

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**5/2021**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresagastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighè, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

## L'IMPUGNABILITÀ DELL'ORDINANZA DI RIGETTO DELL'ISTANZA DI INCIDENTE PROBATORIO: UNA STORIA SOLO APPARENTEMENTE SEMPLICE

di Filippo Marchetti

*La tesi dell'inoppugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio, unanimemente accolta già nei primi anni di vigenza dell'attuale codice di procedura penale dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è stata di recente messa in discussione da alcune pronunce della III Sezione della Corte di cassazione. Il nuovo orientamento è stato, successivamente, in modo esplicito ed ex professo sconfessato dalla VI Sezione della stessa Corte di cassazione, con conseguente insorgenza di un contrasto giurisprudenziale. In attesa di un auspicabile intervento risolutore delle Sezioni Unite, il presente contributo, dopo aver ripercorso criticamente gli argomenti spesi da entrambi gli indirizzi interpretativi, si interroga circa l'adeguatezza del dato normativo di riferimento a soddisfare le attuali esigenze della giustizia penale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: tesi tradizionale e avanguardie giurisprudenziali. – 3. Le più recenti sentenze della Suprema Corte: la riproposizione dell'orientamento tradizionale. – 4. I termini del contrasto giurisprudenziale e l'improcrastinabilità di un intervento delle Sezioni Unite. – 5. Riflessioni conclusive.

### 1. Premessa.

Così come la storia narrata nell'ultimo romanzo di Leonardo Sciascia risulta, per scelta consapevole del suo autore, semplice solo nel titolo<sup>1</sup>, anche il quesito circa l'impugnabilità del provvedimento che abbia rigettato un'istanza di assunzione anticipata della prova risulta di agevole soluzione, alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale, soltanto in apparenza.

La tesi dell'inoppugnabilità, unanimemente condivisa fin dai primi anni di vigenza del codice di procedura penale del 1989, è stata, infatti, messa, di recente, in discussione da alcune pronunce della III Sezione della Suprema Corte<sup>2</sup>, in base alle quali,

<sup>1</sup> L. SCIASCIA, *Una storia semplice*, Adelphi, Milano, 1989.

<sup>2</sup> Si tratta di Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, P.M. in proc. V., in questa *Rivista*, 2020, fasc. n. 6, p. 209 ss., con commento di C. ARDIGÒ, [Verso una liberalizzazione dell'incidente probatorio, tra tutela della vittima vulnerabile e salvaguardia delle garanzie difensive](#); Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., *ivi*, 8 gennaio 2020, con nota di C. ARDIGÒ, [L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile](#):

invece, l'ordinanza di rigetto di una domanda di acquisizione della testimonianza della vittima minorenne con le forme dell'incidente probatorio *ex art. 392, comma 1-bis c.p.p.* dovrebbe, a determinate condizioni, considerarsi abnorme, e come tale soggetta a ricorso per cassazione.

A riprova della complessità – e, al tempo stesso, della rilevanza – della questione è accaduto, da ultimo, che l'innovativo orientamento, di cui si è detto, abbia incontrato opposizione e resistenza, all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, in altre decisioni nelle quali, ribadendo la fondatezza della tesi tradizionale, i giudici di Piazza Cavour hanno inteso prendere *ex professo* le distanze dagli stilemi interpretativi proposti dalla III Sezione<sup>3</sup>.

In attesa che il contrasto, oggi manifesto, trovi una qualche forma di composizione, appare non privo di interesse provare a definire i termini nei quali la problematica si pone.

## **2. L'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: tesi tradizionale e avanguardie giurisprudenziali.**

Per meglio comprendere i modi in cui si declina la contrapposizione dialettica poc'anzi accennata, è utile, anzitutto, ricordare come all'interno del codice di procedura penale non vi sia alcuna disposizione che si occupi esplicitamente dell'impugnabilità dei provvedimenti in tema di incidente probatorio; tale circostanza, letta alla luce del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 568 c.p.p., ha indotto la giurisprudenza, fin dai primi anni di vigenza del codice del 1989, a ritenere tali atti

---

[\*automatismi ed eccessi di tutela\*](#); cui si aggiunge, più di recente, Cass. Pen., sez. III, 27 maggio 2020, n. 17825, P.M. in proc. B., in *Dir. & Giust.*, 28 agosto 2020.

<sup>3</sup> Le pronunce che si inscrivono nell'orientamento giurisprudenziale indicato nel testo sono, nel momento in cui si scrive, tre: Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., in cui il pubblico ministero lamentava l'abnormità dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli che – argomentando a partire dall'inutilità della prova richiesta – aveva respinto l'istanza, presentata dallo stesso ricorrente nell'ambito di un procedimento per il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., volta all'anticipata escussione della figlia minorenne della persona offesa in qualità di testimone del fatto; Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., che scaturisce da analoga impugnazione proposta dalla parte pubblica, la quale chiedeva al Supremo Collegio di dichiarare abnorme il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari di Padova – sulla base di un giudizio prognostico sul modesto valore probatorio da attribuire al contributo testimoniale della minore, tenuto, altresì conto del pregiudizio derivante alla stessa dalla nuova audizione – aveva rigettato la richiesta di assunzione delle dichiarazioni della vittima ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. formulata nella fase preliminare dallo stesso ricorrente, nel contesto di un'indagine relativa al delitto di maltrattamenti in famiglia; e, infine, Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 2020, n. 20543, C., ove il difensore dell'accusato chiedeva la declaratoria di abnormità dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari di Roma che – facendo perno su due argomenti, rappresentati dall'avvenuto esercizio dell'azione penale nelle forme del giudizio immediato, da un lato, e dall'insussistenza di alcun pericolo di non rinviabilità della prova richiesta, dall'altro – aveva respinto l'istanza di acquisizione anticipata della testimonianza della persona offesa minorenne presentata dalla difesa nell'ambito di un procedimento per il reato di cui all'art. 572 c.p.

