



11993-22

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

In caso di divisione del
potere
comitato
gli
e
d
X

Composta da

VITO DI NICOLA - Presidente -
ANTONELLA DI STASI
LUCA SEMERARO - Relatore -
GIANNI FILIPPO REYNAUD
ANTONIO CORBO

Sent. n. sez. 345/2022

UP - 16/02/2022

R.G.N. 27805/2021

Mey
IL CANCELLIERE ESPERTO
Lena Mariani

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

██████████ nato a ██████████ il ██████████

avverso la sentenza del 04/02/2021 della CORTE APP.SEZ.MINORENNI di REGGIO CALABRIA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal Consigliere LUCA SEMERARO;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore LUIGI GIORDANO

Il PG chiede il rigetto di entrambi i ricorsi.

Uditi i difensori

l'avv. ██████████ insiste sull'accoglimento del ricorso.

l'avv. ██████████ insiste sull'accoglimento del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza del 4 febbraio 2021 la Corte d'Appello sez. minorenni di Reggio Calabria, in parziale riforma della sentenza del Tribunale per i Minorenni del 29 febbraio 2018 emessa nel giudizio abbreviato, esclusa la circostanza aggravante ex art. 609-ter, n. 5-sexies cod. pen., ha rideterminato la pena inflitta a [REDACTED] in 2 anni e 8 mesi di reclusione per il reato ex artt. 609-bis e 609-octies perché, unitamente al maggiorenne [REDACTED], con violenza e minaccia ed abusando delle sue condizioni di inferiorità psichica, aveva costretto [REDACTED] a subire atti sessuali, costringendola ad un rapporto sessuale completo (in [REDACTED] il 14 febbraio 2015).

2. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione il difensore dell'imputato.

2.1. Dopo un'ampia premessa sullo svolgimento della complessiva vicenda processuale e sulle critiche alla struttura della sentenza, che avrebbe omesso la valutazione di alcuni motivi di appello, con il primo motivo si deduce l'inutilizzabilità ex art. 191 cod. proc. pen. dei tabulati telefonici acquisiti in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

2.1.1. I tabulati sarebbero inutilizzabili a causa del contrasto dell'art. 132 d.lgs. n.196 del 2003 con l'art. 15, par. 1, della Dir. 2002/58/CE, modificato dalla Dir. 2009/136/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni, letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, così come interpretati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, nel caso H.K.

La Corte di Giustizia U.E. avrebbe circoscritto l'accesso delle autorità pubbliche ai dati relativi al traffico telefonico e all'ubicazione delle apparecchiature utilizzate al solo «*scopo di lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica*».

Il reato ex art. 609-octies cod. pen. non rientrerebbe in queste categorie e l'acquisizione dei tabulati non sarebbe proporzionata; né potrebbe applicarsi analogicamente l'art. 266 cod. proc. pen. in materia di intercettazioni, non rientrando nell'elenco fattispecie che possano ritenersi «*forme gravi di criminalità*» o «*gravi minacce alla sicurezza pubblica*».

L'art. 15 Cost. consentirebbe la libertà di comunicazione solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.

2.1.2. Il secondo aspetto della questione dedotta concerne la necessità, secondo l'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58, nell'interpretazione della Corte

di Giustizia U.E. con la sentenza del 2 marzo 2021, che i dati relativi al traffico ed all'ubicazione siano acquisiti da un giudice connotato da terzietà e neutralità o da un'autorità amministrativa indipendente mentre la legislazione nazionale demanda al Pubblico ministero il compito di acquisire i tabulati telefonici.

La sentenza della Corte di giustizia produrrebbe effetti *erga omnes*; la conseguenza di questo contrasto sarebbe la disapplicazione della disciplina nazionale, con applicazione di quella comunitaria e conseguente inutilizzabilità patologica dei tabulati acquisiti ex art. 191 cod. proc. pen.

2.1.3. La rilevanza della questione di inutilizzabilità emergerebbe dalla motivazione della sentenza che ha ritenuto i tabulati telefonici un elemento di riscontro alle dichiarazioni della persona offesa (cfr. pag. 11 della sentenza impugnata) nonché elementi di prova di per sé rilevanti (cfr. pag. 29).

2.1.4. In subordine, ove non si accolga la tesi difensiva sull'inutilizzabilità, si chiede di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 132, comma 3, d.lgs. n. 196 del 2003, per violazione dell'art. 117 Cost., alla luce del contrasto con la disciplina comunitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 2 marzo 2021.

2.2. Con il secondo motivo si eccepisce la nullità dell'incidente probatorio perché disposto in violazione degli artt. 14 e 392 cod. proc. pen. e si deduce l'omessa risposta all'eccezione difensiva sul punto.

