



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI

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

10869-25

Margherita Cassano

- Presidente -

Sent. n. sez. 19

Giorgio Fidelbo

C.C. – 12/12/2024

Rosa Pezzullo

R.G.N. 7505/2024

Gastone Andreazza

Vincenzo Siani

Luigi Agostinacchio

Ercole Aprile

- Relatore -

Gabriella Cappello

Antonio Corbo

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto dal

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Termini Imerese

nel procedimento nei confronti di

Di Lieto Giovanni, nato a Londra (GB) il 21/09/1977

avverso l'ordinanza del 29/01/2024 del Giudice per le indagini preliminari del
Tribunale di Termini Imerese;

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal componente Ercole Aprile;

letta la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore
generale Gabriele Mazzotta, che ha concluso chiedendo l'annullamento senza
rinvio della ordinanza impugnata.

RITENUTO IN FATTO

1. Con istanza del 23 gennaio 2024 il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Termini Imerese chiedeva al Giudice per le indagini preliminari di quel Tribunale procedersi con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di Antonina Gangi, persona offesa nell'ambito del procedimento penale pendente a carico del di lei compagno convivente Giovanni Di Lieto, sottoposto ad indagini in relazione al reato di cui all'art. 572 cod. pen., per avere – in Roccapalumba, fino al 28 novembre 2023 – maltrattato la donna con continue violenze psicologiche e fisiche, anche nel periodo in cui la stessa si trovava in stato di gravidanza.

Il Pubblico ministero evidenziava come la richiesta dovesse considerarsi presentata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., in una situazione nella quale, in ragione del titolo del reato oggetto di quella indagine, la teste poteva essere qualificata come persona offesa in condizioni di vulnerabilità presunta per legge, sicché l'anticipazione della sua audizione le avrebbe evitato un "trauma da processo" e, allo stesso tempo, avrebbe garantito la genuinità della prova da acquisire. Aggiungeva come, nella fattispecie, l'ammissione dell'incidente probatorio fosse giustificata anche dalla "particolare vulnerabilità" della teste, in ragione del recente parto e delle conseguenti peculiari condizioni psicologiche.

2. Con ordinanza del 29 gennaio 2024 il Giudice per le indagini preliminari rigettava la richiesta. In linea generale argomentava che l'art. 329, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. non prevede per il giudice un "obbligo" di disporre l'incidente probatorio in tutti i casi ivi previsti; più in particolare osservava che la teste, di cui era stato chiesto l'esame anticipato, benché persona offesa del reato di cui all'art. 572 cod. pen., non poteva essere qualificata come persona in condizioni di vulnerabilità, in ragione: della sua maggiore età; del fatto che aveva già presentato plurime denunce contro l'indagato; dei plurimi riscontri della sua ultima deposizione accusatoria; delle dichiarazioni del padre della donna, il quale aveva riferito agli inquirenti che, dopo il parto, la figlia si trovava in buone condizioni fisiche.

3. Avverso tale ordinanza ha proposto ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Termini Imerese, deducendo la violazione di legge per avere il Giudice per le indagini preliminari disatteso la richiesta di incidente probatorio senza tenere conto della *ratio* giustificativa della disciplina di cui era stata domandata l'applicazione. La normativa, come confermato dal tenore delle disposizioni di fonte sovranazionale che regolano la materia, è ispirata al bisogno di favorire l'anticipazione della raccolta della prova testimoniale, per evitare il



rischio che la persona offesa vulnerabile possa subire le conseguenze di un fenomeno di "vittimizzazione secondaria". Risponde, inoltre, all'esigenza di garantire la genuinità della prova, la cui "qualità" verrebbe posta in discussione tanto dalla reiterazione quanto dalla dilazione nel tempo dell'escussione testimoniale di un soggetto fisicamente e psicologicamente "fragile".

La decisione di rigettare la richiesta di incidente probatorio – ad avviso del ricorrente – deve considerarsi abnorme, in quanto manifestazione di un potere discrezionale esercitato oltre ogni ragionevole limite. Il provvedimento impugnato è, dunque, viziato da una "carenza di potere in concreto": sia perché l'istanza è stata formulata per l'assunzione della testimonianza della persona offesa di uno degli specifici reati elencati nell'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., alla quale è riconosciuto *ex lege* uno *status* di vulnerabilità; sia perché, in un contesto di presunzione legislativa, nel quale si "annulla" ogni margine di discrezionalità, il Giudice per le indagini preliminari ha concentrato la motivazione sulla differibilità nel tempo della audizione della vittima del reato, omettendo di illustrare le ragioni della minusvalenza delle esigenze processuali di tutela della persona offesa e di garanzia della genuinità della prova dichiarativa.

4. Con ordinanza del 23 maggio 2024 la Sesta Sezione penale della Corte di cassazione, cui il ricorso è stato assegnato per competenza tabellare, lo ha rimesso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., rilevando come la questione oggetto dell'impugnazione abbia dato luogo, nella giurisprudenza di legittimità, ad un contrasto interpretativo.

4.1. Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, tendenzialmente maggioritario, il provvedimento con il quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa nei casi indicati dall'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., è legittimo, perché rientrando nella sfera del potere discrezionale spettante al giudice.

Le disposizioni di fonte sovranazionale che regolano la materia (art. 35 della Convenzione di Lanzarote del 2007, art. 18 della Convenzione di Istanbul del 2011, artt. 18 e 20 della Direttiva 2012/29/UE), dalle quali emerge l'esistenza dell'interesse primario all'adozione di misure finalizzate alla limitazione delle audizioni della vittima, non comportano nel processo penale alcun "automatismo" probatorio, né tanto meno un obbligo per il giudice di disporre l'assunzione della testimonianza della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio. Stabilire, in siffatte ipotesi, un "obbligo" per il giudice di ammissione dell'incidente probatorio, oltre che porsi in contrasto con il tenore letterale delle norme del codice di procedura penale, potrebbe finire per realizzare un effetto sproporzionato rispetto allo scopo di tutela del soggetto

vulnerabile: come avverrebbe laddove la prova da assumere dovesse risultare irrilevante o superflua, perché ad esempio il dato conoscitivo sia stato già raggiunto *aliunde*; oppure quando specifiche circostanze di fatto, legate, ad esempio, alle peculiari condizioni della vittima o alle caratteristiche della condotta delittuosa, consiglino l'anticipazione alla fase delle indagini dell'assunzione della testimonianza.

Sulla base di tali considerazioni si nega che l'ordinanza con la quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio per l'esame della persona offesa di uno dei reati sopra considerati, per essere stato escluso lo stato di vulnerabilità della vittima, possa essere qualificata come abnorme, in quanto provvedimento che non si pone al di fuori del sistema processuale e non determina una irrimediabile stasi del procedimento, ben potendo la indicata prova dichiarativa essere acquisita nel prosieguo del giudizio (in questo senso, tra le altre, Sez. 1, n. 46821 del 08/06/2023, Favia, Rv. 285455 - 01; Sez. 6, n. 46109 del 28/10/2021, P., Rv. 282354 - 01; Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2021, P., Rv. 281718 - 01; Sez. 5, n. 2554 del 11/12/2020, dep. 2021, P., Rv. 280337 - 01; Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, P., Rv. 279604 - 01).

4.2. Per l'orientamento giurisprudenziale contrapposto (al quale il Collegio, che ha adottato l'ordinanza di rimessione, ha dichiarato di aderire) le citate disposizioni di fonte sovranazionale, tutte finalizzate a scongiurare per le vittime di determinati reati il rischio di fenomeni di "vittimizzazione secondaria", impongono l'anticipazione nel tempo dell'audizione di quelle persone offese, di cui occorre salvaguardare l'integrità fisica e psicologica, altrimenti messa in pericolo da un indebito ritardo ovvero da una ripetizione degli ascolti nel corso del procedimento penale. Il giudice è, dunque, obbligato ad ammettere l'incidente probatorio finalizzato all'assunzione della testimonianza della persona offesa vulnerabile richiesto ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., potendo rigettare l'istanza solo in assenza degli ulteriori specifici presupposti normativi che legittimano l'anticipazione dell'atto istruttorio.

A tale conclusione è possibile pervenire sulla base dell'esegesi letterale della disposizione in argomento, caratterizzata, in particolare, dall'impiego della formula «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1»; nonché in ragione del fatto che, in tutte le disposizioni del codice di rito in materia di prova penale, sono sempre tenute distinte le facoltà di iniziativa spettanti alle parti processuali, espressione dell'esercizio di diritti potestativi, dai poteri valutativi e decisionali spettanti al giudice destinatario delle relative richieste.

