

17521-24



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE PENALE

In caso di diffusione del
presente provvedimento
omettere le generalità e
gli altri dati identificativi,
a norma dell'art. 52
d.lgs. 196/03 in quanto:
 disposto d'ufficio
 a richiesta di parte
 imposto dalla legge

Composta da

Massimo Ricciarelli	- Presidente -	Sent. n. sez. 335
Anna Emilia Giordano		CC - 06/03/2024
Martino Rosati		R.G.N. 40719/2023
Fabrizio D'Arcangelo	- Relatore -	
Ombretta Di Giovine		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto dal

Pubblico Ministero presso il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto
nel procedimento a carico di _____, nato a _____

avverso l'ordinanza del 12 ottobre 2023 emessa dal Giudice per le indagini
preliminari del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Fabrizio D'Arcangelo;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Perla Lori,
che ha chiesto di annullare senza rinvio l'ordinanza impugnata;

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza impugnata il Giudice per le indagini preliminari del
Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto ha rigettato la richiesta di incidente
probatório presentata dal Pubblico Ministero, ai sensi dell'art. 392, comma 1-bis,

✓

cod. proc. pen., per l'escussione di un minore ritenuto vittima di maltrattamenti da parte del padre.

2. Il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto ricorre avverso tale ordinanza e ne chiede l'annullamento, deducendone l'abnormità.

2.1. Il Pubblico Ministero ricorrente premette che il Giudice per le indagini preliminari nel provvedimento impugnato ha rilevato che l'art. 392, comma 1-bis, cod. proc. pen., non configura un obbligo per il giudice di accogliere la richiesta di prova anticipata in ragione dei reati per i quali si procede e/o delle condizioni di vulnerabilità; tale disposizione, infatti, introdurrebbe esclusivamente una deroga alla disciplina dell'incidente probatorio limitata all'esclusione della rilevanza della non rinviabilità della prova alla fase dibattimentale, che, dunque, lascia immutato il potere di deliberazione del giudice in ordine a tutti gli ulteriori aspetti inerenti il merito della richiesta (come ritenuto da Sez. 6, n. 46109 del 28/10/2021, P., Rv. 282354 - 01).

Muovendo da tali premesse, il giudice ha rilevato che, nel caso di specie, le esigenze di salvaguardia dell'integrità psicofisica del minore (di appena quattro anni) imponevano di procedere ad attività investigative che prevedevano la sua diretta partecipazione solo a fronte di risultanze probatorie dotate di concretezza quanto alla conferma dell'assunto accusatorio.

2.2. Il Pubblico Ministero ricorrente, citando i principi affermati da un orientamento della giurisprudenza di legittimità (Sez. 3, n. 34091 del 16/05/2019, P., Rv. 277686 - 01, e Sez. 3, n. 47572 del 10/10/2019, P., Rv. 277736 - 01), deduce l'abnormità dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari che respinga la richiesta del pubblico ministero di incidente probatorio nel caso previsto dall'art. 392, comma 1-bis, cod. proc. pen.

Il provvedimento impugnato, infatti, sostanzialmente disapplicherebbe una regola generale di assunzione della prova, introdotta in ottemperanza agli obblighi dello Stato italiano derivanti dalle convenzioni internazionali, per evitare la c.d. vittimizzazione secondaria delle persone offese di reati sessuali.

Il Pubblico Ministero ricorrente censura, inoltre, il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, volto ad escludere qualsiasi automatismo e a ribadire la discrezionalità del giudice per le indagini preliminari nella deliberazione in ordine all'assunzione dell'incidente probatorio, in quanto l'art. 392, comma 1-bis, cod. proc. pen. esclude qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice circa l'opportunità di accogliere la richiesta.

L'unico organo dell'autorità giudiziaria che potrebbe compiutamente bilanciare i contrapposti interessi sarebbe, infatti, il pubblico ministero, che nelle indagini preliminari è «l'unico organo ad aver perfetta contezza del caso

concreto»; per converso, i bilanciamenti tra interessi costituzionalmente rilevanti operati dal giudice per le indagini preliminari sarebbero mutevoli e, comunque, non impugnabili.