inoppugnabili<sup>4</sup>. Questo indirizzo interpretativo, sempre confermato nell'arco di quasi tre decenni – e accolto, sebbene *incidenter tantum*, anche dalle Sezioni Unite<sup>5</sup> – è stato fatto proprio anche dalla dottrina<sup>6</sup>, che, però, non ha mancato di sottolinearne le ricadute problematiche<sup>7</sup>, prospettando, altresì, in ottica *de iure condendo*, l'opportunità di un intervento di riforma volto all'introduzione di uno strumento di controllo dei provvedimenti pronunciati *ex art. 398 c.p.p.*<sup>8</sup>.

Come accennato in premessa, questo granitico schema di pensiero si è trovato, recentemente, a subire l'offensiva condotta da alcune pronunce della III Sezione della Corte di cassazione.

Al riguardo, va premesso come nelle vicende giudiziarie, alla base di tutte le decisioni in oggetto, venissero formulate delle richieste di incidente probatorio finalizzate alla raccolta delle dichiarazioni testimoniali di persone offese minorenni ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. Le relative domande venivano, tuttavia, rigettate dai giudici competenti, facendo perno su motivi del tutto estranei ai requisiti sostanziali e procedurali necessari, *ex artt. 392 e 393 c.p.p.*, per l'inesistenza dell'istituto in parola. A fronte, dunque, di provvedimenti di rigetto considerati, non a torto, arbitrari, la III Sezione ha ritenuto di poter superare, facendo perno sulla categoria dell'abnormità<sup>9</sup>, la

<sup>4</sup> Sul punto, fra le altre, Cass. Pen., sez. V, 17 luglio 2017, n. 49030, Palmieri e a., Rv. 271776; Cass. Pen., sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, P.M. in proc. Bertolini, Rv. 25548301.

<sup>5</sup> Cass. Pen., sez. Un., 6 novembre 1992, n. 17, Bernini, in *Cass. pen.*, 1993, n. 3, p. 520 ss.

<sup>6</sup> In tal senso, N.E. LA ROCCA, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. pen.*, Agg. VI, UTET, Torino, 2011, p. 302; C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, UTET, Torino, 2000, p. 230; P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforma ordinaria e riforme costituzionali*, CEDAM, Padova, 2000, p. 221; S. SAU, *L'incidente probatorio*, CEDAM, Padova, 2001, p. 239; L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini, Pisa, 2017, p. 199.

<sup>7</sup> Non v'è, infatti, chi non veda come, in relazione alle ipotesi di incidente probatorio legate ad un pericolo di dispersione della prova, l'insindacabilità del provvedimento che abbia, illegittimamente o ingiustamente, negato l'accesso alla parentesi istruttoria *ex art. 392 c.p.p.* possa pregiudicare, laddove detto *periculum* si concretizzi, la possibilità tanto di elaborazione dialettica del materiale istruttorio, quanto la completezza dell'accertamento. Si vedano, in proposito, le considerazioni di G. CONSO, *Sull'amministrazione della giustizia nel periodo 1° luglio 1989 – 30 giugno 1990*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 5, per il quale: «desta, poi, preoccupazione l'inoppugnabilità del provvedimento del giudice che respinge la richiesta di incidente probatorio: se si considerano gli effetti che ne possono derivare sul piano dell'accertamento della verità».

<sup>8</sup> Così, con diverse sfumature, M. BARGIS, *Le dichiarazioni di persone imputate in un procedimento connesso: ipotesi tipiche e modi di utilizzabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 87; N.E. LA ROCCA, voce *Incidente probatorio*, cit., p. 302; S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., p. 242.

<sup>9</sup> Al riguardo vale la pena ricordare come, nel corso degli anni, la tesi dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto di un'istanza di incidente probatorio sia stata, più volte, sottoposta allo scrutinio della Corte di cassazione, che, tuttavia, prima delle pronunce della III Sezione di cui si discute, non l'aveva mai fatta propria: v., in tal senso, Cass. Pen., sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212, Liuzzi e a., Rv. 260590; Cass. Pen., sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, P.M. in proc. Bertolini, cit.; Cass. Pen., sez. II, 7 aprile 2004, n. 18047, Gennai, in *Cass. pen.*, 2005, n. 9, p. 2636.

Per converso, una parte minoritaria della dottrina, facendo perno sulle caratteristiche speciali dell'incidente probatorio di cui all'art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p., ritiene possibile considerare abnorme l'ordinanza reiettiva dell'istanza volta all'escussione anticipata dei soggetti che si siano avvalsi, nel corso delle investigazioni difensive, della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni *ex art. 391-bis*, comma 3, lett. *d* c.p.p.: così C. BORTOLIN, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, n. 3, p. 1036 ss.

tesi dell'inoppugnabilità delle ordinanze reiettive *ex art.* 398 c.p.p.<sup>10</sup>.

