for a pretrial evidentiary hearing, even an atypical one, cannot be appealed in cassation due to 'abnormality'. The Author illustrates the judicial review on the request, and then questions the admissibility of a diagnosis of 'abnormality', at least in some extreme cases. Anyhow, the debate in the case law highlights a lack of protection and, consequently, the opportunity for a legislative reform.

SOMMARIO: 1. Il fatto. - 2. Il contrasto giurisprudenziale in materia di abnormità del rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico. - 3. I confini del sindacato giudiziale sulla richiesta. - 4. Tutela della vittima e tutela del testimone. - 5. L'abnormità nei "casi limite" - 6. Conclusioni.

1. *Il fatto.* La Suprema Corte interviene in tema di ricorribilità in cassazione, per abnormità, del rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico. In breve la vicenda. In un procedimento per atti persecutori in ambito familiare, il Giudice per le indagini preliminari rigettava la richiesta, avanzata dal pubblico ministero, di esame testimoniale in incidente probatorio atipico di una minore testimone del reato (art. 392 c. 1-*bis* c.p.p.). Il pubblico ministero ricorreva in cassazione per abnormità avverso l'ordinanza, dolendosi dell'erronea valutazione giudiziale di «inutilità» della prova, fondata su una «aprioristica» valutazione di inattendibilità della teste. L'organo dell'accusa – pur riconoscendo il difetto di una stasi procedimentale derivante dal provvedimento, potendo egli procedere in proprio all'audizione investigativa della minore – deduceva l'elevato rischio di vittimizzazione secondaria derivante dalla necessaria reiterazione delle dichiarazioni in sede dibattimentale.

2. *Il contrasto giurisprudenziale in materia di abnormità del rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico.* In premessa, la Cassazione richiama la tradizionale nozione giurisprudenziale di abnormità: è abnorme il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, sia avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero che, pur costituendo in astratto manifestazione di un potere legittimo, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite. Il vizio può riguardare sia il profilo strutturale – allorché l'atto esorbiti dal sistema processuale – sia il profilo funzionale, quando, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo¹.

¹ Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, Gianforte, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 7, 969 ss., con nota di RACO, *Imputazione coatta per un titolo di reato diverso: le Sezioni Unite scongiurano il ritorno al processo inquisitorio*; Id., Sez. un., 9 maggio 2018, Ksoury, in *Cass. Pen.*, 2019, 1, 104 ss., con nota di GABRIELLI, *Non è abnorme l'invito del G.I.P. a verificare il carattere "particolarmente tenue" dell'illecito contestato al P.M. con la richiesta di decreto penale*; Id., Sez. un., 4 giugno 2010, P.g. in proc. Zedda, in *Cass. Pen.*, 2010, 11, 3765 ss., con nota di SCARCELLA, *L'opposizione a decreto penale di condanna priva il g.i.p. del potere di pronunciarsi sull'imputazione*; Id., Sez. un., 22 giugno 2009, P.m. in proc. Toni e altro, in *Cass. Pen.*, 2009, 12, 4549 ss., con nota di TODARO, *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*; Id., Sez. un., 1° febbraio 2008, P.m. in proc. Battistella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3, 1363 ss., con nota di MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*; Id., Sez. un., 17 giugno 2005, P.m. in proc. Minervini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 4, 1638 ss., con nota di VARONE, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale penale*; Id., Sez. un., 23 aprile 2004, P.m. in proc. Lustri, in *Giust. pen.*, 2004, 10, 572 ss., con nota di PULEIO, *Sulla competenza del GIP in tema di ammissione al patrocinio gratuito*; Id., Sez. un., 8 febbraio 2001, P.m. in proc. Romano e altri, in *Mass. Uff.*, n.