Nel caso di specie, peraltro, non sarebbe ipotizzabile il ricorso ad alcun altro strumento investigativo (anche per effetto dell'intervenuta *discovery* dell'indagine) e, dunque, in assenza di escussione del minore, l'audizione dibattimentale concreterebbe il rischio di vittimizzazione secondaria che il legislatore intende scongiurare.

Il Pubblico Ministero ricorrente, in subordine, ha chiesto di rimettere la questione alle Sezioni unite in ragione del contrasto di giurisprudenza ravvisabile sul tema.

3. Con la requisitoria e le conclusioni scritte depositate in data 13 gennaio 2024, il Procuratore generale, Perla Lori, ha chiesto l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Ritiene la Corte che il ricorso debba essere dichiarato inammissibile, in quanto il motivo proposto è manifestamente infondato.

2. L'art. 392, comma 1-*bis* cod. proc. pen., contempla un'ipotesi di incidente probatorio ritenuto «speciale o atipico» (come rilevato anche da Corte Cost., sentenza n. 92 del 2018), in quanto, essendo svincolato dall'ordinario presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento, deroga rispetto agli ordinari presupposti che governano la formazione anticipata della prova rispetto a tale fase.

Tale disposizione, introdotta con la l. 15 febbraio 1996 n. 66, di contrasto alla violenza sessuale, e sostituita dalla l. 1 ottobre 2012 n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione firmata a Lanzarote nel 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, offre la possibilità alla persona sottoposta alle indagini e al pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, di chiedere l'assunzione della testimonianza della persona offesa minorenni, ovvero maggiorenne, che sia stata vittima di gravi reati, tra i quali il delitto di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 cod. pen., «anche al di fuori delle ipotesi del comma 1».

La disposizione in esame è stata integrata, da ultimo, dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che recepisce la direttiva 2012/29/UE, in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, consentendo l'audizione

della vittima mediante incidente probatorio, indipendentemente dal reato per cui si procede, qualora essa «vers[i] in condizione di particolare vulnerabilità».

Come emerge dai lavori parlamentari, il legislatore, nel conformarsi all'assetto normativo sovranazionale con l'introduzione dell'incidente probatorio speciale, ha inteso perseguire una duplice finalità: anzitutto, evitare la vittimizzazione secondaria, ovvero «quel processo che porta il testimone persona offesa a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto» (come definito da C. Cost., sentenza n. 92 del 2018); in secondo luogo, salvaguardare, per quanto possibile, la genuinità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, specialmente là dove queste rappresentino la principale prova d'accusa, atteso che l'assunzione delle stesse in un momento quanto più prossimo alla commissione del fatto costituisce anche una garanzia per l'imputato, perché lo tutela dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore.

3. Controversa è stata nella valutazione della giurisprudenza di legittimità la possibilità di considerare abnorme il provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari rigetta la richiesta di esame in incidente probatorio, ex art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., della persona offesa vulnerabile.

Una sentenza della Terza Sezione ha ritenuto abnorme l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari che, in ragione dell'assenza di motivi di urgenza che non consentano l'espletamento della prova nel dibattimento, respinge l'istanza del pubblico ministero di incidente probatorio presentata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. per l'assunzione della testimonianza della vittima di uno dei reati elencati dalla disposizione citata (che nella specie era quello di violenza sessuale), con ciò sostanzialmente disapplicando una regola generale di assunzione della prova, prevista in ottemperanza agli obblighi dello Stato derivanti dalle convenzioni internazionali per evitare la vittimizzazione secondaria delle persone offese di reati sessuali (Sez. 3, n. 34091 del 16/05/2019, P., Rv. 277686).