Questo, in breve, il ragionamento dei giudici di Piazza Cavour<sup>11</sup>. Il primo passaggio è rappresentato da una singolare lettura delle fonti sovranazionali che si occupano della protezione della vittima minorenni che debba rilasciare dichiarazioni all'interno del procedimento penale, fra le quali vengono ricordate: la Direttiva 2012/29/UE, in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, adottata in data 25 ottobre 2012; la Convenzione di Istanbul, relativa alla prevenzione e alla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, e ratificata dall'Italia con l. 27 giugno 2013, n. 77; nonché, infine, la Convenzione di Lanzarote, dedicata alla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, ratificata dallo Stato italiano con la l. 1° ottobre 2012, n. 172<sup>12</sup>.

In questo senso, si è sostenuto che gli atti testé menzionati suggerirebbero – ove sussistano le prescritte condizioni di accesso, di cui si dirà fra breve – di fare ricorso sempre, ossia in via automatica in base alla sola richiesta di parte, all'incidente probatorio per la raccolta della testimonianza di soggetti fragili, e in particolar modo del minore persona offesa dei gravi reati indicati nel primo periodo dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.: conclusione, quest'ultima, che troverebbe conferma, nella prospettiva in commento, nella circostanza che alla fattispecie contenuta nell'articolo da ultimo citato – introdotta dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, e più volte oggetto di interpolazioni nel corso degli anni<sup>13</sup> – è stato attribuito, oltre che lo scopo di salvaguardare la genuinità della prova, anche, e soprattutto, il fine di salvaguardare i dichiaranti deboli da fenomeni di c.d. vittimizzazione secondaria<sup>14</sup>, in attuazione delle carte sovranazionali poc'anzi ricordate<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, P.M. in proc. V., cit., p. 209 ss.; Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., cit.

<sup>11</sup> Per un'analisi dettagliata di tali pronunce si rinvia agli approfondimenti di C. ARDIGÒ, [Verso una liberalizzazione dell'incidente probatorio](#), cit., p. 209 ss.; A. CIAVOLA, *Incidente probatorio e processo di parti*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 9, p. 3282 ss.; L. SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, in *Giur. it.*, 2020, c. 201 ss. Nonché, volendo, a F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 12, p. 4642 ss.

<sup>12</sup> Non potendo, in questa sede, soffermarsi dettagliatamente sugli atti sovranazionali indicati sia consentito rinviare, fra gli altri, a F. CASSIBBA, [Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti deboli](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2014; S. MARTELLI, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: uno sguardo di insieme*, in L. LUPÀRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, CEDAM, Padova, 2015, p. 31 ss.; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014, p. 37 ss.

<sup>13</sup> Per una puntuale analisi delle modifiche apportate all'istituto in parola v. P. RENON, *Commento all'art. 392 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., CEDAM, Padova, 2020, p. 1848 ss.

<sup>14</sup> Al riguardo è noto che si parla di vittimizzazione secondaria con riferimento a quel fenomeno che, per quel che qui interessa, porta la persona offesa a «rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto» (così C. cost., sent., 21 febbraio 2018, n. 92, in *Giur. cost.*, 2018, n. 2, p. 812 ss., con osservazioni di C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*) quale conseguenza della necessità di rievocare quest'ultimo in sede di deposizione nel procedimento penale.

<sup>15</sup> Sulle caratteristiche che fanno dell'incidente probatorio il "luogo" privilegiato per l'assunzione dei contributi dichiarativi dalle fonti deboli, anche alla luce delle indicazioni sovranazionali, si rinvia agli

Il secondo argomento su cui ruota la tesi in esame riguarda, invece, un dato strutturale, ossia il margine di discrezionalità concesso al giudice nella deliberazione della richiesta *ex art.* 398 c.p.p. Al riguardo i giudici di Piazza Cavour, nell'ambito dell'orientamento in parola, hanno rilevato che l'articolo da ultimo citato, insieme con l'art. 393 c.p.p., elenca in modo tassativo i casi e i modi in cui è consentito l'accesso alla parentesi istruttoria dedicata all'assunzione anticipata della testimonianza del minore. In questa prospettiva, bandita ogni operazione valutativa a carattere discrezionale, l'unico vaglio consentito al giudice dovrebbe riguardare, oltre che l'accertamento dei requisiti contenutistici dell'istanza a norma dell'art. 393 commi 1 e 2 c.p.p., il mero apprezzamento della sussistenza dei presupposti sostanziali, «vale a dire: che l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato (pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini); il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare [...]; si stia procedendo per [uno dei reati indicati nell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.]; la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età (anche se non trattasi di persona offesa) ovvero la persona offesa maggiorenne»<sup>16</sup>. Cui si aggiunge, in omaggio ai principi generali in materia di prova, una valutazione in termini di legalità, non manifesta superfluità o irrilevanza della prova da acquisire<sup>17</sup>.

Sulla scorta di tali osservazioni, la Corte ha poi affrontato un'ulteriore e conclusiva tappa dell'*iter* argomentativo prescelto, rappresentata dalla verifica in ordine alla possibilità di qualificare *abnorme*, e come tale soggetta a ricorso per cassazione in deroga al canone scolpito nell'art. 568 c.p.p., l'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio *ex art.* 392, comma 1-*bis* c.p.p.