Si tratta di una definizione priva di una valenza selettiva stringente²: del resto, secondo taluni, una maggior selettività non sarebbe neppure desiderabile³, stante la rispondenza del rimedio ad esigenze di giustizia del caso concreto⁴. Gli *excursus* giurisprudenziali recenti - inclini ad identificare l'abnormità con la carenza di potere *sub specie* di sviamento⁵ - consentono di individuare tre macro-categorie di atto abnorme: l'atto non rientrante per forma o contenuto in alcuna delle tipologie previste dall'ordinamento processuale; l'atto non rientrante fra quelli alternativamente previsti in un dato segmento procedimentale; l'atto rientrante in un'ipotesi tipica adottabile nel segmento processuale di riferimento, ma emanato in difetto dei suoi presupposti giuridici o fattuali⁶. Accanto allo sviamento di potere, si tende a richiedere un ulteriore elemento, identificato nella stasi o regresso procedimentale⁷, nell'incompatibilità dell'atto con il sistema⁸ o nella lesione insanabilmente arrecata alle situazioni soggettive delle parti⁹. L'evanescenza contenutistica della nozione è alla base di recenti oscillazioni

217760; Id., Sez. un., 15 gennaio 2000, P.m. in proc. c. ignoti, *ivi*, n. 217474; Id., Sez. un., 13 dicembre 2000, P.m. in proc. Boniotti, *ivi*, n. 217244; Id., Sez. un., 26 gennaio 2000, Magnani, *ivi*, n. 215094; Id., Sez. un., 12 febbraio 1998, Di Battista, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 324 ss., con nota di VARRASO, *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*; Id., Sez. un., 31 luglio 1997, Quarantelli, in *Mass. Uff.*, n. 208221.

² CAPONE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 68 ss.; GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, 340 ss.

³ CAIANIELLO, *Sull'abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 12, 3965.

⁴ E. M. CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1, 299 ss.

Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.R.I. n. 250 del 24 ottobre 1988 - suppl. ord. n. 93*, 126, secondo cui: «È 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».

⁵ Cfr. Cass., Sez. un., 22 giugno 2009, P.m. in proc. Toni e altro, cit., 4550.

Per un richiamo alla nozione amministrativistica di sviamento di potere, cfr. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2012, 23; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, 138; ZIGNANI, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1, 250.

⁶ CAPONE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., 71-72.

⁷ BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, cit., 20; M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 9, 1242; ZIGNANI, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, cit., 258.

⁸ CAIANIELLO, *Sull'abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, cit., 3960; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 77-78.

⁹ F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2020, 12, 4649.

Cfr. Cass., Sez. un., 9 maggio 2018, Ksouri, cit., 107.

giurisprudenziali sulla sua applicabilità alle ordinanze di rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico¹⁰.

La sentenza in commento dà risposta negativa al quesito, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto dalla parte pubblica. Ribadita secondo l'indirizzo tradizionale l'inoppugnabilità dei provvedimenti in materia di incidente probatorio, stante il principio di tassatività¹¹, si esclude la ricorribilità in cassazione per abnormità, costituendo il rigetto «estrinsecazione di un potere discrezionale» e non determinando comunque una stasi procedimentale¹². Tanto varrebbe anche per l'incidente probatorio atipico¹³, per cui il legislatore non ha del resto inteso prevedere un apposito mezzo di impugnazione¹⁴.

La pronuncia – senza accogliere l'invito della Procura Generale a rimettere la questione alle Sezioni Unite – si contrappone così a un recente e innovativo orientamento della giurisprudenza di legittimità, incline a riconoscere spazi, sia pure esigui, alla categoria dell'abnormità. Sarebbe infatti abnorme il rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico, motivato in base alla rinviabilità al dibattimento dell'audizione dell'offeso¹⁵, o alla sua mancata previa assunzione a s.i.t. e comunque al difetto di «elementi di indagini atti a fondare la fattispecie di reato ipotizzata»¹⁶. Ove il rigetto non fosse impugnabile, in base a

¹⁰ Per una ricostruzione dei contrapposti orientamenti, F. 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.

¹¹ Cass., Sez. VII, 16 giugno 2017, Panti, in *Mass. Uff.*, n. 271094; Id., Sez. I, 5 settembre 2014, Liuzzi e altri, *ivi*, n. 260590; Id., Sez. fer., 29 agosto 2013, Agrama e altri, *ivi*, n. 256573.

¹² Cass., sez. VI, 5 novembre 2009, Antonelli e altri, in *Mass. Uff.*, n. 245780; Id., Sez. IV, 23 gennaio 2001, P.m. in proc. D'Amiano e altri, *ivi*, n. 218480; Id., Sez. II, 9 dicembre 2003, Manzi, *ivi*, n. 227086.