2.2.1. L'incidente probatorio si sarebbe svolto alla simultanea presenza del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni e del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario, che avrebbe ammesso l'atto, e dei due relativi Pubblici ministeri; ciò a seguito di un Protocollo tra i due Uffici giudiziari siglato per evitare di sottoporre a stress la persona offesa e per soddisfare esigenze di economia processuale.

2.2.2. L'incidente probatorio sarebbe viziato da nullità assoluta ex art. 178, lett. a), e 179 cod. proc. pen., in quanto eseguito dinanzi ad un organo collegiale non previsto dall'ordinamento giudiziario.

Il Protocollo di intesa sarebbe stato siglato in violazione della disciplina processuale in materia di capacità del Giudice, di composizione dei collegi ed in deroga al divieto di connessione tra procedimento minorile e procedimento davanti al Giudice ordinario stabilito dall'art. 14 cod. proc. pen., tenuto conto anche dei recenti orientamenti del Consiglio Superiore della Magistratura in tema di organizzazione delle Procure minorili, che invitano gli uffici giudiziari ad evitare di stipulare protocolli in contrasto con la disciplina processuale e sostanziale (Cfr. CSM, risoluzione del 07/07/2010).

Il protocollo di intesa non avrebbe alcun valore normativo e non può derogare all'art. 14 cod. proc. pen., sicché sarebbe erroneo invocarlo per escludere la nullità ex art. 179 cod. proc. pen.

2.2.3. La violazione dell'art. 14 cod. proc. pen. emergerebbe proprio dalle modalità di svolgimento dell'incidente in questione, in quanto i due Giudici per le indagini preliminari presenti avrebbero posto domande relative anche ai reati commessi dagli imputati maggiorenni (riportate nel ricorso, pag. 16-17), dando vita ad un collegio ibrido, ad una riunione di fatto di procedimenti, ed al superamento dei limiti della giurisdizione di ciascun giudice.

2.3. Con il terzo motivo si deduce l'erronea applicazione degli artt. 499, comma 5, e 514, comma 2, cod. proc. pen.

Nel corso dell'incidente probatorio alla persona offesa sarebbero state mostrate delle fotocopie di appunti redatti da lei stessa e dal padre sotto sua dettatura, nonché altri appunti consegnati in precedenza alla polizia giudiziaria; tali atti devono ritenersi documenti formati prima del processo.

Nel corso dell'esame tali appunti, risultati decisivi ai fini dell'affermazione della penale responsabilità dell'imputato, sarebbero stati consultati dalla persona offesa senza autorizzazione del giudice e consentendone la lettura.

Tali documenti, inoltre, sarebbero stati introdotti nel processo dal fascicolo del Pubblico ministero, senza che vi fosse il consenso delle parti prescritto dall'art. 493, comma 3, cod. proc. pen.

2.4. Con il quarto motivo si deducono l'erronea applicazione dell'art. 499, commi 2 e 3, cod. proc. pen., si eccepisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nell'incidente probatorio dalla persona offesa perché condotto in violazione del divieto di porre domande suggestive e nocive e l'illogicità della motivazione.

Le domande poste in sede di incidente probatorio sarebbero nocive e suggestive; ciò emergerebbe anche dalla consulenza tecnica di parte del prof. Sartori, redatta nell'interesse degli imputati maggiorenni in altro processo, ed acquisita agli atti.

A titolo esemplificativo si riportano alcune delle domande ritenute suggestive.

Il contenuto delle domande poste dai due Giudici per le indagini preliminari avrebbe pregiudicato l'attendibilità della persona offesa, sicché la motivazione, fondata sulle dichiarazioni di [REDACTED] sarebbe radicalmente viziata.

Il divieto di domande suggestive si applicherebbe anche al giudice. Le domande sarebbero state finalizzate ad ottenere una conferma di quanto l'interrogante stesse postulando.

2.5. Con il quinto motivo si deducono l'erronea applicazione degli artt. 192, comma 3, e 546, comma 1, lett. e) cod. proc. pen. e l'illegittima valutazione delle dichiarazioni, *rectius*, della credibilità totale, della persona offesa.

Nel giudizio di appello sarebbero state acquisite la sentenza n.2477/2018 del Tribunale di Reggio Calabria - che avrebbe assolto due imputati da alcune accuse di violenza sessuale continuata nei confronti della persona offesa -, le trascrizioni della testimonianza del consulente tecnico della difesa prof. [REDACTED] e la relazione di quest'ultimo, già prodotte nel processo dinanzi al Tribunale di Reggio Calabria.

In quel processo sarebbe emerso che la minore era stata sottoposta ad una tecnica psicoterapeutica prima di rendere le dichiarazioni e che il Tribunale di Reggio Calabria aveva effettuato una valutazione di credibilità frazionata delle dichiarazioni della persona offesa.