Il principio affermato da questa sentenza è stato ripreso da un'altra pronuncia della stessa Sezione che ha ritenuto parimenti abnorme il provvedimento di rigetto della richiesta di assunzione della testimonianza della persona offesa nelle forme dell'incidente probatorio ai sensi del citato art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. perché non preceduta dall'acquisizione di sommarie informazioni testimoniali rese da parte della medesima persona offesa (Sez. 3, n. 47572 del 10/10/2019, P., Rv. 277756).

Secondo tali pronunce l'art. 35 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, conclusa a Lanzarote, in data 25 ottobre 2007, e ratificata dall'Italia con la L. 1 ottobre 2012, n. 172, l'art. 18 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, firmata ad Istanbul, in data 11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con L. 23 giugno 2013, n. 77, gli artt. 18 e 20 della Direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime del reato e sostituisce la precedente Decisione-quadro 2001/220/GAI, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 imporrebbero l'obbligatoria assunzione dell'incidente probatorio al fine di salvaguardare l'integrità fisica psicologica del soggetto vulnerabile e di contenere il rischio di vittimizzazione secondaria legato alla reiterazione dell'atto istruttorio.

Entrambe le pronunce affermano, dunque, un vero e proprio obbligo del giudice di ammettere l'incidente probatorio finalizzato all'assunzione della deposizione di un soggetto vulnerabile richiesto ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. pen. pen., consentendogli di rigettare la relativa richiesta esclusivamente qualora rilevi il difetto dei presupposti normativamente configurati che legittimano l'anticipazione dell'atto istruttorio (e cioè che la richiesta provenga dal pubblico ministero o dall'indagato, venga presentata nel corso delle indagini preliminari per uno dei reati elencati dalla disposizione citata, che abbia ad oggetto la testimonianza di un minore ovvero di un maggiorenne, se si tratta della persona offesa del reato o di soggetto che versa in stato di particolare vulnerabilità) anche in assenza delle condizioni generali stabilite dal comma 1 dello stesso articolo.

Il giudice, nella fattispecie prevista dall'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., sarebbe titolare di un mero onere di verifica della legittimità della richiesta e, al contempo, privo di qualsiasi potere discrezionale di valutarne la fondatezza in riferimento agli ordinari indici di ammissione della prova previsti dall'art. 190, comma 1, cod. proc. pen.

4. Secondo l'orientamento prevalente e ormai largamente dominante nella giurisprudenza di legittimità, non è, invece, abnorme il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta, ex art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., di esame in incidente probatorio della persona offesa vulnerabile, trattandosi di provvedimento che non si pone al di fuori del sistema processuale, che rimette al potere discrezionale del giudice la decisione sulla fondatezza della istanza, né determina la stasi del procedimento (Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2021, P. Rv. 281878; Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2021, P., Rv. 281718; Sez. 6, n. 46109 del 28/10/2021, P., Rv. 282354 - 01; Sez. 4, n. 3982 del 21/01/2021, Prot. contro

Rv. 280378; Sez. 5, n. 2554 dell'11/12/2020, P., Rv. 280337; Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, P., Rv. 279604;).

5. Ritiene il Collegio di condividere quest'ultimo orientamento.

Non ricorrono, infatti, nella specie gli estremi strutturali o funzionali dell'atto abnorme; secondo l'elaborazione delle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, n. 7 del 26/04/1989, _____, Rv. 181303; Sez. U, n. 11 del 09/07/1997, _____, Rv. 208221; Sez. U, n. 17 del 10/12/1997, dep. 1998, _____, Rv. 209603; Sez. Un., 24/11/1999, dep. 2000, _____, Rv. 215094; Sez. U, n. 33 del 22/11/2000, _____, Rv. 217244; Sez. U, n. 4 del 31/01/2001, _____, Rv. 217760; Sez. Un., 31/5/2005 n. 22909, _____, Rv. 231163; Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, dep. 2008, P.M. in proc. _____, Rv. 238240; Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, P.M. in pr. _____ e altro, Rv. 243590; Sez. U, n. 21243 del 25/03/2010, P.G. in proc. _____, Rv. 246910; Sez. U, n. 40984 del 22/03/2018, _____, Rv. 273581) può, infatti, ritenersi abnorme il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite; il vizio di abnormità può riguardare sia il profilo strutturale, allorché l'atto si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, sia il profilo funzionale, quando esso, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo.