Al riguardo giova rammentare come l'*abnormità* sia una categoria di origine pretoria, elaborata al fine di consentire l'espunzione, attraverso il ricorso per cassazione, di provvedimenti imprevedibili, e come tali non impugnabili in via ordinaria, che, per singolarità o stranezza del loro contenuto, risultino avulsi dall'intero ordinamento processuale, ovvero che, pur essendo in astratto manifestazione di un legittimo potere, siano adottati fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite<sup>18</sup>.

approfondimenti di L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 59 ss.; M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minore nell'incidente probatorio*, in C. CESARI (a cura di), *Il minore fonte di prova nel processo penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 155 ss.; G. GIOSTRA, *Profili giuridici della testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Testimoni e testimonianze "deboli"*, CEDAM, Padova, 2006, p. 142 ss.; F. TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, CEDAM, Padova, 2017, p. 255 ss.

<sup>16</sup> Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., cit., *Considerato in diritto* § 2.

<sup>17</sup> Così Cass. Pen., sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, P.M. in proc. S., cit., *Considerato in diritto* § 2. In tal senso, in dottrina, M. BARGIS, voce *Incidente probatorio*, in *Dig. pen.*, VI, UTET, Torino, 1992, p. 353; V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 38.

<sup>18</sup> Per tale definizione di *abnormità* v. Cass. Pen., sez. Un., 22 marzo 2018, n. 40984, Gianforte, in *Dir. pen. cont.*, 3 ottobre 2018, con nota di D. ALBANESE, [Imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione: per le Sezioni Unite l'atto è abnorme e anche l'indagato può proporre ricorso per cassazione](#); Cass. Pen. sez. Un., 18 gennaio 2018, n. 20569, P.M. in proc. Ksouri, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 9, p. 1165 ss., con

Va altresì precisato che l'elaborazione giurisprudenziale sul punto, portata avanti, per la maggior parte, dalle sentenze delle Sezioni Unite, ha permesso l'identificazione di due profili dell'abnormità: uno strutturale, l'altro funzionale<sup>19</sup>. Il primo riguarda l'atto che, giusto il carattere singolare della sua parte dispositiva, si pone fuori dal sistema della legge processuale; mentre il secondo attiene ad un provvedimento che, pur non estraneo al complesso organico delle norme processuali, determina una stasi del procedimento e l'impossibilità di proseguirlo, ovvero una sua indebita regressione<sup>20</sup>.

Tanto premesso, i giudici di Piazza Cavour hanno argomentato che, nei casi sottoposti al loro scrutinio, il potere di rigettare l'istanza *ex art. 392 comma 1-bis c.p.p.*, pur essendo astrattamente previsto dall'ordinamento, veniva, in concreto, utilizzato fuori dei casi e delle ipotesi dettate dalle legge, e al di là di ogni ragionevole limite, in quanto fondato su presupposti «insussistent[i] ed apoditticamente affermat[i]»<sup>21</sup>. Tale rigetto arbitrario, impedendo l'accesso alla parentesi istruttoria (con la conseguente moltiplicazione delle audizioni della vittima-minorenne), sarebbe in grado, nell'impostazione fatta propria dalla III Sezione, di innescare «quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, così, da un lato recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e, dall'altro lato, esponendo lo Stato a possibile responsabilità per violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione Europea»<sup>22</sup>. Di qui la diagnosi di abnormità strutturale.

### 3. Le più recenti sentenze della Suprema Corte: la riproposizione dell'orientamento

---

commento di M. CECCHI, *Non è abnorme il provvedimento che invita il P.M. a (ri)valutare l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*; Cass. Pen. sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, in *Cass. pen.*, 2009, n. 12, p. 4551 ss., con nota di G. TODARO, *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*; Cass. Pen., sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, P.M. in proc. Battistella, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, n. 1, p. 409 ss., con osservazioni di G. LOZZI, *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*.

<sup>19</sup> La bipartizione segnalata nel testo, utile dal punto di vista descrittivo, non consente comunque di ritenere che esistano due tipologie distinte di abnormità, la quale mantiene il proprio carattere unitario e legato a «uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento»: Cass. Pen., sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, cit., p. 4551 ss.

<sup>20</sup> Per approfondimenti sulla tematica dell'abnormità, si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, agli studi di A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, UTET, Torino, 2011, *passim*; A. CAPONE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, n. 1, p. 68 ss.; E.M. CATALANO, *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 2016, n. 1, p. 113 ss.; C. IASEVOLI, *Il sistema delle impugnazioni e il provvedimento abnorme*, in G. CANZIO – R. BRICCHETTI (a cura di), *Le impugnazioni penali. Fra legislatore e giudici*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 23 ss.; G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, CEDAM, Padova, 2003, *passim*.

<sup>21</sup> Cass. Pen., sez. III, 27 maggio 2020, n. 17825, P.M. in proc. B., cit., *Considerato in diritto* § 2.

<sup>22</sup> Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, P.M. in proc. V., cit., *Considerato in diritto* § 5.2.



**tradizionale.**

Ora, benché la soluzione poc'anzi tratteggiata non avesse mancato di suscitare riflessioni critiche in dottrina<sup>23</sup>, la tendenza della giurisprudenza a fare largo uso della categoria dell'abnormità<sup>24</sup> rendeva, però, ragionevole aspettarsi un consolidamento di questo schema di pensiero<sup>25</sup>, tanto che non è parso a taluno fuori luogo interrogarsi circa la possibilità di adoperare i nuovi stilemi interpretativi anche con riferimento a ipotesi di incidente probatorio ulteriori e diverse rispetto a quella di cui all'art. 392, comma 1-bis c.p.p.<sup>26</sup>: il pronostico non si è, tuttavia, avverato.