Dopo aver riportato la motivazione della sentenza del Tribunale di Reggio Calabria sulle valutazioni cliniche della persona offesa, anche con riferimento agli effetti delle domande suggestive, e su quella dell'attendibilità frazionata, si rileva che tale valutazione sarebbe errata, perché le parti ritenute inattendibili delle dichiarazioni non avrebbero il carattere di marginalità rispetto al nucleo essenziale della narrazione, ma costituirebbero l'antecedente logico necessario rispetto al fatto attribuito al ricorrente, tenuto conto delle assoluzioni pronunciate per numerosi capi d'imputazione.

L'inattendibilità emergerebbe anche dalla circostanza che prima dell'incidente probatorio la persona offesa raccontò, in almeno 7 occasioni, la vicenda, con altamente probabile inquinamento della sua attendibilità; la persona offesa avrebbe raccontato l'accaduto, prima di riferirne in sede di incidente probatorio al fidanzato [REDACTED], all'amica [REDACTED], alla madre - la cui denuncia sarebbe di molto successiva alla rivelazione della figlia e che ne avrebbe parlato con il padre, il quale avrebbe poi scritto gli appunti -, quindi alla psicoterapeuta.

I giudici di merito non avrebbero tenuto conto della pluralità delle audizioni della minore e delle modalità di assunzione, incidenti sulla genuinità del racconto, per cui le dichiarazioni potrebbero essere state perfezionate nel corso del tempo, affinché la persona offesa fornisse una versione salvifica della sua immagine.

Sul punto si richiamano i principi della giurisprudenza e della Carta di Noto, richiamati ma non applicati.

Non sarebbero stati valutati ulteriori possibili fattori di inquinamento quali la sottoposizione della persona offesa alla terapia EMDR, qualificata anche dal perito [REDACTED] come idonea a creare falsi ricordi, o la circostanza che i fatti sarebbero stati riferiti per la prima volta al fidanzato [REDACTED], che le aveva chiesto conto su ciò che si mormorava nel paese, con la conseguenza che la persona offesa, secondo il ricorrente, avrebbe molto probabilmente fornito una versione capace di darle un'immagine di sé «pulita», effettuando una revisione dei suoi ricordi.

La Corte territoriale non avrebbe valutato tutti gli elementi a disposizione che inciderebbero sulla genuinità delle sue dichiarazioni.

2.6. Con il sesto motivo si deducono l'erronea applicazione degli art. 192, comma 3, 546, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. e l'illegittima valutazione delle dichiarazioni, *rectius* della credibilità totale, della persona offesa ed in particolare sulla riconoscibilità totale del dissenso da parte del ricorrente.

Il Tribunale di Reggio Calabria avrebbe assolto gli imputati [REDACTED] e [REDACTED] da alcuni capi d'imputazione (le violenze commesse tra il 14 febbraio 2014 e il 15 marzo 2015, ed i capi J e K), per l'assenza di prova sulla riconoscibilità da parte degli imputati del dissenso manifestato dalla persona offesa, per il suo atteggiamento ambiguo e contraddittorio, difficilmente interpretabile dagli imputati.

Tale valutazione, tenuto conto della coincidenza temporale tra i fatti, avrebbe dovuto essere estesa anche al ricorrente; inoltre la valutazione del Tribunale di Reggio Calabria consentirebbe di attribuire maggiore valore alla versione fornita dal ricorrente, ritenuta invece inverosimile dalla Corte territoriale, per cui l'imputato avrebbe interrotto la relazione con la persona offesa perché circolavano voci sul fatto che la ragazza avrebbe avuto numerosi rapporti sessuali in precedenza con altri soggetti.

2.7. Con il settimo motivo si deducono l'erronea applicazione degli art. 192 e 546, comma 1, lett. e) cod. proc. pen. nonché il vizio della motivazione per il travisamento della prova e per l'omessa enunciazione delle ragioni relative all'inattendibilità delle prove a difesa.

2.7.1. Il primo travisamento della prova riguarderebbe la valutazione degli *screenshot* prodotti dalla difesa relativi allo scambio di messaggi tra l'imputato e la persona offesa nel pomeriggio del 14 febbraio, successivamente alla commissione del reato, poiché la Corte territoriale avrebbe ritenuto che tale *screenshot* non contenesse alcuna indicazione circa la data di invio dei messaggi ivi contenuti e che la persona offesa avesse fermamente escluso che i messaggi in questione fossero stati inviati successivamente alla data del commesso reato.

