

QUESTIONI APERTE

Incidente probatorio atipico – Vittimizzazione secondaria

La decisione

Incidente probatorio atipico – Provvedimento di rigetto – Abnormità – Vittimizzazione secondaria – Fonti sovranazionali (C.p.p., art. 392, co. 1-bis; Direttiva UE 2012/29).

Non è abnorme il provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta, ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p., di esame in incidente probatorio della persona offesa vulnerabile, trattandosi di provvedimento che non si pone al di fuori del sistema processuale, che rimette al potere discrezionale del giudice la decisione sulla fondatezza dell'istanza, né determina la stasi del procedimento.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 2 maggio 2024 (c.c. 6 marzo 2024) – RICCARELLI, *Presidente* – D'ARCANGELO, *Relatore*.

L'incidente probatorio atipico e l'inarrestabile *querelle* in ordine al provvedimento reiettivo del Giudice per le indagini preliminari

Con la sentenza in commento, la Corte di cassazione avalla il trend secondo cui non è abnorme il provvedimento di rigetto emesso dal Giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta ex art. 392, comma 1-bis, c.p.p. Sebbene sia condivisibile, sotto il profilo codicistico, la *ratio* sottesa al mancato potere di impugnativa, la soluzione non appare del tutto convincente sul piano dei principi sanciti dalle fonti di diritto sovranazionale.

The atypical pretrial hearing and the unstoppable querelle on the refusal of the judge for preliminary investigations

With the judgement under examination, the Supreme Court supports the trend that is not abnormal the refusal issued by the judge for preliminary investigations in accordance with the art. 392, co. 1-bis, c.p.p. Although the ratio for the lack of power to challenge can be accepted from a codicistic point of view, the solution doesn't appear to be entirely convincing in terms of the principles enshrined in the sources of supranational law.

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto di scrutinio. – 2. Brevi cenni sull'incidente probatorio atipico nel prisma della tutela contro la vittimizzazione secondaria. – 2.2. Diatribe in ordine al rigetto del Giudice investito della richiesta – 2.3. (*Segue*) Un necessario bilanciamento – 3. *Abundantia* di tutela? Possibili scenari.

1. *La vicenda oggetto di scrutinio.* La *quaestio* rimessa all'attenzione della Suprema Corte di cassazione prende le mosse dal ricorso, promosso dal Pubblico Ministero presso il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, avverso l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari, che rigettava la richiesta di

incidente probatorio *ex art.* 392, comma 1-*bis*, c.p.p., per l'escussione di un minorenni ritenuto vittima di maltrattamenti perpetrati dal padre.

In particolare, il Pubblico Ministero ricorrente, pur riconoscendo l'insussistenza di un obbligo, per il Giudice procedente, di accogliere la richiesta di anticipazione della fonte di prova, rileva la preminenza delle esigenze di salvaguardia dell'integrità psicofisica del bambino, al fine di tutelarlo dagli snodi fisiologici del processo penale ed evitare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria.

Or dunque, l'organo inquirente chiede l'annullamento dell'ordinanza impugnata deducendone l'abnormità, citando i principi affermati da un (sebbene non prevalente) orientamento della giurisprudenza di legittimità, e censura il più recente indirizzo che esclude l'automatismo nell'assunzione dell'incidente probatorio atipico: nello specifico il ricorrente ritiene, quale unico organo deputato ad effettuare un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco, il Pubblico Ministero stesso, in quanto l'unico «ad avere perfetta contezza del caso concreto».

2. *Brevi cenni sull'incidente probatorio atipico nel prisma della tutela contro la vittimizzazione secondaria.* Esaurita la necessaria premessa relativa al caso di specie, occorre soffermarsi, seppur fuggacemente, sullo stato dell'arte.

L'art 13 della legge 15 febbraio 1996, n. 66, contenente "Norme contro la violenza sessuale", ha interpolato l'art. 392 c.p.p. inserendo il comma 1-*bis* il quale, nel tempo, ha subito diverse evoluzioni¹.