Alla luce di tali consolidate coordinate interpretative il provvedimento di rigetto dell'incidente probatorio richiesto ai sensi dell'art. 392, comma 1-bis, cod. proc. pen., risulta riconducibile ad uno schema tipico contemplato dalla legge processuale (e, segnatamente, dall'art. 398 cod. proc. pen.) ed il suo contenuto non diverge in maniera irragionevole dai limiti che la stessa pone al giudice; men che meno determina, poi, una stasi del procedimento e, dunque, non può essere considerato abnorme, costituendo l'estrinsecazione di un potere discrezionale del giudice che risulta inidoneo a paralizzare lo sviluppo processuale (*ex multis* Sez. 4, n. 2678 del 30/11/2000, dep. 2001, PM in proc. _____ e altri, Rv. 218480; Sez. 2, n. 47075 del 13/11/2003, _____, Rv. 227086).

Al fine della qualificazione dell'atto come abnorme, del resto, non può attribuirsi rilevanza all'interesse "terzo" della persona offesa, di per sé estraneo alla nozione della abnormità funzionale (Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2012, P. Rv. 281878) e strutturale.

Per il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio è, del resto, inoppugnabile (*ex multis* Sez. 5, n. 49030 del 17/07/2017 _____ e altri, Rv. 271776) e tale regola non subisce

eccezione solo perché l'incidente probatorio viene promosso ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., come questa Corte ha già avuto occasione di affermare (Sez. 3, n. 21930 del 13/03/2013, P.M. in proc. I Rv. 25548301).

Deve, dunque, ribadirsi che il provvedimento di rigetto dell'incidente probatorio non è impugnabile e non può considerarsi abnorme, nemmeno qualora la relativa richiesta sia stata proposta ai sensi ed ai fini di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.

6. L'interpretazione adottata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto in ordine all'esistenza di un sindacato discrezionale del giudice sull'ammissione dell'incidente probatorio di persona vulnerabile, del resto, è pienamente legittima.

La deroga introdotta dall'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. alla disciplina generale dell'ammissione dell'incidente probatorio attiene, infatti, esclusivamente all'irrelevanza in tale fattispecie del presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento e non già agli ulteriori profili della delibazione richiesta al giudice.

Nell'esercizio del suo 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, il giudice, al quale è rimessa la decisione sulla richiesta presentata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis* cod. proc. pen., è tenuto a vagliare, in un primo momento, i requisiti di ammissibilità della richiesta e, successivamente, la fondatezza della stessa; valutazione, quest'ultima, che egli compie, nella prospettiva della rilevanza della prova ai fini della decisione dibattimentale, sulla base sia delle argomentazioni adottate dalla parte istante (ex art. 393, comma 1, cod. proc. pen.), sia delle eventuali deduzioni presentate dalla parte avversa, in ragione del contraddittorio cartolare sviluppatosi sulla richiesta, quale diritto egualmente riconosciuto alle parti dall'art. 390, comma 1, cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, P., Rv. 279604).

7. Gli obblighi internazionali invocati dal Pubblico Ministero ricorrente, del resto, vincolano lo Stato italiano e il giudice quanto allo scopo di evitare la vittimizzazione secondaria del soggetto debole per effetto della reiterazione dell'atto istruttorio, ma non sanciscono l'obbligo incondizionato di assunzione delle dichiarazioni di tale soggetto nelle forme dell'incidente probatorio, escludendo ogni sindacato giudiziale sul punto.