La motivazione sarebbe in contrasto con le dichiarazioni rese dalla persona offesa nell'incidente probatorio, riportate in sentenza a pagina 30, che avrebbe ammesso che la conversazione sarebbe avvenuta nel medesimo orario in cui era stato eseguito lo *screenshot*.

Di conseguenza, la motivazione sarebbe apparente quanto alla risposta alle deduzioni difensive e contraddittoria sull'attendibilità della persona offesa.

2.7.2. Il secondo travisamento della prova riguarderebbe la valutazione dei tabulati telefonici dei tre soggetti coinvolti, utilizzabili comunque a favore.

Dai tabulati emergerebbe tra le 11.12 e le 12.15 del 14 febbraio 2015 un notevole traffico telefonico sui telefoni di due imputati e della persona offesa che mal si concilierebbe con la consumazione della violenza sessuale; inoltre, il cellulare della persona offesa nell'orario della violenza sessuale avrebbe agganciato la cella di via [REDACTED].

La motivazione in risposta al motivo di appello contrasterebbe con l'esito dei tabulati perché la Corte territoriale avrebbe risposto sull'aggancio della medesima cella telefonica e non sul traffico telefonico, e non avrebbe valutato che alle 11:23 l'utenza della minore aggancerebbe la cella di Via [REDACTED], cioè una cella diversa da quella in cui si sarebbe trovato il ricorrente. Ciò dimostrerebbe l'assenza di riscontri esterni alle dichiarazioni della persona offesa.

2.8. Con l'ottavo motivo si deducono i vizi di violazione di legge e della motivazione sulla mancata concessione delle attenuanti generiche. La motivazione sarebbe contraddittoria perché, sebbene dia atto che tra gli elementi ostativi al riconoscimento del beneficio vi sono i precedenti penali, la Corte territoriale ha rigettato l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche all'imputato incensurato. Il provvedimento impugnato sarebbe, altresì, viziato da contraddittorietà, poiché presupporrebbe una conoscenza da parte del ricorrente dei precedenti abusi mentre la sentenza avrebbe escluso la circostanza aggravante di cui all'art. 609-ter, n. 5-sexies, cod. pen. per la mancata pregressa conoscenza di tali violenze.

La Corte territoriale avrebbe dovuto valutare positivamente la condotta processuale dell'imputato e il ruolo subalterno che ha sempre mantenuto rispetto al coimputato maggiorenne.

2.9. Con il nono motivo si deducono l'erronea applicazione degli artt. 163 e 164 cod. pen. e la contraddittorietà della motivazione sulla mancata concessione della sospensione condizionale della pena chiesta con i motivi aggiunti.

La motivazione sarebbe contraddittoria in quanto si concentrerebbe sulla consapevolezza da parte dell'imputato dei precedenti abusi subiti dalla persona offesa. L'assenza di detta consapevolezza, invece, sarebbe stato l'elemento posto dalla medesima Corte territoriale a base dell'esclusione della circostanza aggravante ex art. 609-ter, n. 5-sexies, cod. pen.

La motivazione sarebbe contraddittoria ed in violazione degli artt. 163 e 164 cod. pen. poiché si limiterebbe a considerare, ai fini dell'esclusione del beneficio, solo la gravità del reato, omettendo di compiere un giudizio prognostico sulla reale possibilità che l'imputato si astenga dal commettere ulteriori reati, alla luce dei numerosi elementi addotti dalla difesa che deporrebbero in senso positivo.

Ulteriore profilo di contraddittorietà emergerebbe proprio dal trattamento sanzionatorio, applicato nella misura minima, quindi espressione di una

considerazione da parte della Corte della condotta come non particolarmente grave, nonostante la gravità del reato sia stata considerata l'unico elemento idoneo ad escludere l'applicazione della sospensione condizionale della pena.

2.10. Con il decimo motivo si deducono l'erronea applicazione dell'art. 28 d.P.R. N. 488 del 1988 e l'illogicità della motivazione sull'omesso accoglimento della richiesta di sospensione del processo e di messa alla prova.

La Corte d'Appello avrebbe fornito una motivazione carente e contraddittoria in ordine alla mancata concessione del beneficio, limitandosi a constatare l'assenza di una confessione e la negazione da parte dell'imputato di qualsiasi addebito di responsabilità, omettendo di considerare il principio *nemo tenetur se detegere* e che l'imputato avrebbe semplicemente raccontato la sua versione dei fatti circa il rapporto instaurato con la vittima.

La valutazione della Corte territoriale sarebbe giuridicamente erronea non essendo l'ammissione di responsabilità decisiva ai fini della concessione del beneficio *de quo* mentre avrebbe dovuto valutare l'evoluzione della personalità dell'imputato, la sua volontà di intraprendere un percorso di risocializzazione, il comportamento lodevole tenuto dall'imputato durante l'esecuzione della misura cautelare del collocamento in comunità. Non sarebbero state considerate le relazioni redatte dai Servizi minorili dell'amministrazione della Giustizia, che darebbero atto del percorso positivo seguito dall'imputato il quale si era iscritto alla facoltà di Economia dell'Università di Messina e aveva frequentato con profitto l'Accademia dei Parrucchieri.