La prima parte della disposizione, nella sua attuale formulazione, dispone 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 del-*

¹ Sostituito dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione firmata a Lanzarote nel 2007 ed integrato, da ultimo, dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che recepisce la direttiva 2012/29/UE.

Per una ricostruzione completa dell'incidente probatorio atipico e della sua espansione, cfr., tra i tanti, ARASI, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, 622 ss.

la testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1»².

È certamente asseribile, dunque, che l'incidente probatorio³ si sia trasformato, con il tempo, in uno strumento camaleontico: originariamente, infatti, l'attivazione di tale canale di acquisizione anticipata della prova *ante* dibattimento era strettamente correlato al parametro della non rinviabilità ma, a ben vedere, in un secondo momento questo sembra cedere il passo altresì a ragioni di opportunità⁴. La possibilità di ricorrere a tale privilegiato congegno sembra fondare la sua *ratio* nel rendere la partecipazione del minore alla fase dibattimentale un'eventualità soltanto residuale, al fine di tutelare la sua dignità e l'integrità psichica, evidenziata la dirompente nocività di un'esperienza processuale sulla fragile psiche del minore⁵; inoltre, optare per la procedura incidentale consente di delimitare i rischi che può recare il «fattore tempo»⁶: acquisire il contributo dichiarativo nel più breve tempo possibile consente di evitare eventuali rielaborazioni o rimozioni che, in base a ricerche effettuate

² Tale elencazione, sottolinea CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in questa *Rivista*, 2015, 3, p. 951, è tassativa.

³ Per una completa ricostruzione dell'istituto, V., *ex plurimis*, RENON, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000; BARGIS, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1328; SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pisa, 2017; NACAR, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegati*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 11, p. 1425 ss.; DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. giur.*, VI, Milano, 2002; MACCHIA, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, 1600; MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000; SAU, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001; TONINI, *L'incidente probatorio nell'udienza preliminare: nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1994, 1995.

⁴ Corte cost., 29 dicembre 2000, n. 583, la quale ha osservato che nel caso in cui debba assumersi la testimonianza di persona minorenni, il pericolo di dispersione è *in re ipsa*.

⁵ PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Padova, 2001.

⁶ Come rileva GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 3, p. 1023, il contributo conoscitivo del minore è «*deperibilissimo e manipolabilissimo*».

In giurisprudenza v. Cass., Sez. III, 8 marzo 2007, n. 9811, in *Guida dir.*, 2007, 5, p. 57, la quale sottolinea che «*le primissime dichiarazioni spontanee sono quelle maggiormente attendibili proprio perché non inquinate da interventi esterni che possono alterare la memoria dell'evento*». Recentemente, sul punto, anche Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14, la quale ha sostenuto che l'assunzione della testimonianza del minore in sede incidentale, soprattutto laddove si proceda per reati attinenti alla sfera sessuale, è una garanzia anche per l'imputato poichè «*lo tutela dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna, in particolare, il mantenimento del ricordo del minore*». Nello stesso senso, *ex plurimis*, CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione della testimonianza e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 177.

da studiosi di psicologia dell'età evolutiva, qualificano la capacità mnemonica del minore⁷.

Il d. lgs. 15 dicembre 2012, n. 212, con cui l'ordinamento italiano ha recepito la direttiva 2012/29/UE, ha successivamente esteso la possibilità di esperire l'incidente probatorio «speciale»⁸ qualora, indipendentemente dal reato per il quale si procede, voglia assumersi la testimonianza della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità⁹. Tale *status* congloba più categorie di individui (ad esempio portatori di handicap, stranieri, donne e minori¹⁰) - considerati fonti di prova «vulnerabili» poiché bisognose di una peculiare tutela processuale¹¹ - da sottrarre all'espletamento tipico della *cross examination*¹² onde garantire: a) la tutela del *teste* debole, e dunque evitare il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria o da processo¹³; b) la genuinità de-

⁷ LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, diretto da Spangher, Milanofiori Assago, 2009. Inoltre, come osserva PRESUTTI., *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Milano, 2005, 130 ss., oltre una certa soglia di maturazione psicofisica, il minore tende ad incorporare informazioni *post factum* nel proprio racconto.