La sentenza non richiama invece, quale ulteriore motivo ostativo alla diagnosi di abnormità, la natura «strumentale» e «non decisoria» dei provvedimenti in tema di incidente probatorio: cfr. Cass., Sez. VI, 4 novembre 1998, Di Murro, in *Mass. Uff.*, n. 212014. Del resto, il confine tra atto decisivo e atto meramente strumentale non è netto nell'elaborazione dottrinale: la seconda ipotesi ricorrerebbe allorché «l'atto [...], senza operare una scelta e quindi una valutazione della richiesta, ordina, distribuisce, colloca nelle scansioni temporali del procedimento la richiesta stessa [...] secondo un ordine di svolgimento temporale» che non ne comporta la «cognizione valutativa dei contenuti» (SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., 70).

¹³ Cass., Sez. VI, 2 settembre 2020, P., in *Mass. Uff.*, n. 279604.

¹⁴ Cass., Sez. III, 22 maggio 2013, P.m. in proc. Bertolini, in *Mass. Uff.*, n. 255483.

¹⁵ Cass., Sez. III, 26 luglio 2019, P., in *Cass. Pen.*, 2020, 9, 3275 ss., con nota di CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*.

¹⁶ Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, P., in *Cass. Pen.*, 2020, 12, 4633 ss., con nota di F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio*.

In termini, sia pur con estrema sinteticità, v. anche Cass., sez. III, 10 giugno 2020, B.C., in

questo diverso orientamento, si avrebbe la disapplicazione di un obbligo sovranazionale di contrasto alla vittimizzazione secondaria, che impone la riduzione delle audizioni e l'adozione di modalità protette di ascolto¹⁷.

3. *I confini del sindacato giudiziale sulla richiesta.* Un'attenta analisi degli indirizzi in conflitto evidenzia peraltro la natura apparente (o non dirimente nel caso di specie) di alcuni fra i motivi di dissenso espressi dalla sentenza in commento.

Sia pur con estrema sinteticità, tale pronuncia verifica anzitutto se spetti al giudice per le indagini preliminari il potere di rigettare la richiesta di incidente probatorio atipico per difetto di rilevanza della prova.

Al quesito è data, in modo condivisibile, risposta positiva, con conseguente superfluità di ulteriori verifiche sull'abnormità dell'atto.

L'art. 392 c. 1-*bis* c.p.p. - introdotto dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66 - tipizza un'ipotesi speciale di incidente probatorio, svincolata dal requisito della concreta non rinviabilità della prova¹⁸. Inizialmente riservata ai minori infrasedicenni testimoni di un catalogo tassativo di reati, la previsione è stata progressivamente estesa, anche in ossequio ad istanze sovranazionali di tutela delle vittime vulnerabili¹⁹. Il richiamo è ai minori testimoni di un catalogo tassativo di reati sessuali, a sfondo pedopornografico o espressivi di violenza nelle relazioni strette; alle persone offese, anche maggiorenni, dei medesimi reati; nonché, comunque, alle persone offese particolarmente vulnerabili in base ai parametri ex art. 90 *quater* c.p.p., introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

www.dirittoegiustizia.it, 28 agosto 2020.

¹⁷ Sulle fonti e la latitudine di quest'obbligo, *infra*, §4.

¹⁸ *Ex multis*, CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in questa *Rivista*, 2015, 3, 3-4; CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, cit., 3288; DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 546 ss.; LA ROCCA, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 290 ss.; NACAR, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 11, 1425 ss.; PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di Bargis - Belluta, Torino, 2017, 386; RENON, *L'incidente probatorio nel processo penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, 91 ss.; SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 78 ss.; TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzie di tutela della giovane età*, Milano, 2017, 257 ss.

Contra CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 2, 344 ss.

¹⁹ L. 3 agosto 1998, n. 269; L. 11 agosto 2003, n. 228; L. 6 febbraio 2006, n. 38; d.l. 23 febbraio 2009, n. 115, conv. in L. 23 aprile 2009, n. 38; L. 1° ottobre 2012, n. 172; d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212; L. 19 luglio 2019, n. 69.