La *ratio* dell'istituto in questione avrebbe dovuto indurre i giudici di merito a garantire il recupero del minore con tutti gli strumenti legislativi disponibili, posto che per il minore la condanna rappresenterebbe sempre l'*extrema ratio*.

3. Sono poi stati presentati dei motivi aggiunti ex art. 585, comma 4, cod. proc. pen. specificando il primo motivo.

3.1. Dopo il deposito del ricorso è stato emanato il d.l. n.132 del 2021 che ha modificato l'art. 132 d.lgs. n.196 del 2003, adeguando la disciplina al diritto comunitario ed alla sentenza della Corte di Giustizia; ora, solo con decreto motivato del giudice, su richiesta del Pubblico ministero o su istanza dell'imputato è possibile acquisire dati relativi al traffico telefonico o telematico, ai fini dell'accertamento del reato.

3.2. La questione rilevante sarebbe legata all'utilizzabilità dei tabulati telefonici acquisiti dal Pubblico ministero nel periodo anteriore alla novella legislativa e alla pronuncia della Corte di Giustizia, 2 marzo 2021, C-746/18.

Sul punto il Massimario della Corte di cassazione, con la Relazione n. 55 del 13 ottobre 2021, si sarebbe espresso in via principale per l'applicazione della

regola del *tempus regit actum* o, in alternativa, della sopravvenuta inutilizzabilità dei tabulati acquisiti, paventando anche la possibilità di sottoporre la questione all'interpretazione della Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE.

In sede di conversione, con la legge del 23 novembre 2021 n. 178, è stata inserita la disciplina transitoria, con il comma 1-*bis* dell'art. 1 del decreto legge, prevedendo l'utilizzabilità dei dati telefonici acquisiti anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto solo unitamente ad altri elementi di prova, se si procede per reati per cui la legge stabilisse la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a 3 anni, per i reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi.

3.3. La norma introdotta sarebbe incostituzionale per contrarietà agli artt. 3, 11 e 117, comma 1, Cost., poiché il legislatore, con la nuova disciplina, avrebbe sancito l'illegittimità *pro futuro* dei tabulati acquisiti con decreto motivato del Pubblico ministero; avrebbe irragionevolmente legittimato l'acquisizione dei tabulati disposta secondo la disciplina previgente, senza alcuna sanzione processuale, sebbene l'art. 132 cod. privacy nella formulazione precedente si ponesse in contrasto con il diritto comunitario e, quindi, avrebbe dovuto essere disapplicato.

3.4. Non eliderebbe il contrasto con la disciplina europea neanche la previsione che i tabulati possano essere utilizzati quale prova a carico solo unitamente ad altri elementi di prova, poiché si tratterebbe di un dato consolidato nella giurisprudenza, che non necessitava di alcuna norma di legge.

In punto di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione il ricorrente sottolinea che nella fattispecie l'acquisizione dei dati relativi alle comunicazioni supporterebbe le dichiarazioni della persona offesa; inoltre, la disciplina di riferimento, l'unica in grado di risolvere la questione, non sarebbe neanche suscettibile di interpretazione costituzionalmente orientata, stante la sua rigida formulazione.

In subordine, qualora non dovesse essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, sulla scorta delle conclusioni del Tribunale di Rieti, che sollecitava un intervento della Corte di Giustizia che chiarisse la portata della sentenza del 2 marzo 2021, si ritiene che, pur dovendo ritenersi superate le considerazioni del Tribunale alla luce dell'intervento legislativo, la Corte di cassazione, quale giudice di ultima istanza, dovrebbe disporre il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, con il seguente quesito: se l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7,8,11 e 52, par 1, della Carta di Nizza, ed in forza dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 2 marzo 2021 nella causa C-746/18, debba essere interpretato come ostativo ad una disciplina, quale quella prevista dall'art.

1, comma 1-bis, d.l. 132/2021 convertito in l. 178/2021, che consente l'utilizzabilità dei tabulati acquisiti con decreto motivato del Pubblico Ministero.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Va analizzato per primo il decimo motivo poiché propone una questione preliminare sul rigetto della richiesta di sospensione del processo per la messa alla prova.