Anzi, la reazione è stata, come già accennato, di tutt'altro segno. In questa prospettiva, risultano di particolare interesse tre pronunce molto recenti della Cassazione dal contenuto per lo più sovrapponibile, le quali giungono a riaffermare l'orientamento tradizionale attraverso una esplicita e puntuale confutazione degli argomenti spesi dall'indirizzo innovativo prima ricordato a sostegno della abnormità e, quindi, della ricorribilità del provvedimento di cui all'art. 398 c.p.p.

La prima critica mossa rispetto alla nuova tendenza si appunta sulla diagnosi di abnormità. In questo senso, dopo un breve richiamo all'elaborazione delle Sezioni Unite sul punto, si osserva come l'ordinanza reiettiva l'istanza di assunzione anticipata della testimonianza della vittima minorene *ex art. 392, comma 1-bis c.p.p.*<sup>27</sup>, per quanto non

<sup>23</sup> Al riguardo si vedano le riflessioni di C. ARDIGÒ, [Verso una liberalizzazione dell'incidente probatorio](#), cit., p. 209 ss.; R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Quest. giust.*, 5 febbraio 2021; L. SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme*, cit., c. 201 ss.

<sup>24</sup> Sul punto, A. CAPONE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., p. 68; nonché E.M. CATALANO, *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, p. 116, la quale ricorda che «l'abnormità da ipotesi isolata è divenuta semmai l'archetipo di una serie di istituti, di quelle figure aperte all'integrazione giurisprudenziale e di quelle soluzioni ermeneutiche ardite che trovano una diffusione sempre più capillare».

<sup>25</sup> La prognosi traeva, altresì, linfa dalla circostanza che, in almeno un'occasione, la tesi dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio veniva applicata dalla Corte anche con riferimento a un'ipotesi in cui veniva in rilievo una figura di incidente diversa dalla diretta all'assunzione anticipata della testimonianza della vittima *ex art. 392, comma 1-bis c.p.p.* Ci si riferisce, in particolare, a Cass. Pen., sez. VI, 10 luglio 2019, n. 51134, P.M. in proc. P., Rv. 277445, in cui i supremi giudici hanno ritenuto affetto da abnormità funzionale il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari aveva rigettato l'istanza di assunzione, attraverso le forme dell'incidente istruttorio, di una perizia volta ad accertare la capacità dell'indagata di partecipare coscientemente al procedimento *ex art. 70 c.p.p.*

<sup>26</sup> In questo senso, si è ipotizzato di ritenere estensibile i *dicta* della III Sezione a quelle ipotesi di incidente probatorio nelle quali al giudice sono concessi minori margini di discrezionalità valutativa, ovvero, in via esemplificativa, ai casi previsti dall'art. 392, comma 1, lett. c, d, e comma 2, limitatamente alla perizia *ex art. 224-bis c.p.p.*, nonché dall'art. 391-bis, comma 11 c.p.p. Al riguardo, volendo, F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4651 ss.

Nel senso che gli argomenti della III Sezione denotassero l'intenzione della Suprema Corte di non volersi «legare le mani rispetto ad altre ipotesi di incidente probatorio a fattispecie vincolata», L. SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme*, cit., c. 210.

<sup>27</sup> Si tenga presente, tuttavia, che nel più recente arresto giurisprudenziale appartenente al filone in commento, allo scrutinio della Corte veniva, in realtà, sottoposta un'ordinanza di rigetto di un'istanza volta all'assunzione della testimonianza non già della persona offesa minore di età, bensì di un testimone minorene: al riguardo Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C.

adeguatamente motivata<sup>28</sup>, non sembrerebbe possedere le caratteristiche dell'atto abnorme.

In particolare, si esclude, innanzitutto, che possa venire in rilievo il profilo strutturale, giacché i provvedimenti di diniego gravati rispondono pienamente al modello generale delineato dall'art. 398 c.p.p., ai sensi del quale il giudice «pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio»<sup>29</sup>.

In secondo luogo, viene scartata anche la possibilità di ricondurre gli atti in parola nell'alveo dell'abnormità funzionale. Una volta ricordato come il tratto tipico di quest'ultima sia costituito dalla produzione di una stasi procedimentale, si nega che tale effetto possa essere causato dal rigetto dell'istanza di incidente probatorio<sup>30</sup>.

La seconda censura riguarda, per un verso, l'interpretazione data alle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali che si occupano della tutela della persona offesa dichiarante e, per l'altro, la ricostruzione della natura della fattispecie di cui all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. in chiave vincolata.

Quanto al primo aspetto, l'orientamento in parola non nega che all'incidente probatorio "speciale" debba assegnarsi, fra l'altro, una funzione di protezione della vittima da processi di vittimizzazione secondaria, in attuazione delle fonti sovranazionali in precedenza richiamate. Piuttosto, si sottolinea come, benché queste ultime siano ispirate ad una logica di «anticipazione-limitazione delle audizioni»<sup>31</sup> dell'offeso, da esse non possa trarsi «la previsione di alcun 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»<sup>32</sup>.