In tali situazioni – si è concluso – è qualificabile in termini di "arbitrarietà" e, dunque, di abnormità l'ordinanza del giudice di rigetto della richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa, laddove tale



determinazione sia giustificata da concrete valutazioni in ordine alla vulnerabilità della vittima ovvero alla esistenza della urgenza dell'atto da compiere: il relativo provvedimento è considerato, talora, affetto da abnormità strutturale, in quanto emesso in assenza di un potere espressamente previsto dalla legge (in questo senso Sez. 3, n. 47572 del 10/10/2019, P., Rv. 277756 - 01; Sez. 3, n. 34091 del 16/05/2019, P., Rv. 277686 - 01), ovvero da abnormità funzionale, laddove la mancata esposizione delle ragioni che prevalgono sulle esigenze di tutela della vittima e della genuinità della prova finisca per risolversi in una arbitraria disapplicazione di quella speciale regola di assunzione della testimonianza (così Sez. 2, n. 29363 del 24/03/2023, P., Rv. 284962 - 01).

5. Con decreto del 15 luglio 2024 la Prima Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali.

Il procedimento è stato trattato nell'odierna udienza in camera di consiglio con le forme e con le modalità di cui all'art. 611 cod. proc. pen.

6. Con memoria del 20 novembre 2024 la Procura generale ha chiesto l'annullamento senza rinvio della ordinanza impugnata, sottolineando come, nel caso di specie, il provvedimento impugnato debba considerarsi adottato senza il rispetto dei limiti fissati dalla legge al potere di controllo decisionale spettante al giudice per le indagini preliminari: l'ordinanza è, perciò, riconducibile alla categoria dei provvedimenti viziati da abnormità, perché emessa al di fuori del sistema organico della legge processuale, con pregiudizio irreversibile delle opportunità di utile assunzione della prova, e, comunque, causa di una non consentita stasi processuale per alterazione dell'*ordo processus*.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto sulla quale le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi è la seguente:

"Se e a quali condizioni sia abnorme il provvedimento di rigetto della 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."

2. Nella ordinanza della Sesta Sezione penale di rimessione del ricorso sono state compiutamente passate in rassegna le ragioni che hanno determinato il contrasto giurisprudenziale che il Collegio è chiamato oggi a risolvere.



Il tema è sostanzialmente quello di quali siano i presupposti applicativi della disposizione dettata dall'art. 392, comma 1-*bis*, prima parte, cod. proc. pen., che – introdotta dall'art. 13, comma 1, legge 15 febbraio 1996, n. 66, e, in seguito, come vedremo, più volte modificata – nella versione attualmente vigente stabilisce che «nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1».

2.1. Per il primo dei due contrapposti indirizzi interpretativi, tendenzialmente maggioritario nella giurisprudenza di legittimità, il giudice non è obbligato ad ammettere la richiesta di assunzione della prova dichiarativa formulata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., in quanto la relativa disposizione non prevede alcuna forma di "automatismo" decisionale.

Non è sufficiente, per l'ammissione dell'incidente probatorio nel caso considerato, – si legge nella motivazione delle pronunce che hanno dato "corpo" a questa linea esegetica – che sia stata presentata una istanza di una delle parti legittimate, dovendo il giudice sempre effettuare una verifica tanto dei requisiti processuali di ammissibilità quanto della fondatezza della richiesta: controllo che offre sempre al decidente margini di discrezionalità nel contemperamento delle ragioni di tutela della dignità e della personalità della vittima con quelle connesse al diritto di difesa dell'imputato.

L'ordinanza con la quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio per l'esame della persona offesa di uno dei reati sopra considerati non può mai essere considerata viziata da abnormità, perché tale provvedimento non si pone al di fuori del sistema processuale e non determina una irrisolvibile stasi del procedimento, potendo la prova dichiarativa essere assunta anche nel prosieguo del giudizio: con la conseguenza che, per il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, va dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso una siffatta ordinanza di rigetto (in questo senso, tra le altre, Sez. 3, n. 29594 del 28/05/2021, P., Rv. 281718 - 01; Sez. 3, n. 37605 del 12/05/2021, P., Rv. 282274 - 01; Sez. 6, n. 24996 del 15/07/2020, P., Rv. 279604 - 01; Sez. 6, n. 20543 del 13/05/2020, C., non mass.; Sez. 3, n. 21930 del 13/03/2013, Bertolini, Rv. 255483 - 01; Sez. 4, n. 42520 del 07/10/2009, Antonelli, Rv. 245780 - 01; Sez. 3, n. 2926 del 14/12/2004, dep. 2005, Boccuti, Rv. 230818 - 01; Sez. 2, n. 47075 del 13/11/2003, Manzi, Rv. 227086 - 01; Sez. 4, n. 2678 del 30/11/2000, dep.



2001, D'Amiano, Rv. 218480 - 01; Sez. 3, n. 1454 del 20/04/1999, Inchingolo, Rv. 213988 - 01).

Tale impostazione è stata recepita anche da altre sentenze, con le quali si è sottolineato come una diversa opzione interpretativa non trovi conferma né «nel testo degli artt. 392 e 398 cod. proc. pen., che non pongono alcun limite all'apprezzamento del giudice per il caso che la richiesta di incidente probatorio venga proposta ai sensi del comma 1-*bis* del primo degli articoli richiamati»; e neppure nel complesso normativo convenzionale, volto esclusivamente a richiedere al legislatore dei singoli Stati una operazione di predisposizione, nei casi in cui deve procedersi all'audizione di un soggetto vulnerabile, di particolari forme di assunzione «tese a salvaguardare la sua integrità fisica psicologica e anche a contenere il rischio di vittimizzazione secondaria legato alla reiterazione dell'atto istruttorio». E', perciò, «una forzatura far discendere dallo stesso sistema normativo l'imposizione di un vero e proprio obbligo, in capo al giudice, di disporre l'assunzione delle dichiarazioni del minore o della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio e a prescindere da qualsiasi apprezzamento sulla rilevanza della prova» (Sez. 5, n. 2554 del 11/12/2020, dep. 2021, P., Rv. 280337 - 01).

D'altro canto – si è evidenziato – l'esegesi letterale della disposizione in argomento accredita l'opinione di chi ha negato che, nei casi indicati, vi sia una ineludibile necessità dell'assunzione anticipata della testimonianza della persona offesa vulnerabile, «poiché l'iniziativa stessa non è attribuita in termini di cogenza, ma è rimessa alla facoltà discrezionale» delle parti legittimate a richiederla: «[...] già nell'atto propulsivo si evidenzia una valutazione ponderata rimessa alle parti del procedimento, alla quale deve corrispondere un altrettanto discrezionale spazio valutativo del Gip in ordine all'esistenza dei presupposti e condizioni del richiesto istituto» (Sez. 3, n. 28494 del 21/02/2024, S., non mass.; conf. Sez. 1, n. 46821 del 08/06/2023, Favia, Rv. 285455 - 01).

Più di recente si è posto in luce che «la deroga introdotta dall'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. alla regola generale attiene [...] esclusivamente all'irrilevanza del presupposto della non rinviabilità della prova a dibattimento e non già agli ulteriori profili della deliberazione richiesta al giudice», al quale spetta, comunque, «vagliare, in un primo momento, i requisiti di ammissibilità della richiesta e, successivamente, la fondatezza dello stesso; valutazione, quest'ultima, che egli compie, nella prospettiva della rilevanza della prova ai fini della decisione dibattimentale, sulla base sia delle argomentazioni addotte 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. 396, comma

1, cod. proc. pen.». Del resto, «l'indefettibile assunzione dell'incidente probatorio potrebbe [...] risultare sproporzionata rispetto allo scopo 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 altre cause, sconsiglino l'immediata assunzione della testimonianza nella fase delle indagini» (Sez. 6, n. 17521 del 06/03/2024, P., Rv. 286473 - 01; in senso conforme, sia pur in relazione all'esame di una tematica complementare, Sez. 2, n. 8016 del 24/01/2024, Portelli, Rv. 285937 - 01).