Ai fini dell'accoglimento della richiesta, il giudice adito deve dunque verificare che essa: a) provenga da soggetto legittimato, nella fase delle indagini preliminari o in udienza preliminare²⁰; b) riguardi la testimonianza di un minore o della persona offesa di uno dei reati del catalogo (c.d. vulnerabilità tipica), verificando la correttezza della relativa qualificazione giuridica, senza indulgere in un sindacato di «consistenza degli elementi ... a carico dell'indagato»²¹; c) in alternativa, riguardi la testimonianza di una persona offesa particolarmente vulnerabile *ex art. 90 quater* c.p.p. (c.d. vulnerabilità atipica).

In aggiunta, tuttavia, deve farsi applicazione dei criteri generali in materia di prova, con conseguente vaglio di non manifesta superfluità o irrilevanza *ex art. 190 c. 1 c.p.p.*²², sulla base dell'integrale *discovery* degli atti di indagine *ex art. 393 c. 2-bis* c.p.p.²³ Stante la mancata previsione di un mezzo di impugnazione, non è rimediabile l'eventuale errore dell'organo giurisdizionale.

La sentenza in commento imputa viceversa all'opposto orientamento di aver «privato» il giudice di qualsiasi potere di valutare «la fondatezza» della richiesta di incidente probatorio atipico «in riferimento agli ordinari indici di ammissione della prova previsti dall'art. 190 c.p.p. comma 1».

Così, tuttavia, non è.

L'orientamento favorevole all'abnormità riconosce espressamente l'applicabilità dell'art. 190 c. 1 c.p.p.²⁴, pur con alcune specificazioni. Da un lato, infatti, la testimonianza della persona offesa dovrebbe essere rilevante *in*

²⁰ Corte cost., n. 77 del 1994, in *Cass. Pen.*, 1994, 7, 1788 ss., con nota di MACCHIA, *Incidente probatorio e udienza preliminare: un matrimonio con qualche ombra*.

Per l'ammissibilità dell'incidente probatorio atipico in udienza preliminare, volendo, ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, Milano, 2020, 251 ss.

²¹ F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio*, cit., 4648.

²² ARDIGÒ, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela*, in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2020; BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 347 ss.; F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio*, cit., 4647; RENON, *L'incidente probatorio nel processo penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, cit., 94.

²³ Nondimeno, si è sostenuto che «il rigetto dell'incidente probatorio basato sulla presunta irrilevanza della prova è sconsigliabile»: infatti, «tale decisione, qualora risultasse errata, potrebbe determinare la definitiva perdita della genuinità della prova, compromettendo l'accertamento della verità» (DI GERONIMO, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000, 137).

²⁴ «Ove nulla sia specificamente previsto - come accade nel caso dell'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, e dell'art. 398 c.p.p., comma 1, - vale il principio generale [...] giusta il quale, a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte [...] si prevede l'obbligo di ammissione da parte del giudice, cui compete soltanto la possibilità di escludere «le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti» (art. 190 c.p.p., comma 1)» (Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, P., cit., 4637; Id., Sez. III, 26 luglio 2019, P., cit., 3278-3279).

re ipsa. Dall'altro lato - con l'unica eccezione della richiesta motivata per la particolare vulnerabilità dell'offeso, che va accertata in concreto - il vaglio *ex art. 190 c. 1 c.p.p.* esaurirebbe i margini di discrezionalità spettanti al giudice adito.

I confini del sindacato sulla richiesta di incidente probatorio atipico meritano di essere approfonditi, in ragione di talune incertezze nella giurisprudenza di legittimità.

L'art. 392 c. 1-*bis* c.p.p. sottende una presunzione di non rinviabilità della prova, motivata dalla vulnerabilità - anch'essa presunta, in caso di vulnerabilità tipica, o accertata *ex art. 90 quater* c.p.p. - del dichiarante minore o persona offesa. Essa si giustifica per due concorrenti finalità, di natura rispettivamente extraprocessuale e processuale. Per un verso, infatti, si intende sottrarre quanto prima al contatto con l'apparato processuale soggetti esposti a subitane traumi, quali l'offeso da reati particolarmente odiosi o il minore che vi abbia comunque assistito²⁵. Per altro verso, la tempestiva cristallizzazione del contributo dichiarativo intende assicurarne la genuinità, anticipando eventuali fenomeni di rimozione, ritrattazione o alterazione della traccia mnemonica²⁶.