1.1. Nell'ambito del giudizio minorile, l'ammissione alla messa alla prova dell'imputato previa sospensione del processo è subordinata al vaglio discrezionale del giudice di merito circa la possibilità di rieducazione e di inserimento del soggetto nella vita sociale ed è espressione di un giudizio prognostico - insindacabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata motivazione - condotto sulla scorta di molteplici indicatori, inerenti sia il reato commesso sia la personalità del reo, da lui manifestati anche in epoca successiva al fatto incriminato (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la decisione che aveva rigettato la richiesta di messa alla prova attesa la mancanza, da parte degli imputati, di una rimeditazione critica della propria condotta e della disponibilità ad un costruttivo reinserimento sociale, precisando il carattere non necessario della allegazione alla richiesta di messa alla prova del progetto di intervento; così Sez. 3, n. 28670 del 09/09/2020, C., Rv. 280276).

Secondo Sez. 2, n. 37860 del 06/10/2021, M., Rv. 282198 - 01, la prognosi che sottende la causa estintiva ex art. 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, preliminare al processo e intesa ad evitarlo, richiede un giudizio di apprezzamento in merito alla intrapresa rimeditazione da parte del minore delle ragioni della devianza e alla sua disponibilità a seguire un percorso di recupero - condotto sulla scorta di molteplici indicatori, inerenti sia il reato commesso sia la personalità del reo, emersi anche in epoca successiva al fatto incriminato.

In applicazione di tali principi Sez. 1, n. 37018 del 12/07/2019, A., Rv. 276940 - 01, ha ritenuto esente da censure la decisione che aveva rigettato la richiesta di messa alla prova atteso che gli imputati non avevano compreso la gravità degli atti commessi, avevano difficoltà ad affrontare responsabilmente un percorso di riflessione ed autocritica e sottovalutavano la smodata assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti.

Sez. 1, n. 26156 del 24/05/2019, J., Rv. 276393 - 01, ha sottolineato la rilevanza, nella formulazione del giudizio prognostico positivo sulla rieducazione del minore, del tipo di reato commesso, delle modalità di attuazione dello stesso e dei motivi a delinquere, al fine di valutare se il fatto contestato debba considerarsi un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un



sistema di vita, che faccia escludere un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità del minore verso modelli socialmente adeguati.

1.2. Quanto alla confessione da parte del minore ai fini dell'ammissione al beneficio della sospensione del processo con messa alla prova nel procedimento minorile, si è affermato che non integra un presupposto necessario, ma rappresenta un elemento sintomatico da cui desumere il ravvedimento, necessario per formulare un giudizio prognostico positivo sulla sua rieducazione e sull'evoluzione della personalità verso un costruttivo reinserimento sociale (Sez. 1, n. 40512 del 09/05/2017, Rv. 270982 - 01).

1.3. Il motivo è manifestamente infondato perché la motivazione sul rigetto della richiesta di sospensione del processo per la messa alla prova è immune da vizi logici e corretta in diritto.

La mancata confessione è uno degli elementi di valutazione del giudizio prognostico sicché la tesi difensiva - che esclude in radice la possibilità di analizzare tale elemento - è contraria al costante orientamento della giurisprudenza prima richiamato.

Inoltre, la Corte territoriale ha fondato la prognosi negativa non sull'esercizio del diritto di difesa, ma ha ritenuto la mancata ammissione della responsabilità un elemento di valutazione rivelatore dell'assenza di comprensione della gravità degli atti commessi, dell'assenza del percorso di riflessione ed autocritica. La Corte di appello ha, altresì, valorizzato la circostanza che l'indagato ha in sostanza rivolto delle accuse rivolte alla minore, nel tentativo di screditarla.

1.4. Quanto poi all'omessa valutazione delle relazioni dei servizi sociali, il motivo è del tutto generico, non essendo indicate con precisione quali sarebbero i documenti non valutati, ove siano rinvenibili in atti, a quando risalirebbero e quale contenuto avrebbero.

2. Il primo motivo ed i motivi aggiunti, sull'inutilizzabilità dei tabulati telefonici, sono infondati.

2.1. L'art. 187, comma 2, cod. proc. pen., indica che «Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali».

L'onere della prova è a carico di chi invoca l'applicazione della norma processuale: chi invoca l'applicazione dell'art. 191 cod. proc. pen. deve, dunque, provare il fatto da cui deriverebbe l'inutilizzabilità.

Ciò trova conferma anche nell'art. 581 cod. proc. pen. che prevede che, l'impugnazione, qui il ricorso per cassazione, a pena di inammissibilità, deve contenere l'enunciazione specifica: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche

istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.

Il ricorso, dunque, laddove deduce il vizio ex art. 606, lett. c), cod. proc. pen., deve indicare anche gli elementi di fatto che sorreggono la richiesta di dichiarare l'inutilizzabilità dei tabulati telefonici: il fatto processuale da provare, per come articolata la questione nel ricorso, non è la produzione dei tabulati nel processo ma che i tabulati siano stati acquisiti con decreto del Pubblico ministero e non del giudice.