Infine, si è puntualizzato che «la condizione di vulnerabilità non può essere automaticamente presunta per i soggetti passivi dei reati contro la libertà sessuale o la personalità individuale, tassativamente elencati dal legislatore nel comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen., occorrendo invece verificare in concreto, specie per i soggetti maggiorenni, l'impatto traumatico subito per effetto della condotta delittuosa posta in essere nei loro confronti che, ove ritenuto tale, potrebbe riflettersi sulla genuinità della stessa dichiarazione testimoniale in ragione del clamore mediatico che di norma è connesso al processo, così come del tempo inevitabilmente maggiore per la sua istaurazione e al conseguente maggior pericolo di inquinamento della fonte dichiarativa» (Sez. 3, n. 34234 del 21/03/2024, D., non mass.).

2.2. Per il contrario orientamento interpretativo, minoritario nella giurisprudenza della Cassazione, dalla disposizione *de qua* si evince l'esistenza di un obbligo del giudice di ammettere la prova dichiarativa della persona offesa: in presenza di una richiesta formulata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., è, dunque, abnorme il provvedimento con cui il giudice rigetti l'istanza, perché espressione di un potere astrattamente previsto dal codice di rito, ma in concreto estraneo al sistema processuale, in quanto manifestazione dell'esercizio arbitrario di un sindacato non consentito.

A tale conclusione si è pervenuti constatando come l'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. abbia introdotto una eccezione alle regole generali di assunzione della prova dichiarativa penale. Per l'assunzione della testimonianza della vittima di violenza sessuale, gli obblighi dello Stato italiano derivanti dalla adesione a varie convenzioni internazionali impongono di evitare la vittimizzazione secondaria delle persone offese di tali reati: sono, infatti, gli impegni assunti con la sottoscrizione di tali convenzioni che inducono a ritenere che l'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen. vada letto alla luce della *ratio* delle modifiche normative introdotte, nel tempo, nel codice di rito penale, con le quali si è inteso garantire una più marcata protezione della vittima di reati di violenza domestica e di genere, di condotte persecutorie, di gravi forme di aggressione della personalità e della



libertà che coinvolgono la sfera sessuale. La previsione della "obbligatorietà", in siffatte ipotesi, dell'incidente probatorio, derogando al criterio della rigida distinzione tra la fase delle indagini preliminari e la fase di giudizio, è finalizzata ad evitare alla vittima di «rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto»: ne consegue che il comma 1-*bis*, primo periodo, dell'art. 392 cod. proc. pen., secondo cui le parti possono richiedere al giudice per le indagini preliminari di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza del minorenne o della persona offesa maggiorenne «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1», esclude «qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice circa l'opportunità di accogliere la richiesta».

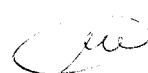
La disposizione in argomento – si è rimarcato – riflette la chiara intenzione del legislatore di evitare fenomeni di "vittimizzazione secondaria" derivanti dall'applicazione del principio di formazione della prova in dibattimento, in quanto «non sarebbe ragionevole invocare quest'ultimo valore, di carattere squisitamente processuale, per sacrificare il primo, di carattere sostanziale e giudicato *ex lege* preminente». Né conduce a una differente analisi la circostanza che la formulazione letterale della norma non stabilisca espressamente un obbligo del giudice di disporre l'incidente probatorio nei casi indicati dal comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen., limitandosi a prevedere una semplice facoltà di richiesta da parte dei soggetti legittimati: si tratta di disposizione che «disciplina una particolare ipotesi di richiesta di ammissione di prove e, dunque, si conforma al lessico di regola seguito da altre consimili disposizioni», quali gli artt. 190, 190-*bis*, 438, comma 5, 493, 603 cod. proc. pen., che evidenziano il diritto potestativo delle parti processuali e delineano espressamente i poteri di valutazione attribuiti al giudice [...].» Ne deriva che, in assenza di diversa statuizione normativa, vale il principio generale, sul quale è fondato l'ordinamento processuale, secondo cui, «fatta salva l'assenza delle condizioni previste dalla disciplina che consente il ricorso allo strumento anticipato di assunzione», il potere di valutazione del giudice è "limitato" con riferimento all'accertamento della vulnerabilità della vittima e della non rinviabilità della prova, essendo obbligato ad ammettere la prova richiesta purché essa non sia vietata dalla legge, manifestamente superflua o irrilevante.

Da tanto si è dedotto che è ricorribile per cassazione l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio ex art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., perché si tratta di provvedimento contrario alla «disciplina processuale attuativa degli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale» e che disapplica la regola di assunzione di quella specifica prova: «provvedimento reso al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite, e quindi, affetto da abnormità strutturale», vizio configurabile nelle situazioni per le

quali l'ordinamento non appresta alcun rimedio volto a rimuovere provvedimenti che siano frutto di sviamento di potere e che abbiano causato un pregiudizio insanabile alle parti interessate (Sez. 3, n. n. 34091 del 16/05/2019, P., Rv. 277686 - 01).

Seguendo la medesima impostazione si è sottolineata la necessità di garantire la tutela delle vittime vulnerabili, che rappresenta la *ratio* ispiratrice delle modifiche introdotte nel sistema dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, intitolata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere» (c.d. "Codice rosso"). Sono le disposizioni di fonte sovranazionale, che a più riprese si sono occupate del "rafforzamento degli strumenti processuali" previsti a protezione della vittima vulnerabile, chiamata a rilasciare dichiarazioni nel procedimento penale, a imporre, in presenza delle altre prescritte condizioni di accesso all'istituto, il ricorso, in via "automatica" e in base alla sola richiesta di parte, all'incidente probatorio per la raccolta della testimonianza di soggetti fragili, vittime di uno dei gravi reati appositamente indicati: persone offese il cui contributo dichiarativo va acquisito con l'unico "strumento processuale" che permette di garantire la genuinità della prova e, allo stesso tempo, di salvaguardare i dichiaranti "deboli" da fenomeni di vittimizzazione "secondaria" (Sez. 3, n. 47572 del 10/10/2019, P., Rv. 277756 - 01).

Da ultimo, si è precisato che il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio finalizzato all'assunzione delle dichiarazioni della parte lesa vulnerabile è affetto da abnormità funzionale per carenza di potere in concreto, nel caso in cui non esponga le cogenti ragioni che, nello specifico, prevalgono sulla esigenza di tutela della stessa vittima e della genuinità della prova. E' indubbio che, da un punto di vista funzionale, il rigetto di un'istanza di incidente probatorio in siffatte ipotesi non determina una stasi del processo, potendo la testimonianza essere raccolta nella successiva fase del dibattimento. E', altresì, incontestato che, da un punto di vista strutturale, il potere di rigettare l'incidente probatorio c.d. è espressamente conferito al giudice tanto nel caso di incidente probatorio di cui all'art. 392, comma 1, cod. proc. pen., quanto nell'ipotesi di cui al successivo comma 1-bis. E' incontrovertito, però, che un'abnormità per «carenza di potere "in concreto" è, comunque, riconoscibile nel caso dell'esercizio della discrezionalità «oltre ogni ragionevole limite», mediante l'adozione di un provvedimento «arbitrario, perché espressione di una discrezionalità concessa ed esistente, ma utilizzata senza il doveroso confronto con la *ratio* dell'istituto» (Sez. 2, n. 29363 del 24/03/2023, P., Rv. 284962 - 01).



3. La soluzione della questione posta all'odierna attenzione delle Sezioni Unite rende necessario premettere alcune considerazioni sul fenomeno di "stratificazione" normativa che, nel tempo, ha riguardato la disposizione in esame, in quanto oggetto di ripetute modifiche legislative.

3.1. Nella sua impostazione originaria, il codice di procedura penale del 1988 stabiliva una netta separazione tra la fase delle indagini preliminari, destinata a consentire al pubblico ministero di svolgere le indagini, acquisendo le fonti di prova necessarie per accertare la fondatezza della iniziale notizia di reato, e, dunque, per permettere al rappresentante della pubblica accusa di decidere se esercitare o meno l'azione penale; e la fase del giudizio dibattimentale, deputata alla verifica della fondatezza dell'ipotesi accusatoria "cristallizzata" nell'imputazione, mediante l'assunzione delle prove nel contraddittorio delle parti, dinanzi ad un giudice terzo. Il dibattimento, dunque, costituiva il momento esclusivo nel quale era prevista la formazione della prova penale, in ossequio ai principi di oralità, di concentrazione e di immediatezza, essendo, di regola, esclusa l'utilizzazione diretta dei risultati delle attività di investigazione svolte unilateralmente dalle parti nel corso della precedente fase delle indagini.