Nel corpo di Cass., Sez. III, 11 giugno 2009, n. 2009, in *Giur. it.*, 2010, 4, i giudici di legittimità hanno precisato che l'incidente probatorio “*deve essere effettuato il più presto possibile rispetto alla notizia dell'abuso sia perché i bambini, per la nota amnesia infantile, non sanno conservare a lungo i ricordi sia per permettere alla giovane vittima di affidarsi alle cure di uno specialista per la rielaborazione del vissuto sia per evitare contaminazioni mnestiche che inquinino irrimediabilmente il suo narato*”.

⁸ COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, Milano, 2008, ritiene preferibile il termine «speciale» rispetto a «liberalizzato» e «incondizionato» poiché queste ultime espressioni richiamano il carattere - non pacifico in dottrina - di automaticità dell'istituto.

⁹ Ad avviso di RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti “eventuali”, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2017, I, p. 72, il legislatore, recependo la direttiva europea, si è premurato di dedicare una norma *ad hoc* prevedendo, accanto ad una vulnerabilità «presunta», una forma di vulnerabilità «atipica», da appurare case by case facendo ricorso ai criteri enucleati nel nuovo art. 90-*quater* c.p.p.

¹⁰ Tale elencazione è offerta da CASSIBBA, *La tutela dei testimoni “vulnerabili”*, Torino, 2009, p. 300. Ad avviso di FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 7, 848, la norma allarga sensibilmente la categoria dei soggetti «particolarmente vulnerabili» e, quindi, le deroghe al processo accusatorio.

¹¹ CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 11 luglio 2014.

¹² Sulla c.d. intervista cognitiva, leggesi ALGERI, *Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione “dal” processo e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1, 134 ss.

¹³ Come attentamente osserva ALESCI, *Violenza di genere e rappresentazione mediatica*, in *Il Processo*, 2022, 1, 414, si tratta di un concetto «ancora in cerca di identità». Una puntuale definizione di vittimizzazione secondaria si rinviene nella Raccomandazione n. 8 del 2006 del Consiglio d'Europa, secondo la quale «vittimizzazione secondaria significa vittimizzazione che non si verifica come diretta conseguenza dell'atto criminale, ma attraverso la risposta di istituzioni e individui alla vittima», così Recommendation Rec (2006)8 of the Committee of Ministers to member states on assistance to crime victims, in cui al

gli elementi raccolti; c) l'assicurazione di una fonte di prova, evidenziato che, non di rado, il minore è l'unico testimone diretto del fatto¹⁴.

2.2. *Diatrìbe in ordine al rigetto del Giudice investito della richiesta.* In questo quadro normativo così ricostruito si pone la *questio* oggetto di commento. Invero non è la prima volta che la giurisprudenza di legittimità si interroga, pervenendo a risposte antitetiche, sulla possibilità di considerare abnorme¹⁵ il provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari rigetta la richiesta avanzata a norma dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.

Due gli orientamenti avversi.

Un primo indirizzo¹⁶, nel cui alveo si colloca la sentenza in commento, è incline a ritenere non abnorme il provvedimento di rigetto del Giudice per le indagini preliminari né sotto il profilo strutturale, in quanto espressione di una facoltà concessa dal legislatore all'art. 398 c.p.p. – a ben vedere, dunque,

paragrafo 1.3. si definisce la vittimizzazione secondaria: «*Secondary victimisation means the victimisation that occurs not as a direct result of the criminal act but through the response of institutions and individuals to the victim*».

Per GIUSTI (a cura di), *Trattato di medicina legale e scienze affini, Vol. IV: Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Padova, 2009, 509, la vittimizzazione secondaria genera un *vulnus* «*determinato dagli effetti negativi indotti sulla vittima dalla risposta sociale formale (dipendente dal comportamento delle forze di polizia e dell'apparato giudiziario) e informale (dipendente dal comportamento di familiari, amici e conoscenti delle vittime) alla vittimizzazione*».