2.2. Il ricorso avrebbe dovuto indicare, specificamente, quale decreto del Pubblico ministero abbia autorizzato l'acquisizione dei tabulati, dimostrare che i tabulati siano stati acquisiti in base a quel decreto e dove esso sia rinvenibile negli atti processuali.

Tali indicazioni sono del tutto omesse nel ricorso che, invece, dà per scontato proprio il fatto che avrebbe dovuto dimostrare - l'acquisizione su decreto del Pubblico ministero - e ciò a maggior ragione ove si consideri che l'eccezione di inutilizzabilità dei tabulati telefonici, per essere stati acquisiti dal Pubblico ministero e non dal giudice in violazione della direttiva comunitaria come interpretata dalla Corte di giustizia, è stata proposta per la prima volta con il ricorso per cassazione.

2.3. Tale onere di specificità si rinviene anche nella giurisprudenza.

Secondo Sez. U, n. 23868 del 23/04/2009, Fruci, Rv. 243416 - 01, in tema di ricorso per cassazione, è onere della parte che eccepisce l'inutilizzabilità di atti processuali indicare, pena l'inammissibilità del ricorso per genericità del motivo, gli atti specificamente affetti dal vizio e chiarirne altresì la incidenza sul complessivo compendio indiziario già valutato, sì da potersene inferire la decisività in riferimento al provvedimento impugnato (fattispecie relativa ad atti asseritamente compiuti dopo la scadenza del termine di durata delle indagini preliminari).

Tale principio è stato ribadito da Sez. U, n. 39061 del 16/07/2009, De Iorio, Rv. 244328 - 01, secondo cui «Non compete alla Corte di cassazione, in mancanza di specifiche deduzioni, verificare se esistano cause di inutilizzabilità o di invalidità di atti del procedimento che non appaiano manifeste, in quanto implicino la ricerca di evidenze processuali o di dati fattuali che è onere della parte interessata rappresentare adeguatamente».

Cfr. in tema di intercettazioni telefoniche Sez. 6, n. 18187 del 14/12/2017, dep. 2018, Nunziato, Rv. 273007 - 01, per cui la parte che deduce l'inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche ha l'onere di indicare specificamente gli atti sui quali l'eccezione si fonda e di allegare tali atti qualora non facciano parte del fascicolo trasmesso al giudice di legittimità.

2.4. Va altresì ribadito il principio espresso da Sez. 6, n. 37074 del 01/10/2020, Passamonti, Rv. 280551 - 01, per cui, in tema di ricorso per cassazione, la parte che deduca la nullità di un atto processuale che non fa parte del fascicolo trasmesso al giudice di legittimità, ha l'onere di indicare ed allegare al ricorso gli atti sui quali l'eccezione si fonda, in particolare quando si tratti di atti che non transitano nel fascicolo del dibattimento (fattispecie relativa alla proposizione dell'eccezione di nullità per omesso avvertimento all'imputato delle conseguenze della sua mancata comparizione all'udienza preliminare ai sensi dell'art. 419 cod. proc. pen., senza che il ricorrente avesse allegato al ricorso copia integrale del decreto di fissazione).

2.5. La Corte, in ogni caso, ha effettuato il controllo negli atti processuali (4 faldoni più il fascicolo principale), anche nei cd esistenti nel fascicolo, e non ha rinvenuto il decreto del Pubblico ministero in base al quale sarebbero stati acquisiti i tabulati telefonici; dell'esistenza di tale decreto in atti non vi è alcun concreto e specifico riferimento né nel ricorso e nei motivi aggiunti né nella sentenza impugnata.

L'unico riferimento che emerge dagli atti è nell'appello dell'imputato da cui risulta che i tabulati telefonici del ricorrente sono stati prodotti dalla difesa, tanto che a pag. 11 vi è un punto sulle censure alla sentenza di primo grado in cui si afferma al «non avere attribuito la giusta importanza ai tabulati telefonici forniti dalla difesa dello Giuffrè ritualmente depositati».

3. In ogni caso, anche a voler ritenere dimostrato che i tabulati siano stati acquisiti su decreto del Pubblico ministero, è infondata la tesi difensiva sulla inutilizzabilità ex art. 191 cod. proc. pen. per il contrasto tra l'art. 132 d.lgs. n.196 del 2003, nella formulazione in vigore al momento del fatto, l'art. 1, comma 1-*bis*, del d.l. n. 132 del 2021 recante «Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP», inserito dalla legge di conversione, con modificazioni, del 23 novembre 2021 n. 1791, entrata in vigore il 30 novembre 2021, sulla disciplina intertemporale, l'art. 15, paragrafo 1, della Dir. 2002/58/CE, modificato dalla Dir. 2009/136/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni, così come interpretato dalla Corte di Giustizia U.E. nella sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, nel caso H.K.