Tuttavia, quel sistema processuale riconosceva, in via eccezionale, la possibilità di anticipare nel tempo l'assunzione di una prova, stabilendo che nel corso della fase delle indagini preliminari (o durante l'udienza preliminare: v. Corte cost., sent. n. 77 del 1994) si potesse aprire una sorta di "parentesi", per consentire al giudice, su richiesta della parte, l'acquisizione di una prova che non sarebbe stato possibile assumere in un eventuale, successivo giudizio dibattimentale. La formazione della prova penale sarebbe avvenuta in forma "incidentale", nel rispetto dei criteri fondamentali del contraddittorio e dell'oralità, ma derogando a quello della immediatezza (perché il giudice della assunzione della prova sarebbe stato diverso da quello chiamato ad adottare, in seguito, la decisione finale di merito), esclusivamente in alcune specifiche situazioni, nelle quali fosse stata riconosciuta l'esistenza di una urgente indifferibilità dell'atto da compiere ovvero della non rinviabilità della relativa attività assuntiva. Tali ipotesi eccezionali, disciplinate tassativamente dalle disposizioni previste dalla lett. a) alla lett. g) dell'originaria versione del comma 1 dell'art. 392 cod. proc. pen. – alle quali si aggiungeva la peculiare fattispecie disciplinata dal comma 2 dello stesso articolo –, rispondevano al bisogno di assicurare, in via del tutto straordinaria, l'acquisizione anticipata di un "patrimonio informativo" altrimenti destinato a diventare, nel prosieguo, non più recuperabile.

Negli anni successivi al momento dell'entrata in vigore del codice di rito, una serie di ripetuti interventi legislativi ha in parte modificato i presupposti di operatività dell'istituto dell'incidente probatorio, ampliando le possibilità di impiego



di uno "strumento" processuale che, nella iniziale impostazione codicistica, avrebbe dovuto avere uno "spazio" assolutamente limitato. Tale istituto ha finito, così, per acquisire – come evidenziato negli studi dottrinali – una "polifunzionalità", e le modifiche della iniziale disciplina hanno aperto un dibattito in ordine alla compatibilità della nuova "veste" dell'incidente probatorio con gli originari criteri cardine di un impianto processuale, che si era immaginato ispirato alle regole del processo "*adversary*" dei paesi anglosassoni.

Il riferimento è a quelle novelle legislative che, in relazione a particolari tipologie di reato ovvero alla necessità di garantire una maggiore tutela a specifici interessi, hanno riconosciuto la possibilità di instaurare tale procedura incidentale, indipendentemente dalla esistenza di una obiettiva situazione di indifferibilità della assunzione della prova. Il quadro normativo scaturito da tali modifiche – che, invero, hanno "superato" i dubbi di costituzionalità a più riprese prospettati – presenta oggi i contorni di una certa disomogeneità: "disegnando" un contesto di certo composito, nel quale le distinte situazioni che legittimano l'ammissione dell'incidente probatorio finiscono per avere in comune l'esigenza, di volta in volta diversamente "declinata" dal legislatore, di anticipare l'assunzione di talune prove penali, esclusivamente in ragione della peculiare "natura" delle fonti informative, nella convinzione che un rinvio, nel tempo, della loro acquisizione potrebbe condizionare la "qualità" dei relativi risultati conoscitivi.

3.2. L'esame diacronico delle modifiche legislative che hanno interessato la disciplina dell'incidente probatorio con particolare riferimento ai casi di acquisizione delle dichiarazioni testimoniali di soggetti "fragili", restituisce l'idea di una ben definita "linea di tendenza": quella di riconoscere uno speciale "statuto" normativo per l'assunzione della testimonianza delle persone "vulnerabili", alle quali – in ragione della incidenza di molteplici fattori di carattere temporale, psicologico o relazionale, cui le stesse sono esposte – il legislatore ha inteso riservare speciali "meccanismi processuali" di ascolto, per tutelarne la "sfera" personale e, nello stesso tempo, per garantire la genuinità, e, dunque, l'affidabilità, del relativo apporto conoscitivo.

Nella sua iniziale versione, il comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen., introdotto dall'art. 13, comma 1, legge 15 febbraio 1996, n. 66, recante nuove "Norme contro la violenza sessuale", prevedeva, oltre a più estese forme di "*discovery*" degli atti di indagine e ad innovative modalità di audizione "protetta" (artt. 393, comma 2-*bis*, e 398, comma 5-*bis*, cod. proc. pen.), un "percorso privilegiato" per favorire l'anticipazione dell'assunzione della deposizione testimoniale del minore di sedici anni, nell'ambito dei procedimenti riguardanti i più gravi delitti di abuso sessuale. Venne, infatti, stabilito che l'acquisizione di quella prova sarebbe potuta avvenire «anche al di fuori delle ipotesi previste dal

comma 1» dello stesso art. 392 cod. proc. pen., dunque indipendentemente dalla ricorrenza di una delle situazioni che, in precedenza, avrebbero eccezionalmente potuto giustificare una assunzione anticipata della prova.

La portata operativa di tale disposizione è stata, in seguito, notevolmente ampliata. Dapprima è stato esteso il catalogo dei reati per i quali è possibile l'instaurazione di tale forma di incidente probatorio c.d. "speciale": così per effetto dell'art. 13, comma 3, legge 3 agosto 1998, n. 269, in materia di «Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori»; dell'art. 15, comma 7, legge 11 agosto 2003, n. 228, in materia di «Misure contro la tratta di persone»; dell'art. 14, comma 2, legge 6 febbraio 2006, n. 38, in materia di «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet»; dell'art. 9, comma 1, lett. b), d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, in materia di «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori»; ed ancora, dell'art. 5, comma 1, lett. g), legge 1° ottobre 2012, n. 172, in materia di «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».

Poi è stata prevista l'operatività di tali speciali regole di formazione della prova penale con riguardo ad una più larga categoria di testimoni, essendo state ritenute applicabili sia a tutti i minorenni (dunque, non solo agli infrasedicenni), sia alle persone offese maggiorenni, ma sempre in relazione a particolari tipologie di reati (così per effetto delle modifiche introdotte dal predetto art. 9 d.l. n. 38 del 2009).

L'ultima versione dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., derivante dalle ulteriori modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1, lett. h), legge 15 dicembre 2015, n. 212 (approvata dal Parlamento per dare attuazione alla 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 dec. quadro 2001/220/GAI), prevede, nel comma 1-*bis*, un ulteriore, secondo periodo, con cui si è voluta disciplinare la figura dell'incidente probatorio c.d. "atipico": in collegamento con il nuovo art. 90-*quater* cod. proc. pen., è stabilito che «In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza».

4. Ciò premesso in ordine ai parametri normativi di riferimento, le Sezioni Unite ritengono di dover aderire al secondo dei sopra illustrati orientamenti giurisprudenziali, sia pur con talune puntualizzazioni.

4.1. Un primo dato di inequivoco valore semantico è offerto dalla interpretazione letterale della disposizione dettata dall'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., nella parte in cui prevede che l'incidente probatorio c.d. "speciale", riguardante l'assunzione della testimonianza della persona offesa maggiorenne di uno dei reati compresi nell'elenco ivi contenuto, venga ammesso «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1».

La citata disposizione ha voluto escludere che il giudice, chiamato a decidere su una siffatta richiesta di incidente probatorio, sia tenuto ad effettuare verifiche in ordine alla indifferibilità della prova ovvero alla non rinviabilità della sua assunzione. La stretta connessione tra lo *status* di persona offesa in relazione ad uno dei reati ivi elencati, tutti attinenti alle più gravi forme di violenza sessuale, domestica e di genere, nonché la piena parificazione, ai fini che qui interessano, operata dal legislatore, del maggiorenne persona offesa di uno di quei delitti alla figura del minorenni (tanto persona offesa quanto mero teste), che l'ordinamento giuridico considera "per antonomasia" soggetto "fragile", sono elementi che inducono ragionevolmente a ritenere che quell'inciso («anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1») abbia il ben preciso significato di aver voluto indefettibilmente collegare il carattere della non rinviabilità della prova alla specifica qualifica posseduta da uno di quei soggetti vulnerabili.

In altri termini, la formula lessicale impiegata dal legislatore autorizza fondatamente a sostenere che il riconoscimento dello *status* di vittima vulnerabile, connesso alla tipologia del reato per il quale si procede, preclude al giudice la verifica concreta della indifferibilità dell'atto ovvero della non rinviabilità della assunzione della prova. Si tratta di un presupposto di ammissione dell'incidente probatorio che deve considerarsi oggetto di una presunzione *iuris et de iure*, sicché, in presenza della acclarata appartenenza del teste da ascoltare ad una di quelle "categorie protette", l'accertamento in concreto della esistenza del requisito della non rinviabilità deve considerarsi escluso per legge, non rientrando nello spettro del sindacato discrezionale spettante, in tali ipotesi, al giudice.