Con specifico riferimento al minore non persona offesa, la presunzione è stata ritenuta costituzionalmente conforme dalla Consulta, in quanto rispondente *all'id quod plerumque accidit*²⁷. La deroga al principio di immediatezza sarebbe del resto compensata dalle modalità di audizione *ex art. 398 c. 5-bis* c.p.p., giudicate in grado di «garantire un adeguato bilanciamento» tra la tutela del dichiarante, la genuinità della prova e le esigenze difensive dell'indagato-imputato.

Se così è, il contemperamento degli interessi in gioco è predeterminato dallo stesso legislatore. Quantomeno in presenza di un'ipotesi di vulnerabilità tipi-

²⁵ Corte cost., n. 14 del 2021, in www.sistemapenale.it, 22 febbraio 2021, con nota di TONDI, *L'incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte costituzionale*, ha ritenuto costituzionalmente conforme la parificazione alla persona offesa del minore testimone dei reati *ex art. 392 c. 1-bis* c.p.p., essendo «tutt'altro che implausibile» la sussistenza di una «medesima esigenza di protezione». Sulla finalizzazione dell'incidente probatorio atipico alla riduzione della vittimizzazione secondaria, v. anche Corte cost., n. 92 del 2018, in *Giur. cost.*, 2018, 2, 804 ss., con nota di GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*.

²⁶ Corte cost., n. 14 del 2021, cit.; Corte cost., n. 92 del 2018, cit., 804 ss.; Corte cost., n. 529 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 6, 4346 ss.; Corte cost., n. 114 del 2001, *ivi*, 2001, 3, 912 ss.; Corte cost., n. 583 del 2000, *ivi*, 2000, 6, 4342 ss.

²⁷ Corte cost., n. 14 del 2021, cit.

Sulla costituzionalità di presunzioni di vulnerabilità dell'offeso - purché rispondenti *all'id quod plerumque accidit* - v. anche Corte cost., n. 1 del 2021, in www.giurisprudenzapenale.com, 12 gennaio 2021.

ca, il rigetto della richiesta di incidente probatorio non potrebbe dunque fondarsi su di un (insussistente) «potere discrezionale di bilanciamento dei contrastanti interessi, legati, da un lato, alle esigenze di tutela della vittima e, dall'altro, alle garanzie processuali del diritto di difesa dell'imputato»²⁸. Simmetricamente, non sarebbe consentito – in quanto gravemente lesivo del diritto di difesa – un rigetto motivato da ragioni di più intensa tutela della vittima²⁹, demandata dalla legge alle modalità protette di audizione.

4. *Tutela della vittima e tutela del testimone.* La sentenza in commento esclude poi che la ricorribilità in cassazione del rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico sia imposta da vincoli sovranazionali. Si confuta dunque l'avviso dell'orientamento favorevole all'abnormità, secondo cui solo l'ammissione dell'incidente assicura *compliance* agli obblighi di riduzione delle audizioni e di ascolto protetto della vittima previsti dalla direttiva 2012/29/UE (artt. 18, 20, 24)³⁰, nonché dalle Convenzioni del Consiglio d'Europa di Lanzarote (art. 35)³¹ e di Istanbul (art. 18)³².

L'assunto è corretto, ma non strettamente conferente.

Il quadro normativo sovranazionale a tutela della vittima vulnerabile prevede sia obblighi di riduzione allo stretto necessario delle audizioni³³, sia obblighi di ascolto protetto³⁴.

²⁸ Cass., Sez. VI, 2 settembre 2020, P., cit.

²⁹ Non è dunque condivisibile l'assunto per cui la richiesta di incidente probatorio atipico potrebbe essere rigettata per l'«esigenza di ridurre al minimo il rischio di vittimizzazione secondaria» dell'offeso, come nel caso di «richiesta di assunzione della prova del minore vittima di violenza sessuale che provenga dalla difesa dell'indagato ed a cui il pubblico ministero opponga un'eccezione d'irrelevanza per essere il fatto graniticamente provato sulla base di altre fonti di prova» (Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, P., cit., 4637; Id., Sez. III, 26 luglio 2019, P., cit., 3278).

³⁰ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

³¹ Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, conclusa a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

³² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, conclusa ad Istanbul l'11 maggio 2011.