In questo senso, correttamente si ricorda come i già menzionati atti in realtà si limitino a richiedere agli Stati, non solo l'approntamento di soluzioni normative che consentano di contenere il numero delle audizioni del soggetto passivo del reato, ma anche – e principalmente – l'adozione di particolari cautele per il compimento dell'atto

Come è noto, i giudici di Palazzo della Consulta si sono recentemente pronunciati su una questione di legittimità costituzionale coinvolgente l'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. nella parte in cui equipara, ai fini dell'accesso all'incidente probatorio "speciale", i minori che siano meri testimoni alla persona offesa minorenni. In quella sede, la Corte costituzionale, nel rigettare la questione *de legitimitate legum*, ha ricordato come tale equiparazione sia collegata ad una «presunzione di un'analogia condizione di vulnerabilità che avvince le due categorie di soggetti per il fatto di essere chiamati a testimoniare su fatti legati all'intimità e connessi a violenze subite o alle quali si è assistito», che «è da ritenersi conforme a dati di esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»; così Corte cost., sent., 14 gennaio 2021, n. 14, in questa *Rivista*, 22 febbraio 2021, con commento di V. TONDI, [L'incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte costituzionale](#).

<sup>28</sup> Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., *Considerato in diritto* § 4.

<sup>29</sup> In tal senso, in particolare, Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 2.

<sup>30</sup> Cass. Pen., sez. VI, 13 maggio 2020, n. 20543, C., in motivazione.

<sup>31</sup> M. BARGIS – H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in M. BARGIS – H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 64.

<sup>32</sup> Così: Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3.

istruttorio in parola, quali speciali modalità di intervista e di documentazione<sup>33</sup>.

Una volta escluso che dal diritto sovranazionale derivi alcun automatismo in relazione al punto di cui si discute, i giudici di Piazza Cavour dirigono l'analisi verso il secondo profilo di critica, ovvero verso la ricostruzione della pertinente disciplina nazionale di attuazione, rappresentata dall'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., giungendo, peraltro, ad analoga conclusione. Anche riguardata la questione da questo differente angolo di visuale, infatti, la Corte osserva come il giudicante, di fronte ad una richiesta di ascolto della vittima minore *ex* art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., sia chiamato a bilanciare in concreto, attraverso l'esercizio di un potere tipicamente discrezionale, i contrapposti interessi rappresentati dalle esigenze di tutela dell'offeso, da un lato, e dalle garanzie processuali del diritto di difesa dell'imputato, dall'altro: in questa prospettiva, l'autorità giurisdizionale sarebbe, quindi, tenuta a vagliare «in un primo momento, i requisiti di ammissibilità della richiesta e, solo successivamente, la fondatezza della stessa»; valutazione, quest'ultima, da compiersi «nella prospettiva della rilevanza della prova ai fini della decisione dibattimentale»<sup>34</sup>.

*Ad abundantiam* si ricorda, infine, come l'inoppugnabilità dei provvedimenti reiettivi *ex* art. 398 c.p.p. risponda altresì all'esigenza di «non sacrificare la speditezza del procedimento penale nella fase dell'indagine preliminare», nonché a quella di «non appesantire oltre modo una "parentesi istruttoria" che la *ratio* del sistema vuole quanto

<sup>33</sup> Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3; nonché Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., cit., *Considerato in diritto* § 3.3.

In termini analoghi si è, del resto, espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Tale organo – all'uopo sollecitato dal giudice per le indagini preliminari di Firenze attraverso la formulazione di un rinvio pregiudiziale concernente l'interpretazione degli artt. 2, 3 e 8, n. 4 della Decisione Quadro 2001/220/GAI (poi sostituita dalla Direttiva 2012/29/UE) – ha chiarito come gli articoli poc'anzi menzionati non ostassero ad una normativa nazionale, quale è quella risultante dagli artt. 392, comma 1-*bis*, 398, comma 5-*bis* e 394 c.p.p., che non prevede l'obbligo per il pubblico ministero di rivolgersi al giudice affinché quest'ultimo consenta ad una vittima particolarmente vulnerabile di essere sentita con le forme dell'incidente probatorio nell'ambito della fase istruttoria del procedimento penale. Decisiva, ai fini di tale *dictum*, è risultata l'esistenza, all'interno dell'ordinamento italiano, della possibilità di procedere – anche in dibattimento – al compimento dell'atto in parola a porte chiuse, nonché di ricorrere alle modalità di cui all'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p., cautele, queste ultime, considerate sufficienti a offrire un'adeguata protezione al dichiarante: C.G.U.E., sent., 21 dicembre 2011, C-597/10, X, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2011, con osservazioni di L. LUPÀRIA, [Vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio della Corte UE](#).

Per una speciale sottolineatura – nel contesto di un giudizio *ex* art. 267 TFUE promosso dal Tribunale di Bari – dell'importanza conferita, ai fini della tutela della vittima vulnerabile, alle particolari misure di protezione di cui agli artt. 22 e 23 della Direttiva 2012/29/UE, v., da ultimo, C.G.U.E., sent., 29 luglio 2019, C-38/18, Gambino e Hyka, § 57, consultabile in [curia.europa.eu](#); sulla pronuncia M. BARGIS, [Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni Unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo](#), in questa *Rivista*, 2020, fasc. n. 4, p. 41 ss.

<sup>34</sup> Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3, da cui è tratta anche la citazione precedente; nonché Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., cit., *Considerato in diritto* § 3.3. Cfr., in dottrina, R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico*, cit.