4.2. D'altro canto, è l'esito della "parallela" operazione di interpretazione logico-sistematica della disposizione *de qua* che conferma come, nelle situazioni esaminate, ai fini della decisione sulla richiesta di incidente probatorio il giudice non possa compiere alcuna verifica circa la effettiva esistenza del carattere di "vulnerabilità" della persona da ascoltare.

Il raffronto tra il testo del primo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen. e quello del già richiamato secondo periodo del medesimo comma, porta

legittimamente a ritenere che, solo nel caso regolato da tale secondo periodo, il giudice conservi un più ampio potere valutativo. Ed infatti, solamente in tale seconda situazione, quella riguardante l'incidente probatorio c.d. "atipico", il legislatore ha espressamente affidato al giudice il compito di accertare, seguendo i criteri dettati dall'art. 90-*quater* cod. proc. pen., se la persona offesa, di cui sia stato domandato l'esame in sede di incidente probatorio, si trovi in "condizioni di particolare vulnerabilità". In tale ipotesi, che evidentemente non può che riguardare i procedimenti penali aventi ad oggetto reati diversi da quelli elencati nel primo periodo del comma 1-*bis*, spetta al giudice appurare in concreto se sussista la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa (anche se minorenne), desumendola, «oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede», tenendo conto «se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato» (art. 90-*quater* cit.).

In buona sostanza, è la lettura dell'intero comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen., nella sua "composizione binaria", ad "illuminare" le ragioni della distinzione tra i casi in cui si procede per specifici gravi reati a sfondo sessuale ovvero espressione di violenza domestica o di genere, nei quali è prevista l'assunzione anticipata della testimonianza del minore o della persona offesa *tout court*, perché lo *status* di soggetto vulnerabile è presunto per legge; e tutti gli altri casi, relativi ad altri reati («In ogni caso», si legge nell'*incipit* del secondo periodo), nei quali la decisione sulla richiesta di anticipazione della assunzione della testimonianza della persona offesa impone una verifica in concreto, da parte del giudice, della sussistenza delle condizioni di particolare vulnerabilità del testimone.

La *voluntas legis* risulta, così, molto chiara: si è voluta introdurre, con quel secondo periodo, un'ulteriore ipotesi di incidente probatorio, nella quale al giudice è demandato un più ampio potere di controllo, da esercitare volta per volta, a differenza di quanto accade nell'ipotesi disciplinata dal primo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen., nella quale anche l'esistenza della condizione di vulnerabilità della persona offesa è considerata *in re ipsa*, cioè presunta per legge in ragione del titolo del reato per il quale si procede.

4.3. Elementi di segno contrario non sono desumibili dalla lettura di altre disposizioni codicistiche.

Non è condivisibile il tentativo di chi ha inteso valorizzare il testo dell'art. 398, comma 1, cod. proc. pen., che, nell'indicare gli epiloghi decisori del procedimento

incidentale instaurato con la richiesta di incidente probatorio, stabilisce che «il giudice pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio», senza distinguere tra le istanze formulate ai sensi del comma 1 e quelle presentate a mente del comma 1-*bis*, primo periodo, dell'art. 392 dello stesso codice.

E ciò perché, anche nel caso di richiesta di incidente probatorio finalizzata all'assunzione della testimonianza della persona offesa nei procedimenti elencati nel primo periodo del considerato comma 1-*bis*, il giudice conserva un potere di sindacato in ordine alla presenza di ulteriori requisiti di ammissibilità o di fondatezza della istanza, diversi da quelli oggetto delle due presunzioni legislative, dovendo, comunque, accertare che: la domanda sia stata formulata da una delle parti legittimate; sia stata proposta in una delle fasi in cui l'incidente è consentito; il procedimento abbia ad oggetto uno dei reati contenuti nell'elenco del predetto primo periodo del comma 1-*bis*; la persona di cui è stato chiesto l'esame testimoniale sia effettivamente un minorenne o la persona offesa maggiorenne; l'istanza sia stata avanzata nel rispetto delle ulteriori forme e dei termini regolati dal codice di rito.

Né conduce a differenti conclusioni il tenore della disposizione dell'art. 393, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui prescrive, in generale, quale dev'essere il contenuto della richiesta di incidente probatorio. Se risponde ad un'esigenza di coerenza sistematica l'aver prescritto che l'istanza debba indicare «la prova da assumere, i fatti che ne costituiscono l'oggetto e le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale» (lett. *a*), nonché «le persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova» (lett. *b*), va considerato, invece, frutto di un difetto di coordinamento legislativo l'aver lasciato, nel tempo, immutato il dettato originario della lett. *c*) (secondo cui nella istanza vanno pure precisate «le circostanze che, a norma dell'articolo 392, rendono la prova non rinviabile al dibattimento»), trattandosi all'evidenza di una prescrizione di cui – per le ragioni sopra tratteggiate – non è necessaria l'osservanza se la richiesta sia stata presentata ai sensi del comma 1-*bis*, primo periodo, dell'art. 392 cod. proc. pen.

D'altra parte, è ragionevole ritenere come resti, in ogni caso, ferma l'applicabilità della regola generale dettata, in materia di prova penale, dall'art. 190, comma 1, cod. proc. pen., per cui il giudice è sempre tenuto ad escludere, tra quelle richieste, «le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti». Si tratta di ipotesi che, come pure osservato in dottrina, al pari di quella concernente la valutazione della rilevanza della prova ai sensi dell'art. 393, comma 1, lett. *a*), cod. proc. pen., vanno considerate più "teoriche" che non "pratiche", laddove la richiesta di incidente probatorio sia presentata per

l'assunzione della testimonianza di un minore o della persona offesa di uno dei reati elencati nell'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen.: si tratta, invero, di situazioni processuali nelle quali è davvero difficile immaginare che quella prova dichiarativa possa risultare manifestamente superflua o irrilevante.

Nulla esclude, tuttavia, che, in applicazione di tali disposizioni, il giudice possa giungere a rigettare una richiesta di incidente probatorio, laddove l'esame testimoniale dovesse risultare in concreto del tutto inutile, perché, ad esempio, la prova dei fatti oggetto della deposizione sia stata raggiunta *aliunde*; oppure se l'esame dovesse essere risultare "non praticabile" per le particolari condizioni personali in cui si trova il dichiarante. In tali casi, però, il giudice che intende dichiarare inammissibile o rigettare la richiesta sarà tenuto a dare conto delle specifiche ragioni della sua decisione, assolvendo ad un onere di motivazione puntuale e specifica, per evitare il rischio che le sue determinazioni possano tradursi in una sostanziale elusione delle indicate presunzioni di legge.

In questo senso è possibile negare validità all'affermazione, contenuta in talune delle sopra esaminate sentenze della Corte, secondo cui la disciplina dell'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen. regolerebbe un "meccanismo caratterizzato da una forma di automatismo probatorio", perché il giudice sarebbe sempre, e comunque, obbligato a disporre l'assunzione della prova dichiarativa sulla base della sola richiesta di incidente probatorio: le argomentazioni innanzi esposte permettono più correttamente di qualificare la situazione in esame come una di quelle nelle quali la legge fissa solamente un "limite" ovvero un "condizionamento" all'esercizio del potere discrezionale del giudice penale.

4.4. Al contrario, appaiono condivisibili le conclusioni cui sono pervenute altre pronunce, nelle quali si è sostenuto che non è di ostacolo alla configurabilità della presunzione di legge circa l'esistenza dei due indicati requisiti per l'ammissione dell'incidente probatorio c.d. "speciale" la circostanza che l'assunzione anticipata della testimonianza della persona offesa vulnerabile sia, comunque, condizionata dalla necessaria presentazione della richiesta di una delle parti legittimate.

Non è affatto irragionevole ritenere che ad una facoltà discrezionale delle parti processuali interessate corrisponda un potere discrezionale "limitato" del giudice nel sindacare l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento di una istanza. Nel codice di procedura penale il "meccanismo" di formazione della prova penale presuppone sempre, salvo casi eccezionali, l'esercizio di un diritto potestativo spettante alle parti; inoltre, la disciplina codicistica conosce numerose situazioni nelle quali, ad una facoltà di iniziativa esercitabile discrezionalmente dalle parti, corrisponde un potere decisorio del giudice penale caratterizzato da una discrezionalità "limitata" ovvero "indirizzata" da specifiche prescrizioni legislative.