³³ Art. 35 §1 lett. e) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali; artt. 12 §4 lett. a) e 15 §3 lett. e) della direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime; art. 20 §3 lett. e) della direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; art. 20 §1 lett. b) della direttiva 2012/29/UE.

³⁴ Art. 36 §2 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali; artt. 12 §4 lett. b)-d) e 15 §3-5 della direttiva 2011/36/UE in materia di tratta; art. 56 §1 lett. i) della Convenzione di Istanbul contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza

I primi sono senz'altro assolti dall'incidente probatorio atipico - in combinazione con i limiti alla nuova audizione dibattimentale *ex art. 190 bis c. 1-bis c.p.p.* - che tuttavia non ne costituisce attuazione a rime obbligate³⁵: in effetti, lo statuto sovranazionale della vittima sarebbe pienamente rispettato in caso di unica deposizione nella sede dibattimentale³⁶.

In senso contrario, non pare utilmente invocabile neppure l'arresto della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso Pupino, che ha imposto il ricorso all'incidente probatorio per l'audizione di vittime vulnerabili (in allora) non contemplate dal catalogo *ex art. 392 c. 1-bis c.p.p.*³⁷. La pronuncia, infatti, aveva individuato l'incidente probatorio atipico come trasposizione interna di un obbligo comunitario di protezione delle vittime vulnerabili³⁸, che di per sé non prescriveva «modalità concrete di attuazione». Avendo il nostro Paese liberamente prescelto il ricorso all'incidente probatorio, quest'ultimo deve essere fruibile per tutte le vittime particolarmente vulnerabili, a prescindere dal titolo del reato. Ciò non sembra escludere, tuttavia, l'astratta ammissibilità del ricorso a strumenti diversi.

Quanto agli obblighi di audizione protetta, gli stessi sono assicurati anche in sede dibattimentale (art. 498 c. 4 ss. c.p.p.)³⁹.

Pertanto - anche laddove l'ordinamento interno non consentisse l'annullamento per abnormità del rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico - lo Stato italiano non sarebbe di per sé esposto ad alcuna «responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione europea»⁴⁰.

domestica; art. 20 §3 lett. e) della direttiva 2011/92/UE in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori e pornografia minorile; artt. 22 §3 e 24 della direttiva 2012/29/UE.

³⁵ ARDIGÒ, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela*, cit.; CLAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, cit., 3289; F. MARCHETTI, *L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, cit., 26-27; ROMANELLI, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, cit., 241.

³⁶ CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, cit., 349.

³⁷ Corte giust. UE, grande sez., 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, in *www.eur-lex.europa.eu*: «Gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima».

³⁸ Il riferimento è agli artt. 2 §1 e 8 §4 dell'allora vigente decisione quadro 2001/220/GAI, oggi sostituita dalla direttiva 2012/29/UE.

³⁹ CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, cit., 350-351.

⁴⁰ Così, invece, Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, P., cit., 4641; Cass., Sez. III, 26 luglio 2019, P., cit.,

Anche a voler opinare diversamente, peraltro, il vincolo sovranazionale sarebbe riferibile esclusivamente all'ascolto in incidente probatorio della persona offesa. Nel caso di specie, viceversa, la richiesta aveva ad oggetto la testimonianza di un minore mero testimone di atti persecutori in danno della madre. Costui non potrebbe ritenersi offeso neppure invocando l'aggravante della c.d. violenza assistita (art. 61 c. 1 n. 11-*quinquies* c.p.), che, secondo un orientamento pretorio, fa assumere tale qualifica processuale al minore spettatore del reato⁴¹. La previsione riguarda infatti i soli «delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale», fra cui, per collocazione codicistica, non rientrano gli atti persecutori⁴².

5. *L'abnormità nei "casi limite"*. Esclusa la ricorribilità in cassazione nel caso di specie, ci si deve chiedere se residuino spazi per l'abnormità quantomeno nelle ipotesi- esaminate in altre occasioni dalla giurisprudenza di legittimità - in cui il rigetto della richiesta di incidente probatorio sia sorretto da ragioni diverse dalla manifesta irrilevanza o superfluità della prova, e non consentite dal paradigma legale *ex art. 392 c. 1-bis c.p.p.* È il caso del rigetto per rinviabilità della prova a dibattimento, o per l'inconsistenza degli elementi a carico dell'indagato e la mancata previa audizione investigativa della vittima⁴³.