Nel senso che il giudice per le indagini preliminari possa spingersi, nel vaglio di rilevanza *ex* art. 393, comma 1, lett. a c.p.p., fino a sindacare l'utilità e la concludenza della prova, v. anche Cass. Pen., sez. IV, 21 gennaio 2021, n. 3982, P.M. in proc. O. e altri, *Considerato in diritto* § 3.3, consultabile in [iusexplorer.it](#).

più possibile snella»<sup>35</sup>.

Sulla scorta di tali argomenti si conclude, pertanto, nel senso della ricostruzione dell'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. in chiave di fattispecie discrezionale<sup>36</sup>, e come tale insindacabile. Donde l'inammissibilità dei ricorsi presentati.

#### 4. I termini del contrasto giurisprudenziale e l'improcrastinabilità di un intervento delle Sezioni Unite.

Orbene, in base all'analisi testé svolta, risulta piuttosto agevole osservare come l'orientamento più recente abbia costruito il proprio ragionamento sul ribaltamento delle argomentazioni svolte dalla III Sezione.

Come si è visto, l'operazione è stata condotta, ad un primo livello, attraverso una più convincente ricostruzione degli obblighi internazionali gravanti sul legislatore ordinario in tema di protezione della persona offesa dichiarante. Essa è, poi, proseguita, su di un piano diverso, con l'attribuzione all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. della natura di fattispecie vincolata, anziché discrezionale, per concludersi, infine, con un governo della categoria dell'abnormità maggiormente in linea con gli insegnamenti provenienti dalla giurisprudenza più consolidata.

Non può, peraltro, sfuggire come questo modo di procedere finisca per acquisire un particolare significato, che va ben oltre l'esplicitazione delle *rationes decidendi* che stanno alla base delle decisioni sui casi concreti oggetto di scrutinio: e precisamente quello di un consapevole e reciso distacco da stilemi interpretativi non condivisi.

A tal punto, non resta, quindi, che prendere atto dell'esistenza, in merito al tema che ci impegna, di un contrasto interpretativo in seno alla Suprema Corte, di cui è opportuno che si occupino al più presto le Sezioni Unite *ex art.* 618, comma 1 c.p.p. al fine di sciogliere gli attuali dubbi esegetici che si ripercuotono negativamente, oltre che sulla certezza del diritto, anche – e prima ancora – su diversi interessi coinvolti nel processo penale.

In questo senso si può osservare, dalla prospettiva della vittima, che l'incertezza circa la possibilità di espungere il provvedimento che abbia – illegittimamente o

<sup>35</sup> Cass. Pen., sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, P.M. in proc. S., *Considerato in diritto* § 3.

<sup>36</sup> Benché entrambi gli orientamenti illustrati diano grande spazio, all'interno delle proprie argomentazioni, alla risposta al quesito circa la natura vincolata o discrezionale della figura di cui all'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p., non sembra che la risoluzione dell'interrogativo rivesta un'importanza capitale ai fini di sciogliere il dubbio sull'abnormità o meno dell'atto. In questo senso, va, invero, ricordato che la dottrina che si è occupata del tema ha sottolineato come la discrezionalità della fattispecie di riferimento non precluda la possibilità di ritenere abnorme un provvedimento che sia incompatibile con essa. Semmai, la natura discrezionale influisce sulle modalità attraverso cui viene condotto il giudizio diagnostico, dal momento che: «in tale ipotesi, infatti, l'apprezzamento del fenomeno comporta una duplice verifica: da un lato, accertare, attraverso il passaggio da un'analisi astratta del potere alla sua concreta esplicazione in un provvedimento, se quest'ultimo si mantiene nell'ambito della sfera di attribuzione giurisdizionale; dall'altro lato, valutare in termini diacronici se il medesimo atto, superando i limiti relativi al modo, la misura e la direzione dell'uso della potestà risulta compatibile o meno con il sistema»: così A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, cit., p. 32.

ingiustamente – negato l’accesso alla parentesi istruttoria dedicata al suo ascolto in forma protetta non giova alla tutela della sua personalità, giacché – rendendo verosimilmente necessario procedere a più audizioni, prima durante le indagini e in seguito in dibattimento – impedisce alla persona offesa minorenni di adempiere, nei tempi relativamente brevi di svolgimento dell’incidente probatorio, alla *servitus iustitiae* cui è tenuta in quanto testimone e, quindi, di uscire dal circuito processuale per intraprendere un percorso di rielaborazione del fatto asseritamente subito.

Dall’angolo di visuale, invece, delle parti, e specialmente dell’imputato, i dubbi che circondano la questione che ci occupa si ripercuotono negativamente, ora sulla qualità dell’accertamento, ora sul diritto di difesa. Quanto al primo aspetto, considerato il contrasto interpretativo in atto, è ragionevole aspettarsi che il pubblico ministero – soggetto dal quale, nella maggior parte dei casi, proviene l’istanza di assunzione anticipata della testimonianza del minore vittima di reato – sia indotto, a seguito del rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari, non già a tentare la via del ricorso *extra ordinem* avverso il provvedimento reiettivo, bensì a procedere alla raccolta delle dichiarazioni in via unilaterale con lo strumento di cui all’art. 362 c.p.p. In questo modo, aumenta, tuttavia, il rischio che l’audizione investigativa, specialmente se condotta da chi non possiede le adeguate competenze<sup>37</sup>, ingeneri nella fonte eventi di suggestione, influenzando la genuinità della testimonianza successivamente acquisita nella fase dibattimentale<sup>38</sup>.