Proprio con riferimento alla materia in esame, non sono prive di significato le modifiche che il legislatore delle considerate novelle ha introdotto nell'art. 190-*bis* cod. proc. pen., con l'inserimento e la successiva modifica del comma 1-*bis*, che, nel testo oggi vigente, stabilisce che la disposizione del comma 1 dello stesso articolo «si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqües*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 609-*quinqües* e 609-*octies* del codice penale, se l'esame richiesto riguarda una testimone minore degli anni diciotto e, in ogni caso, quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità».

Pur in assenza di un'esatta corrispondenza con il catalogo dei reati previsto dall'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., va qui evidenziato come le limitazioni all'esercizio del diritto alla prova, introdotte con l'art. 190-*bis* cod. proc. pen., siano nella sostanza complementari alle ipotesi di ampliamento delle possibilità di impiego dell'incidente probatorio: entrambe le modifiche legislative rispondono alla medesima logica, che è quella di anticipare nel tempo l'acquisizione della prova per proteggere testi "deboli", prevedendo correlate forme di esercizio "guidato" del potere decisionale spettante al giudice.

5. L'opzione interpretativa che in questa sede si è inteso privilegiare risulta, inoltre, la più coerente con una esegesi costituzionalmente orientata della disposizione processuale in esame.

5.1. La Corte costituzionale – nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal pubblico ministero o dalla persona offesa dal reato, debba riguardare la persona minorenni che non sia anche persona offesa dal reato – ha espressamente chiarito come quella prevista dalla disposizione in argomento sia una presunzione legislativa di sussistenza della condizione di vulnerabilità, che avvince entrambe le categorie di soggetti, quella dei minorenni e quella delle persone offese di uno dei reati ivi elencati. Presunzione che si è ritenuta conforme a dati di esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*: la scelta di equiparare quelle due categorie di soggetti "fragili", quanto alla necessità dell'anticipazione dell'assunzione testimoniale, si è reputata conforme ai parametri della Carta fondamentale, perché compatibile con la sfera di discrezionalità riservata al legislatore nella conformazione degli istituti processuali in materia penale. Si è, così, sottolineato come tale presunzione, che si traduce in un'eccezionale deroga al principio processuale della immediatezza della prova penale (per cui, di norma, vi dovrebbe



essere una identità del giudice che acquisisce le prove e di quello che poi decide), sia strettamente connessa alla «presunzione di indifferibilità e di non rinviabilità dei contenuti testimoniali proprio in ragione della natura dei reati contestati e della condizione di vulnerabilità dei soggetti da audire».

La Corte costituzionale ha, dunque, ricordato che l'introduzione nel 1996 della nuova ipotesi di incidente probatorio deve considerarsi "speciale" «perché svincolat[a] dall'ordinario presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento» in quanto «rivolta soprattutto a tutelare la personalità del minore, consentendogli di uscire al più presto dal circuito processuale per aiutarlo a liberarsi più rapidamente dalle conseguenze psicologiche dell'esperienza vissuta»; e, nello stesso tempo, come essa sia «rivolta anche a garantire la genuinità della formazione della prova, atteso che l'assunzione di essa 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».

La piena parificazione dello *status* del minore con quello del maggiorenne persona offesa nei procedimenti penali aventi ad oggetto determinati reati è stata rimarcata dalla Consulta, lì dove si è efficacemente sottolineato come le ulteriori modifiche dell'art. 392, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., riguardanti «l'assunzione anticipata della prova testimoniale del minore e, più in generale, del soggetto vulnerabile», si siano inserite «in un più ampio sistema normativo, che testimonia nel suo complesso, anche in conseguenza dell'adozione di normative di fonte sovranazionale [...] lo spazio dato dall'ordinamento, anche con riguardo al processo penale, a «provvedimenti e misure tesi a garantire una risposta più efficace verso i reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, considerati di crescente allarme sociale, anche alla luce della maggiore sensibilità culturale e giuridica in materia di violenza contro le donne e i minori», cui si è associata «la volontà di approntare un sistema più efficace per sostenere le vittime, agevolandone il coinvolgimento nell'emersione e nell'accertamento delle condotte penalmente rilevanti» (Corte cost., sent. n. 14 del 2021; in senso sostanzialmente conforme, Corte cost., sent. n. 63 del 2005; Corte cost., ord. n. 108 del 2003; Corte cost., sent. n. 529 del 2002).

5.2. Eloquenti sono anche le ragioni poste dalla Corte costituzionale a base di una pronuncia avente ad oggetto una disposizione diversa da quella oggetto del quesito esaminato nel presente processo, ma ad essa collegabile.

Nel giudicare infondata una questione di legittimità riguardante l'art. 76, comma 4-*ter*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, (recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)»), nella parte in cui determina l'automatica ammissione al patrocinio a spese dello Stato della persona offesa dai reati indicati nella norma medesima (reati quasi del tutto

coincidenti con quelli elencati nel primo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen.), la Corte ha affermato che «l'eccezione introdotta dal legislatore non solo non sarebbe irragionevole, ma avrebbe una precisa motivazione, valutabile positivamente, e cioè quella di tutela di soggetti vulnerabili, prima o in dipendenza del crimine, che potrebbero, per tale stato, avere delle remore a denunciare e a difendersi nei procedimenti penali nei confronti dei loro aggressori». "Automatismo" che ha posto sullo stesso piano la persona offesa minorenni alla persona offesa maggiorenne dei reati elencati nel citato comma 1-*bis*, entrambe "beneficiarie" di una presunzione *iuris et de iure*, in base ad una scelta del legislatore che è stata considerata immune da censure di irragionevolezza, perché rispondente all'*id quod plerumque accidit* (Corte cost., sent. n. 1 del 2021).

5.3. E' doveroso aggiungere come il Giudice delle leggi abbia pure reiteratamente evidenziato che le scelte operate dal legislatore con l'introduzione della disciplina riservata alle forme "speciale" o "atipica" dell'incidente probatorio – che hanno finito per costituire, nella materia della prova penale, una sorta di "sub-sistema" dedicato all'assunzione della prova testimoniale del minorenni o del maggiorenne vulnerabile – non si pongono in contrasto con le garanzie difensive riconosciute dagli artt. 24 e 111 Cost. Tali opzioni legislative sono il frutto di un congruo bilanciamento di valori contrapposti: da un lato, quello connesso alla tutela della personalità del minore o della persona vulnerabile, obiettivo di sicuro rilievo costituzionale; «dall'altro, i valori coinvolti dal processo penale, quali quelli espressi dai principi, anch'essi di rilievo costituzionale, del contraddittorio e del diritto di difesa, in forza dei quali l'accusato deve essere posto in grado di confrontarsi in modo diretto con il materiale probatorio e, in specie, con le prove dichiarative» (Corte cost., sent. n. 92 del 2018; conf. Corte cost., sent. n. 14 del 2021; Corte cost., sent. 262 del 1998). Scelte legislative che sono state, pure, giudicate compatibili con i principi del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, poiché le nuove disposizioni codicistiche comportano, in via eccezionale, limitate ed accettabili deroghe al principio dell'immediatezza, perché contestualmente adottate con altre misure tese ad assicurare che il giudice chiamato a decidere abbia una piena conoscenza del materiale probatorio in precedenza acquisito (Corte cost., sent. n. 132 del 2019). Nella stessa linea si sono anche poste le pronunce di questa Corte che hanno escluso la non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale in relazione all'art. 6 CEDU delle disposizioni in materia di incidente probatorio "speciale" che prevedono l'impiego di particolari modalità protette per l'esame anticipato delle vittime vulnerabili e la non rinnovabilità della prova in dibattimento (cfr. Sez. 3, n. 10374 del 29/11/2019, dep. 2020, S., Rv. 278546 - 02; Sez. 3, n. 5808 del 04/12/2018, dep. 2019, F., Rv. 275788 - 01; Sez. 3, n. 47702 del 14/06/2018, M., Rv. 274947 - 01).

6. La soluzione interpretativa che si è ritenuta preferibile appare, inoltre, la più rispettosa dei risultati di una esegesi orientata al rispetto delle disposizioni in materia dettate dalle fonti normative sovranazionali.