L'art. 20, par. 1, della direttiva 2012/29/UE sancisce, infatti, che «atti salvati i diritti della difesa e nel rispetto della discrezionalità giudiziale, gli Stati membri

provvedono a che durante le indagini penali: a) l'audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia relativa al reato presso l'autorità competente».

Il diritto dell'Unione europea, come evidenziato anche dal considerando 58 di tale direttiva, pertanto, non elide ma anzi lascia espressamente integro l'ambito di discrezionalità del giudice nella decisione in ordine all'assunzione della prova nelle forme dell'incidente probatorio.

Proprio l'inevitabile assunzione dell'incidente probatorio potrebbe, del resto, risultare sproporzionata rispetto allo scopo legittimo di tutelare la personalità e la dignità del soggetto vulnerabile, ad esempio nei casi in cui la sua escussione si riveli irrilevante o superflua, perché la prova sia stata raggiunta *aliunde*, o perché le condizioni della vittima, per effetto della condotta delittuosa o di altra causa, sconsiglino l'immediata assunzione della testimonianza nella fase delle indagini.

Il diritto dell'Unione europea, dunque, riserva al giudice il bilanciamento tra contrapposti interessi, quali quello alla tutela della dignità e della personalità della vittima, all'accertamento processuale dei reati e alla tutela del diritto fondamentale di difesa della persona sottoposta ad indagini.

Tale bilanciamento deve prioritariamente tendere a scongiurare il rischio di vittimizzazione secondaria del soggetto vulnerabile chiamato a deporre, ma il perseguimento di tale fondamentale fine non fonda un obbligo di incondizionata assunzione dell'incidente probatorio.

8. L'assenza di un obbligo, in capo al giudice, di disporre l'assunzione delle prove dichiarative della persona offesa vulnerabile a seguito della presentazione di una richiesta di incidente probatorio formulata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. non è neppure censurabile sul piano costituzionale.

La scelta discrezionale del legislatore - legata alla necessità di speditezza della fase delle indagini e a quella di non «appesantire oltre modo una parentesi istruttoria che la *ratio* del sistema vuole quanto più possibile snella» - non si pone in contrasto con le fonti internazionali, dalle quali emerge esclusivamente «un interesse primario all'adozione di misure finalizzate alla limitazione delle audizioni della vittima» e non anche un «automatismo probatorio legato all'introduzione di un vero e proprio obbligo, in capo al giudice, di disporre l'assunzione delle prove dichiarative della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio» (Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, P., Rv. 279604).

La Corte costituzionale nella sentenza n. 529 del 2002, del resto, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della formulazione

originaria dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., in riferimento agli artt. 2 e 32 della Costituzione, nella parte in cui non prevedeva che si potesse procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di un minore di anni sedici, ha significativamente affermato che «tutela della personalità del minore e genuinità della prova sono certo interessi costituzionalmente garantiti: non lo è però lo specifico strumento, consistente nell'anticipazione, con incidente probatorio, delle testimonianze in questione».

Anche in tale prospettiva, dunque, il rilievo fondamentale accordato alla tutela della vittima vulnerabile non si traduce nella costituzionalizzazione dell'obbligo di procedere all'assunzione della prova nelle forme dell'incidente probatorio.

9. Una volta escluso che il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio, anche se formulata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., possa integrare un atto abnorme, le modalità concrete di esercizio della discrezionalità accordata da tale norma al giudice esulano dal sindacato di legittimità della Corte di cassazione.

10. Alla stregua dei rilievi che precedono il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

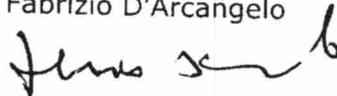
P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Così deciso in Roma, il 06/03/2024.

Il Consigliere estensore

Fabrizio D'Arcangelo



Il Presidente

Massimo Ricciarelli



Dispone, a norma dell'art. 52 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che sia apposta, a cura della cancelleria, sull'originale del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati in sentenza.

SEZIONE VI PENALE

02 MAG 2024

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Il Presidente