In casi siffatti, il provvedimento si regge sull'«applicazione di una disposizione diversa da quella che si sarebbe dovuta applicare» (cfr. art. 392 c. 1 c.p.p.)⁴⁴, o addirittura su di un «presupposto giuridico ... insussistente»⁴⁵. Può dunque ritenersi che il potere di rigetto, pur riconosciuto dall'ordinamento (art. 398 c. 1 c.p.p.), sia esercitato al di fuori dei casi consentiti e al di là di oltre ogni ra-

3281.

⁴¹ Cass., Sez. III, 27 ottobre 2016, p.c. in proc. S., in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 dicembre 2016, con nota di CORTINOVIS, *Violenza in famiglia: anche chi "assiste" è persona offesa dal reato e legittimata a costituirsi parte civile*.

In termini problematici sulla legittimazione del minore alla proposizione di querela, TORLASCO, *Il minore che assiste alla violenza sessuale compiuta in danno della madre riveste la qualifica di persona offesa dal reato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2017.

In caso di maltrattamenti in famiglia, l'art. 572 u.c. c.p., inserito dalla L. n. 69/2019, attribuisce oggi espressamente la qualifica di persona offesa al minore spettatore del reato.

⁴² Si noti peraltro che la Convenzione di Istanbul contro la violenza domestica, nel sancire un obbligo di incriminazione dello *stalking* (art. 34), afferma nel Preambolo che «i bambini sono vittime di violenza domestica anche in quanto testimoni di violenze all'interno della famiglia». Stante la lata definizione convenzionale di violenza domestica (art. 3 §1 lett. b)), non sono da escludere future estensioni interpretative dello *status* di persona offesa al minore spettatore di atti persecutori.

⁴³ Si veda la giurisprudenza citata *supra*, nt. 15-16.

⁴⁴ Cass., Sez. III, 26 luglio 2019, P., cit., 3280.

⁴⁵ Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, P., cit., 4638.

gionevole limite.

Il che apre spazi per ritenere l'atto abnorme⁴⁶.

Del resto, l'abnormità del rigetto della richiesta di incidente probatorio per ragioni radicalmente estranee al paradigma legale era già stata predicata in dottrina, ancorché con riferimento a una fattispecie diversa: il riferimento è al rigetto della richiesta *ex art. 391 bis c. 11 c.p.p.*, motivato da ragioni di inopportunità investigativa⁴⁷.

L'abnormità può essere riconosciuta purché ci si accontenti, quale suo ulteriore elemento costitutivo, della contrarietà dell'atto ai principi generali del sistema - improntato alla cristallizzazione del contributo del dichiarante fragile nella sede incidentale - o al pregiudizio insanabile all'interesse protetto, rappresentato dal contrasto alla vittimizzazione secondaria⁴⁸ e dalla garanzia di genuinità della prova⁴⁹. Diversamente dovrebbe concludersi, invece, se si ritenesse sempre necessaria una stasi o un regresso procedimentale: il rigetto della richiesta di incidente probatorio, infatti, non determina alcuna stasi, alla luce della possibilità di disporre l'audizione investigativa del dichiarante e di acquisire la prova in giudizio⁵⁰.

⁴⁶ SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, in *Giur. it.*, 2020, 1, 207-208, secondo cui a tal fine sarebbe stato sufficiente valorizzare l'«eccentricità contenutistica» dell'atto, senza necessità di invocare il quadro sovranazionale a tutela della vittima.

Contra - con specifico riferimento all'ipotesi di rigetto di incidente probatorio atipico per rinviabilità della prova a dibattimento - Cass., sez. VI, 9 luglio 2020, C.C., in *Pluris*.

⁴⁷ BORTOLIN, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'indagine difensiva, ex art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 3, 1049; FOLLIERI, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, in *Cass. Pen.*, 2003, 9, 2711.

Contra Cass., Sez. III, 23 maggio 2002, Mondadori, in *Mass. Uff.*, n. 221973.