Costituisce espressione di un consolidato orientamento, tanto della giurisprudenza costituzionale quanto di quella di legittimità, il principio per cui, anche nell'interpretazione delle norme processuali penali, il giudice è tenuto a verificare che il significato delle disposizioni dell'ordinamento interno sia conforme al tenore di quelle sovranazionali. Tale verifica deve avvenire innanzitutto qualora si tratti di norme del diritto dell'Unione europea non direttamente applicabili, ma dal contenuto sufficientemente dettagliato e puntuale, nella lettura che di esse sia stata data dalla Corte di giustizia, a condizione ovviamente che non vengano messi in discussione principi fondamentale dell'ordinamento costituzionale, né vengano determinati inaccettabili effetti applicativi *in malam partem* di natura sostanziale (in questo senso, nella giurisprudenza costituzionale, tra le altre, Corte cost., sent. n. 115 del 2018; e ord. n. 24 del 2017; e, nella giurisprudenza di legittimità, Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244191 - 01). Deve essere effettuata, inoltre, con riferimento a norme contenute in trattati e convenzioni internazionali in materia di tutela di diritti fondamentali, in specie a quelle presenti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, come noto, possiedono un "rango subcostituzionale", potendo costituire parametro interposto di legittimità costituzionale per il tramite dell'art. 117 Cost.: con l'effetto di imporre ai giudici nazionali l'impegno di uniformarsi ai vincoli derivanti dalle disposizioni della suddetta Convenzione (e alle indicazioni interpretative che alle stesse abbia dato la Corte europea dei diritti dell'uomo), purché ciò si traduca in un risultato interpretativo *secundum o praeter legem*, e mai *contra legem* (così, nella giurisprudenza costituzionale, tra le tante, Corte cost., sent. n. 45 del 2015; Corte cost. sent. n. 311 e n. 317 del 2009; Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007; e, nella giurisprudenza di legittimità, tra le altre, Sez. U, n. 13539 del 30/01/2020, Perroni, Rv. 278870 - 04; Sez. U, n. 27918 del 25/11/2010, dep. 2011, D.F., Rv. 250198 - 01, 250199 - 01).

6.1. In tale angolo di visuale, queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di porre l'accento sull'importanza che hanno avuto le plurime iniziative normative convenzionali ed eurounitarie in materia di protezione delle vittime vulnerabili nel conformare le scelte del legislatore nazionale e nell'indirizzare le prassi applicative della giurisprudenza. In particolare, nel chiarire che la formula «delitti commessi con violenza alla persona», presente nell'art. 408, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., debba essere letta come comprensiva anche dei reati di atti persecutori e di maltrattamenti contro familiari e conviventi (in quanto l'espressione "violenza alla

persona" va intesa alla luce del concetto di "violenza di genere", risultante dalle pertinenti disposizioni di diritto internazionale recepite e di diritto comunitario), si è sottolineato che «l'interesse per la tutela della vittima costituisce da epoca risalente tratto caratteristico dell'attività delle organizzazioni sovranazionali sia a carattere universale, come l'ONU, sia a carattere regionale, come il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, e gli strumenti in tali sedi elaborati svolgono un importante ruolo di sollecitazione e cogenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione» (Sez. U, n. 10959 del 29/01/2016, C., Rv. 265893 - 01, non mass. sul punto).

D'altro canto, la Corte costituzionale – come già accennato – ha posto in evidenza come la legislazione processuale penale nazionale si sia progressivamente arricchita per effetto di una serie di interventi normativi, con i quali si è «tenuto conto, tra l'altro, anche della necessità di uniformare l'ordinamento interno alle previsioni di norme sovranazionali attinenti, in modo specifico, alle modalità di assunzione della testimonianza del minore vittima di reati o, *amplius*, alla tutela del testimone "vulnerabile" [...] Previsioni di tal fatta si rinvencono, in specie, oltre che in talune Raccomandazioni, nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, ratificata e resa esecutiva con legge 1° ottobre 2012, n. 172 (artt. 30, 31 e 35), nonché, quanto al diritto dell'Unione europea, nella decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (artt. 2, paragrafo 2; 3, paragrafo 3; 8, paragrafi 3 e 4), e indi nella 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 (artt. 19, paragrafo 1; 22, paragrafo 4; 23)» (Corte cost., sent. n. 92 del 2018; conf. Corte cost., sent. n. 173 del 2024; Corte cost., sent. 197 del 2023; Corte cost., sent. n. 236 del 2018; e Corte cost., sent. n. 172 del 2014).

La risposta al quesito posto all'odierna attenzione delle Sezioni Unite non può prescindere, dunque, dalle "linee di indirizzo" riconoscibili nelle disposizioni di fonte sovranazionale che il legislatore nazionale ha, in più occasioni, dichiaratamente inteso "prendere a modello".

Al riguardo va ricordato come l'art. 35 della citata Convenzione di Lanzarote del 2007 stabilisce che «ogni Parte adotterà le misure legislative o di altra natura necessarie per garantire che: a) le audizioni del minore si svolgano senza ritardi ingiustificati dopo che i fatti sono stati segnalati alle autorità competenti; [...] e) il numero di tali audizioni sia il più possibile limitato a quanto è strettamente necessario ai fini del procedimento penale»; e come l'art. 18 della richiamata Convenzione di Istanbul del 2011 preveda che «le Parti adottano le misure

legislative o di altro tipo necessarie, conformemente al loro diritto interno, per garantire che esistano adeguati meccanismi di cooperazione efficace tra tutti gli organismi statali competenti, comprese le autorità giudiziarie [...] al fine di proteggere e sostenere le vittime e i testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione... [mirando] ...ad evitare la vittimizzazione secondaria».

Inoltre, gli artt. 18 e 20 della menzionata Direttiva 2012/29/UE prescrivono che «gli Stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze [tra l'altro provvedendo] a che durante le indagini penali: a) l'audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia relativa a un reato presso l'autorità competente; b) il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale».

6.2. La stretta correlazione tra le peculiari caratteristiche dell'incidente probatorio c.d. "speciale", disciplinato dall'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, cod. proc. pen., e la necessità di attuare nel processo penale un equilibrato bilanciamento tra interessi contrapposti "in gioco" – quello connesso alla tutela della personalità della persona vulnerabile e quello al rispetto delle garanzie difensive dell'imputato – permette, altresì, di riconoscere un evidente collegamento tra gli "approdi" della giurisprudenza costituzionale e le decisioni della giurisprudenza convenzionale, cui si deve il merito di avere arricchito l'elaborazione di quel concetto di vittimizzazione c.d. "secondaria", che ha poi trovato la sua "codificazione" nelle richiamate disposizioni della Direttiva 2012/29/UE.

Nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, il rischio della "vittimizzazione secondaria" della persona offesa, cui il diritto dell'Unione europea connette l'interesse alla protezione della vittima dal processo e dalle insidie emotive e psicologiche derivanti dall'impatto con la struttura istituzionale, si è tradotto nell'applicazione dell'art. 8 CEDU che riconosce il diritto al rispetto e alla vita privata anche nel processo penale.

In una lettura che accomuna il concetto della "vittimizzazione secondaria" a quello della vulnerabilità, la Corte di Strasburgo ha, infatti, ritenuto che il diritto previsto dall'art. 8 CEDU possa risultare in concreto violato, oltre che nei casi in cui l'iniziativa processuale sia stata lasciata alla decisione della persona offesa del reato o si sia realizzata una eccessiva esposizione, anche mediatica, della stessa, anche laddove nel processo vengano adottate forme e modalità di audizione che

non garantiscano una adeguata protezione della vittima (cfr., tra le altre, Corte EDU, 27/05/2021, J.L. c. Italia; Corte EDU, 09/02/2021, Affaire N.Ç. c. Turchia; Corte EDU, 14/05/2020, Mraovic c. Croazia; Corte EDU, 02/03/2017, Talpis c. Italia; Corte EDU, 28/05/2015, Y. c. Slovenia).

6.3. Infine, va segnalato come la Corte di giustizia delle Comunità Europee nel 2005 si sia già occupata direttamente della materia *de qua*. Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla interpretazione delle disposizioni dettate dagli artt. 2, 3 e 8 della dec. quadro del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (disposizioni che, come sopra si è evidenziato, sono state poi assorbite nella Direttiva 2012/29/UE) – nell'affrontare i riflessi di una vicenda riguardante un procedimento penale pendente in Italia, nel quale era stato chiesto l'incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza di un minore – la Corte di Lussemburgo ha inequivocabilmente chiarito che «la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle citate disposizioni della decisione quadro impone che un giudice nazionale abbia la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova, prevista nell'ordinamento di uno Stato membro, nonché le modalità particolari di deposizione pure previste, se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione di tali vittime e si impone al fine di impedire la perdita degli elementi di prova, di ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e di impedire le conseguenze pregiudizievoli, per le dette vittime, della loro deposizione in pubblica udienza» (Corte giustizia, 16/06/2005, Pupino).