La Corte costituzionale, nella sentenza 27 aprile 2018, n. 92, ha qualificato la vittimizzazione secondaria come quel processo che porta il *teste* persona offesa «*a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto*».

¹⁴ Per questo motivo l'ordinamento ha scelto di non rinunciare, nonostante debba riconoscersi la difficoltà di valutare le dichiarazioni del minore a causa dell'imaturità psicologica del fanciullo, della sua suggestionabilità e del rischio di arrecare danni al bambino chiamato a partecipare attivamente al procedimento. Si veda PANSINI, *op. cit.*

¹⁵ Per la ricostruzione del concetto di abnormità, lungi da ogni pretesa di completezza, cfr., diffusamente, BELLOCCHI, *Abnormità (dir. proc. pen.)*, in *Digesto on-line, passim*; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale* penale, Padova, 2003. In giurisprudenza, V. Cass. Sez. un., 20 dicembre 2017, n. 5307, Battistella, Rv. 238240; Cass., Sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, Rv. 243590, la quale ha asserito che «*è affetto da vizio di abnormità, sotto un primo profilo, il provvedimento che, per singolarità e stranezza del suo contenuto risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite. Sotto altro profilo, si è detto che l'abnormità può discendere da ragioni di struttura allorché l'atto si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, ovvero può riguardare l'aspetto funzionale nel senso che l'atto stesso, pur non essendo estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo*».

¹⁶ *Ex multis*, Cass., Sez. I, 8 giugno 2023, n. 46821, Rv. 285455-01; Cass., Sez. III, 21 ottobre 2022, n. 6333, *inedita*; Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 46109, Rv. 282354-01; Cass., Sez. III, 14 maggio 2021, n. 40056, Rv. 282338-01; Cass., Sez. IV, 21 gennaio 2021, n. 3982, Rv. 280378-01; Cass., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, Rv. 280337-01.

il giudicante può, *ope legis*, decidere discrezionalmente di accogliere, dichiarare inammissibile o rigettare la richiesta di incidente probatorio a prescindere dall'oggetto del mezzo di prova da assumere, rilevata l'*absentia* di una norma *ad hoc* disciplinante il caso di cui al comma 1-*bis* - né sotto il profilo funzionale, in quanto il rigetto *ex se* non genera alcuna stasi del procedimento.

Ebbene, se si propende per l'orientamento *de quo*, dovrebbe concludersi per la non impugnabilità, mediante ricorso per Cassazione, del provvedimento di rigetto, in virtù del principio di tassatività *ex art.* 568 c.p.p. che governa il regime delle impugnazioni, mancando di fatto una disposizione che consenta, tanto al Pubblico Ministero quanto all'indagato/imputato, di contestare il *decisum* del Giudice procedente.

Ma vi è di più.

Tale orientamento (da asserirsi maggioritario) non sarebbe neanche tacciabile sotto il profilo costituzionale¹⁷: invero, le fonti internazionali non imporrebbero alcun «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», ma si preoccuperebbero semplicemente di limitare il numero di audizioni della vittima e di preferire un determinato *modus operandi* per l'assunzione della testimonianza.

In senso diametralmente opposto si pone, sebbene isolato, un diverso filone giurisprudenziale¹⁸, orientato ad escludere qualsiasi forma di discrezionalità in capo al Giudice procedente e, al contempo, tacciando di abnormità l'eventuale provvedimento reiettivo.

Nello specifico, nella prima pronuncia "pro abnormità"¹⁹, il Pubblico Ministero ricorrente ravvisa un contrasto con l'art. 117 Cost. in relazione all'obbligo internazionale assunto dall'Italia di evitare la vittimizzazione secondaria della persona offesa minorenni (ovvero maggiorenne) dei reati di c.d. violenza di genere individuati dall'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.: pertanto, a fronte della richiesta ritualmente avanzata dall'accusa, sarebbe obbligatorio, per il Giudice

¹⁷ Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, Rv. 279604.