⁴⁸ In questi termini, Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, P., cit., 4641; Cass., Sez. III, 26 luglio 2019, P., cit., 3281.

In senso critico, F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio*, cit., 4651, secondo cui si tratterebbe di un pregiudizio meramente ipotetico.

⁴⁹ Del resto, secondo la giurisprudenza di legittimità, dalla mancata audizione in incidente probatorio del minore vittima di reati sessuali discende un onere di motivazione rafforzata sull'attendibilità della testimonianza resa in giudizio, in ragione del potenziale effetto inquinante del trascorrere del tempo (Cass., Sez. III, 16 luglio 2015, M., in *Mass. Uff.*, n. 264248).

⁵⁰ Cfr. Cass., Sez. IV, 2 febbraio 2021, pmt c. Orlandini, in *Mass. Uff.*, n. 280378. La pronuncia esclude l'abnormità del rigetto della richiesta di incidente probatorio successivo al suo già disposto accoglimento, giacché dal provvedimento non discende alcuna stasi, potendo il pubblico ministero proseguire le indagini.

L'abnormità del rigetto di richiesta di incidente probatorio *ex art. 70 c. 3 c.p.p.*, motivato sul difetto delle condizioni *ex art. 392 c. 2 c.p.p.*, è stata invece giustificata dalla giurisprudenza di legittimità proprio sul riscontro di una stasi procedimentale. Il pubblico ministero non potrebbe cioè altrimenti compiere atti investigativi richiedenti la partecipazione cosciente dell'indagato, pena il rischio di inutilizzabi-

6. *Conclusioni.* Il contrasto in atto – di cui è opportuna una composizione ad opera delle Sezioni Unite – sembra originare dal disagio, avvertito in parte della giurisprudenza di legittimità, per l’insindacabilità del rigetto della richiesta di incidente probatorio atipico. Si tratta di un riflesso della più generale opzione legislativa per l’inoppugnabilità dei provvedimenti sulla richiesta di incidente probatorio, al fine di «non sacrificare la speditezza» delle indagini preliminari e «non appesantire oltremodo una “parentesi istruttoria” che la *ratio* del sistema vuole quanto più possibile snella»⁵¹.

La scelta, quantomeno in caso di rigetto, può apparire meritevole di riconsiderazione ad opera del legislatore. In effetti, in sede di osservazioni al Progetto preliminare al nuovo codice di rito, il Consiglio superiore della magistratura aveva censurato la mancata previsione di un mezzo di impugnazione⁵², dovendosi valorizzare il «diritto ... di difendersi provando» e gli «effetti potenzialmente devastanti ... sul piano dell’accertamento» discendenti dalla mancata tempestiva assunzione della prova⁵³. Di qui, gli auspici per l’introduzione di un mezzo di impugnazione dalle cadenze celeri⁵⁴, eventualmente ispirato al reclamo *ex art.* 410 *bis* c.p.p.⁵⁵.

BARTOLOMEO ROMANELLI

lità (Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2019, P., in *Mass. Uff.*, n. 277445).

⁵¹ Cass., Sez. VI, 2 settembre 2020, P., cit.

⁵² *Parere del Consiglio superiore della magistratura*, in CONSO – GREVI – NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Padova, 1990, 928.

⁵³ Così MADDALENA, *L’incidente probatorio*, in *Profili del nuovo processo penale*, a cura di Garavoglia, Padova, 1988, 113.

⁵⁴ BORTOLIN, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell’ambito di un’indagine difensiva*, *ex art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, cit., 1046; CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, cit., 3297; FOLLIERI, *Inoppugnabile l’ordinanza che nega l’incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell’art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, cit., 2718; LA ROCCA, voce *Incidente probatorio*, cit., 290 ss.; SAU, *L’incidente probatorio*, cit., 242.

⁵⁵ F. MARCHETTI, *L’impugnabilità dell’ordinanza di rigetto dell’istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, cit., 30; ID., *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell’abnormità dell’ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio*, cit., 4656.

Secondo l’A., la soluzione sarebbe preferibile rispetto alla ricorribilità in cassazione per abnormità, anche onde evitare un ulteriore aggravio del carico giudiziario del giudice di legittimità.

Suggerisce invece un’impugnazione avanti al giudice del riesame BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso: ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*, Milano, 1994, 87.