7. Resta, ora, da risolvere l'ulteriore e complementare profilo, vale a dire se l'ordinanza del giudice di rigetto della 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., motivata con riferimento alla vulnerabilità della persona offesa o alla non rinviabilità della prova, sia impugnabile con ricorso per cassazione.

Poiché il codice di procedura penale non prevede espressamente la impugnabilità di un siffatto provvedimento, il quesito è più propriamente se una siffatta ordinanza possa essere qualificata come abnorme e, dunque, possa costituire oggetto di un ricorso per cassazione, che, come noto, è, a quelle condizioni, l'unico rimedio esperibile in deroga al principio della tassatività dei mezzi di impugnazione.

Le risposte su tale punto non sono univoche nelle sentenze dell'orientamento giurisprudenziale minoritario che riconosce la impugnabilità di tale ordinanza, essendo stato prospettato talora un vizio di abnormità strutturale (Sez. 3, n. n.

34091 del 16/05/2019, P., cit.), talaltra la configurabilità di un'abnormità funzionale (Sez. 2, n. 29363 del 24/03/2023, P., cit.).

La definizione delle varie forme di abnormità è stata caratterizzata, nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, da un processo di graduale "affinamento" dovuto alla natura "pretoria" dell'istituto, ma anche alla molteplicità delle situazioni processuali con riferimento alle quali si è posto il problema della sussistenza o meno di quel vizio in un provvedimento del giudice.

Il Collegio ritiene che non vi sia alcuna valida ragione per rimettere in discussione la soluzione interpretativa che le Sezioni Unite hanno delineato nelle loro ultime pronunce, nelle quali, pur con qualche adattamento giustificato dalla peculiarità delle varie fattispecie procedimentali di volta in volta esaminate, si è concluso nell'adottare le definizioni di seguito sintetizzate.

Si è sostenuto che l'abnormità è qualificabile come strutturale, laddove il provvedimento del giudice si ponga al di fuori del sistema processuale, in quanto espressione dell'esercizio di un potere non attribuito dall'ordinamento processuale, dunque adottato in una situazione di "carenza di potere in astratto"; ovvero quando esso sia manifestazione di un potere riconosciuto dall'ordinamento, ma esercitato al di fuori dei casi consentiti, in un contesto processuale del tutto diverso da quello previsto dalla legge, per cui sia riconoscibile una «radicale deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale», dunque una situazione di "carenza di potere in concreto; in entrambe le ipotesi, si tratta di provvedimento frutto di uno sviamento di potere, che integra gli estremi del vizio della abnormità se è causa di un pregiudizio altrimenti non sanabile in relazione ai diritti soggettivi o alle facoltà delle parti.

L'abnormità è qualificabile, invece, come funzionale, laddove il giudice abbia esercitato un potere riconosciuto dall'ordinamento, ma il provvedimento emesso comporti una stasi del procedimento ovvero un'impossibilità di proseguirlo: fattispecie che si verifica non tanto perché il provvedimento abbia comportato un regresso del procedimento ad un grado o ad una fase precedente (regresso che comporterebbe, di regola, la mera illegittimità del provvedimento, e, in assenza di espressa previsione legislativa, la non ricorribilità della relativa decisione), bensì unicamente quando esso imporrebbe al pubblico ministero il compimento di un atto nullo, come tale rilevabile nel corso del successivo procedimento; in altri termini, l'abnormità funzionale non sussiste laddove la decisione del giudice non comporti una irrimediabile stasi processuale, perché, indipendentemente dal fatto che vi sia stata o meno una indebita regressione del procedimento, le conseguenze del provvedimento "anomalo" finiscono per diventare "innocue", in quanto risolvibili per mezzo di successive "attività propulsive legittime" (Sez. U, n. 42603 del 13/07/2023, El Karti, Rv. 285213 - 02; Sez. U, n. 37502 del 28/04/2022,

Scarlini, Rv. 283552 - 01; Sez. U, n. 20569 del 18/01/2018, Ksouri, Rv. 272715 - 01; Sez. U, n. 25957 del 26/03/2009, Toni, Rv. 243590 - 01).

Seguendo tali indicazioni, è possibile affermare che l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nel catalogo di cui all'art. 392, comma 1-bis, primo periodo, cod. proc. pen. – laddove fondata su valutazioni che attengono alla vulnerabilità della persona offesa ovvero alla non rinviabilità dell'assunzione della prova – rientri nella categoria dei provvedimenti viziati da abnormità strutturale per "carenza del potere in concreto". Ed infatti, l'aver riconosciuto che quella disposizione, in ragione della speciale natura del reato per il quale si procede, prevede una presunzione *iuris et de iure* in ordine alla esistenza sia del requisito della vulnerabilità della persona offesa da esaminare sia di quello della non rinviabilità della assunzione della relativa prova testimoniale comporta che l'ordinanza di rigetto motivato nei termini sopra indicati debba considerarsi manifestazione dell'esercizio di un potere caratterizzato da una radicale "deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale".

Modello, questo, che, come si è visto, – al pari di quanto accade *"tout court"* per l'assunzione della testimonianza del minorenni, sempre nell'ambito di un procedimento penale riguardante uno dei reati inseriti nell'elenco più volte richiamato – trova la sua *ratio* nell'esigenza primaria e indefettibile di scongiurare fenomeni di vittimizzazione secondaria della persona offesa (o del teste minorenni) e di garantire la genuinità della prova da acquisire. L'adozione di una ordinanza motivata nei termini sopra specificati è causa di un pregiudizio altrimenti non sanabile per le situazioni soggettive delle parti interessate, perché quella prova dichiarativa resta in astratto assumibile nel prosieguo del giudizio, ma il mancato accesso all'incidente probatorio determina una compromissione di bisogni di tutela che il legislatore, con il riconoscimento di una loro assoluta prevalenza, ha posto a presidio della operatività dell'istituto speciale in esame.

8. Sulla base delle delineate argomentazioni, la questione oggetto di rimessione va risolta enunciando, a mente dell'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., il seguente principio di diritto:

"E' viziato da abnormità ed è, 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 all'art. 392, comma 1-bis, primo periodo, cod. proc. pen., motivato con riferimento alla insussistenza della vulnerabilità della persona offesa o della non rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti la cui esistenza è presunta per legge".

9. Alla stregua dell'innanzi esposto principio di diritto, è possibile esaminare la specifica vicenda procedimentale portata all'attenzione del Collegio

Il motivo del ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Termini Imerese è fondato.

Al di là dell'ininfluente riferimento operato dal Pubblico ministero ricorrente, tanto nell'originaria richiesta quanto nell'atto di impugnazione, alla disposizione prevista dalla seconda parte del comma 1-*bis* dell'art. 392 cod. proc. pen., il provvedimento impugnato va considerato viziato – per inosservanza della disposizione del primo periodo di tale comma 1-*bis* – da abnormità strutturale, per carenza di potere in concreto, perché espressione di una "deviazione" rispetto al "modello" previsto dalla legge: il Giudice per le indagini preliminari ha, infatti, rigettato la richiesta di ammissione di un incidente probatorio finalizzato alla assunzione della deposizione testimoniale di Antonina Gangi, compagna convivente dell'indagato e persona offesa del reato di maltrattamenti in famiglia, valorizzando dati fattuali asseritamente idonei a dimostrare la non vulnerabilità della vittima di quel delitto; tale decisione è stata adottata senza il rispetto della relativa presunzione di legge vigente in tale materia.

L'ordinanza gravata va, dunque, annullata senza rinvio con trasmissione degli atti al Giudice per le indagini preliminari di quel Tribunale per l'ulteriore corso.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata e dispone trasmettersi gli atti al Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Termini Imerese per l'ulteriore corso.

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

Così deciso il 12/12/2024.

Il Componente estensore

Ercole Aprile



La Presidente

Margherita Cassano



SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in cancelleria

Roma, il18 MAR. 2025

Il Funzionario Giudiziario

Rosa COZZOLINO

Rosa Cozzolino