¹⁸ Tale orientamento prende le mosse da Cass., Sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, Rv. 277686, con nota di CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, in *Cass. pen.*, 2020, 9, 3282 ss. Da ultimo Cass., Sez. II, 24 marzo 2023, n. 29363, Rv. 284962-01.

¹⁹ Cass., Sez. III, 16 maggio 2019, cit.

per le indagini preliminari, disporre l'incidente probatorio, in forza degli obblighi internazionali assunti dall'Italia²⁰.

La Corte concorda riscontrando, nell'inciso contenuto nell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. "anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1" una sorta di automatismo nell'accoglimento della richiesta; pertanto, il Giudice dovrebbe limitarsi esclusivamente a verificare la sussistenza dei requisiti indicati dalla disposizione, *id est* a) la legittimazione soggettiva; b) la pendenza del procedimento in uno dei due *locus* adibiti a tale scopo (indagini preliminari ovvero, a seguito dell'intervento additivo ad opera della Consulta nel 1994²¹, udienza preliminare) c) la presenza di uno dei reati indicati dalla norma ovvero quando la persona offesa di altro reato versi in condizione di particolare vulnerabilità; d) la minore età del dichiarante, ovvero che si tratti di persona offesa maggiorenne.

Sarebbe poco saggio, continuano i giudici del Collegio, attribuire prevalenza al principio, squisitamente processuale, per cui la prova si forma in dibattimento, sacrificando dunque l'interesse, di carattere sostanziale, ad evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria.

Sebbene, dunque, il Giudice abbia esercitato un potere astrattamente previsto dal Codice di rito penale all'art. 398, l'avrebbe fatto «al di là di qualsiasi ragionevole limite», trattandosi «di un rigetto arbitrario perché fondato su una non meglio precisata valutazione di "inopportunità" che nulla ha a che vedere con la disciplina processuale attuativa degli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale».

Quanto al vizio che contrassegnerebbe il provvedimento *de quo*, la Corte conclude nel senso della radicale abnormità²² dello stesso e, dunque, della possibilità di ricorrere per Cassazione al fine di ottenerne l'annullamento *sine* rinvio.

²⁰ Si fa riferimento agli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176); artt. 13, 14 e 31 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007 (ratificata con L. n. 172 del 2012); artt. 12, 18, 20 e 22 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012; artt. 18, 26, 49 e 52 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011 (ratificata con L. 77/2013). Si rinvia a TRIBISONNA, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale*, Milano, 2018, 31 ss.

²¹ Corte cost., 10 marzo 1994, n. 77.

²² Si tratterebbe di abnormità c.d. strutturale, in quanto il provvedimento sarebbe stato reso fuori dai casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite.

2.2. (*Segue*) *Un necessario bilanciamento*. Di recente la Suprema Corte di Cassazione, nel suo massimo consesso²³, si è preoccupata di specificare la specifica circostanza in cui la categoria dell'abnormità opererebbe, *id est* le «situazioni in cui l'ordinamento non appresti altri rimedi idonei per rimuovere il provvedimento giudiziale, che sia frutto di sviamento di potere e fonte di un pregiudizio altrimenti insanabile per le situazioni soggettive delle parti».

Sebbene non possa condividersi quanto asserito dall'orientamento giurisprudenziale minoritario, il quale sostiene, quale diretta conseguenza del diniego alla richiesta di assunzione della prova *ante* dibattimento, l'esposizione dello Stato a possibile responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione Europea, è sicuramente indiscutibile il *vulnus* cagionato alla vittima vulnerabile la quale, con alta probabilità, sarà costretta a ripercorrere quanto subito altresì in sede dibattimentale, con altrettanto elefantico rischio di smarrire l'accuratezza di una dichiarazione resa in un momento prossimo all'accadimento del fatto.