Per quello che riguarda, invece, i possibili riflessi sulle prerogative defensionali dell’accusato, non si può escludere – alla luce della disinvoltura con cui, talvolta, la giurisprudenza interpreta il requisito dell’impossibilità di ripetizione<sup>39</sup> di cui all’art. 512 c.p.p.<sup>40</sup> – che il giudice dibattimentale anziché procedere all’esame del minore in contraddittorio, scelga di far filtrare in dibattimento, attraverso la lettura ai sensi dell’articolo da ultimo citato, le dichiarazioni precedentemente rese dalla vittima al pubblico ministero sottraendo, in questo modo, all’imputato la possibilità di

<sup>37</sup> Sul tema, M. DANIELE, *Un ulteriore restyling (incompleto) delle norme processuali*, in *Legisl. pen.*, 2013, n. 1, p. 71 ss.

<sup>38</sup> Cfr. N. PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 86; V. TONDI, *L’incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte costituzionale*, cit.

<sup>39</sup> Si allude, in particolare, a quelle pronunce che si sono mostrate inclini a interpretare il requisito *de quo* in maniera ampia, ricomprendendovi anche quelle situazioni in cui vi sia l’insorgenza, in capo al dichiarante, di stress psicofisico (Cass. Pen., sez. III, 25 settembre 2000, n. 3059, Galliera, in *Foro. it.*, 2001, II, c. 20 ss. con nota parzialmente adesiva di G. DI CHIARA), di disagio o di sofferenza psichica (Cass. Pen., sez. III, 16 aprile 2013, n. 39766, M. in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 8, p. 978 ss. con commento di V. MOTTA, *La valorizzazione dell’incidente probatorio atipico nel contemperamento tra tutela del minore vulnerabile e garanzia del contraddittorio*) riconnessi alla testimonianza dibattimentale.

Per una critica a siffatta impostazione v. R. CASIRAGHI, *Commento all’art. 6 Cedu*, in G. UBERTIS – F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Milano, 2016, p. 224

<sup>40</sup> Come è noto, l’art. 512 c.p.p. consente al giudice, su richiesta di parte, di dare lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell’udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione. Sull’istituto, con specifico riguardo ai collegamenti con l’incidente probatorio, per tutti, C. CESARI, *L’irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 180 ss.

un'elaborazione dialettica della prova.

## 5. Riflessioni conclusive.

In attesa dei prossimi sviluppi della vicenda<sup>41</sup>, non appare fuori luogo, in questa sede, svolgere alcune ulteriori riflessioni a margine della questione che ci occupa<sup>42</sup>.

In questo senso, non si può fare a meno di notare come l'esistenza di un tanto netto contrasto in merito alla possibilità di ritenere abnormi i provvedimenti di rigetto delle istanze di incidente probatorio si presti a una lettura di più ampia portata, ovvero sia quale segno dell'insofferenza degli operatori giuridici verso la scelta dei *conditores* di non ammettere alcun sindacato avverso gli atti appena citati.

Riguardata la questione da questo angolo di visuale, l'eventuale prevalere della tesi dell'abnormità potrebbe senz'altro offrire maggiori garanzie contro i più vistosi sviamenti della funzione giurisdizionale<sup>43</sup>: è opportuno, tuttavia, rimarcare che si tratterebbe di una soluzione non ottimale. Essa, infatti, non solo radicherebbe in capo alla Corte di cassazione la competenza a diagnosticare il vizio, collocandosi, in tal modo, in aperto contrasto con l'attuale tendenza a ridurre il carico di lavoro del giudice di legittimità, ma potrebbe altresì rivelarsi non agevolmente praticabile per le parti private che, per giovare del rimedio, dovrebbero necessariamente rivolgersi ad un difensore iscritto nell'apposito albo speciale<sup>44</sup>.

Così, sembra preferibile che sia il legislatore a intervenire direttamente sul punto attraverso la forgiatura di uno strumento di impugnazione *ad hoc*<sup>45</sup>, prendendo a modello, con le opportune modificazioni, il reclamo avverso il provvedimento di archiviazione *ex art. 410-bis c.p.p.*

---

<sup>41</sup> Al riguardo vale la pena di ricordare come nella vicenda processuale che fa da sfondo a Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, P.M. in proc. C., cit., il Procuratore generale presso la Corte di cassazione avesse chiesto che la questione concernente la ricorribilità dell'ordinanza reiettiva dell'istanza di incidente probatorio fosse rimessa alle Sezioni Unite. Si deve, tuttavia, ritenere che la V Sezione abbia implicitamente rigettato la richiesta, giacché nella parte motiva della sentenza non è espressa alcuna esplicita posizione al riguardo.

<sup>42</sup> Per alcune riflessioni sulle implicazioni sistematiche che l'eventuale stabilizzazione della tesi dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio potrebbe produrre, sia consentito rinviare a F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4651 ss.

<sup>43</sup> Al riguardo, A. CIAVOLA, *Incidente probatorio e processo di parti*, cit., p. 3297.

<sup>44</sup> Sul punto, volendo, F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4656.

<sup>45</sup> In proposito si vedano gli Autori citati nella nota n. 8, nonché, volendo F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità*, cit., p. 4656.