Il fulcro della *quaestio* è proprio nel seguente punto: è vero che il pregiudizio è *in re ipsa*, ma è altrettanto certo che dagli obblighi internazionali - invocati dal Pubblico Ministero nella sentenza che si annota - non emerge un obbligo, per Giudice procedente, ad ammettere meccanicamente l'incidente probatorio ogni qualvolta si trovi dinanzi ad una richiesta ai sensi del comma 1-*bis* bensì, nel rispetto della discrezionalità giudiziale, spicca unicamente «un interesse primario all'adozione di misure finalizzate alla limitazione delle audizioni della vittima»²⁴.

Se, come sostiene autorevole dottrina, il bilanciamento «evoca l'idea della pesatura»²⁵, dovrebbe immaginarsi un organo giudicante che, nel decretare se ammettere o meno l'incidente probatorio, ponderi - successivamente all'accertamento circa la presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi - tre contrapposti interessi: la tutela della dignità e della personalità della vittima; l'accertamento processuale dei reati; la tutela del diritto di difesa dell'indagato. Al primo interesse in gioco si ritiene debba conferirsi maggiore importanza, la quale però non deve tradursi in assoluta priorità, sicchè qualora il Giudice ritenga di non dover ammettere l'incidente probatorio potrà far-

²³ Cass., Sez. un., 18 gennaio 2018, n. 20569, Rv. 272715, con nota di URBINATI, *Sull'abnormità della restituzione degli atti al p.m. per valutare la particolare tenuità*, in *Giur. it.*, 1° agosto 2018, 8-9, 2011 ss.

²⁴ Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, Rv. 279604.

²⁵ MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 2 - 2008, 185.

lo senza incombere in alcuna sanzione processuale, poiché consentito dall'art. 398 c.p.p. (il quale, si badi bene, non differenzia tra incidente probatorio "ordinario" e "atipico", bensì si riferisce all'istituto *in toto*).

3. *Abundantia di tutela.²⁶ Possibili scenari.* In ossequio alle argomentazioni di cui *supra*, neanche convince una recentissima pronuncia della Suprema Corte²⁶, la quale ravvisa un'ipotesi di abnormità strutturale sotto il profilo della carenza di potere in concreto: secondo i giudici di legittimità, il provvedimento reiettivo risulta viziato qualora non indichi «le cogenti ragioni che prevalgono - nel caso specifico - sulle esigenze di tutela della vittima e della prova».

Sarebbe certamente auspicabile rimettere la (oramai) *vexata quaestio* alle Sezioni Unite, le quali collocherebbero finalmente un punto fermo.

Le fonti internazionali, le quali pongono come faro la tutela contro la vittimizzazione secondaria, sono esplicite in ordine al *quomodo* di protezione della vittima: il ristretto (e senza indebito ritardo) numero di audizioni, con conseguente facoltà di registrazione audiovisiva e possibilità di utilizzazione ai fini probatori. Nessuna norma processuale, però (e pare ridondante rammentarlo), vincola il Giudice, ragion per cui la Direttiva 2012/29/UE inviterebbe quest'ultimo ad un buon uso della discrezionalità a lui attribuita.

Sebbene non possa parlarsi di abnormità (sotto ambedue i profili), apparrebbe augurabile l'introduzione di un meccanismo di controllo *ex post* sulla decisione del Giudice, al fine di reiterare quel vaglio (stavolta più approfondito e operato da un magistrato diverso) sulle reali esigenze giustificanti l'accesso alla cristallizzazione anticipata della prova.

Invero, sostiene sommessamente chi scrive che l'introduzione della possibilità, per la persona offesa, di opporsi a quanto deciso, consentirebbe di soddisfare quella incessante tutela contro la vittimizzazione secondaria a cui le fonti internazionali tanto ambiscono; qualora, però, anche il secondo vaglio restituisca un risultato negativo, dovrebbe propendersi per l'impossibilità di riproporre la domanda, avvalorata la mancanza del rischio di vittimizzazione secondaria per il dichiarante.

ROBERTA ROCCO

²⁶ Cass., Sez. II, 24 marzo 2023, n. 29363, Rv. 284962-01.