3.1. La tesi difensiva, espressa nei motivi aggiunti anche con riferimento alla disciplina intertemporale, è il frutto di una lettura parziale della sentenza della Corte di giustizia U.E. del 2 marzo 2021.

3.2. La Corte di Giustizia U.E., nella sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, nel caso H.K., sulla domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte

suprema dell'Estonia sull'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e della giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia U.E., ha affermato i seguenti principi:

«... Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo».

3.3. Quanto al soggetto che deve autorizzare l'acquisizione, la Corte di Giustizia U.E. ha affermato che deve trattarsi di un soggetto dotato di terzietà, quale il giudice o un'autorità amministrativa indipendente, per cui:

«59. In tali circostanze, occorre rispondere alla terza questione pregiudiziale dichiarando che l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale».

3.4. Il legislatore italiano è intervenuto sulla materia con il d.l. 30 settembre 2021, n. 132 recante «Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP», entrato in vigore il 30 settembre 2021, prevedendo fra l'altro che per l'acquisizione dei dati di



traffico «esterno» telefonico e telematico sia necessaria l'autorizzazione (o la convalida nei casi di urgenza) del giudice.

3.5. Con la legge 23 novembre 2021 n. 1791, entrata in vigore il 30 novembre 2021, di conversione, con modificazioni, del citato d.l., è stata colmata anche la lacuna della disciplina intertemporale, prevedendo con il comma 1-*bis* dell'art. 1 del d.l. n. 132 del 2021 inserito dalla legge di conversione, che i «dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi».

3.6. Non vi sono dubbi, quanto alla proporzionalità, sulla compatibilità tra la disciplina nazionale precedente alle modifiche normative del 2021 e quella europea poiché il delitto di violenza sessuale di gruppo ex art. 609-*octies* cod. pen. costituisce per il legislatore una forma gravissima di criminalità, tanto da essere punito, all'epoca del commesso reato, con la pena da 6 a 12 anni di reclusione, elevata poi da 8 a 14 anni di reclusione dalla legge n. 69 del 2019.

Per altro, si tratta di reato commesso a danno di una minore, sicché la disciplina giuridica di tutela è anche in adempimento delle relative convenzioni internazionali.

3.7. I limiti edittali del reato ex art. 609-*octies* cod. pen. rientrano tra quelli previsti attualmente dal comma 1-*bis* dell'art. 1 del d.l. n. 132 del 2021 introdotto dalla legge di conversione n. 1791 del 2021.

3.8. La tesi del ricorrente per cui la disciplina intertemporale non soddisferebbe il secondo principio affermato dalla Corte di Giustizia U.E., quello sull'acquisizione mediante il giudice terzo o un'autorità amministrativa indipendente, è infondata, perché non tiene conto del par. 43 della sentenza del 2 marzo 2021:

«43. Per quanto riguarda più in particolare il principio di effettività, occorre ricordare che le norme nazionali relative all'ammissibilità e all'utilizzazione delle informazioni e degli elementi di prova hanno come obiettivo, in virtù delle scelte operate dal diritto nazionale, di evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo arrechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso dei reati. Orbene, tale obiettivo può, a seconda del diritto nazionale, essere raggiunto non solo mediante un divieto di utilizzare informazioni ed elementi di prova siffatti, ma anche mediante norme e prassi

nazionali che disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova, o addirittura tenendo conto del loro carattere illegittimo in sede di determinazione della pena (sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 225)».

3.9. Dunque, la stessa Corte di Giustizia U.E. ha affermato che gli Stati non debbono necessariamente prevedere l'inutilizzabilità dei dati acquisiti in violazione della direttiva ma possono emanare «norme e prassi nazionali che disciplinino la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova», o che tenendo conto del carattere illegittimo, possano avere effetti sulla determinazione della pena.

3.10. Il legislatore nazionale ha seguito, tra le 3 possibili, la seconda strada, emanando una norma che prevede l'utilizzabilità solo a determinate condizioni: semplificando, i tabulati telefonici acquisiti prima delle modifiche apportate nel 2021 possono essere utilizzati sempre a favore; a carico solo per l'accertamento dei reati più gravi (per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni) o nei casi di gravi minacce, molestie o disturbi alle persone con il mezzo del telefono, e solo unitamente ad altri elementi di prova.

3.11. Il legislatore italiano ha così soddisfatto anche l'altra condizione che si rinviene nel par. 44 della sentenza del 2 marzo 2021 della Corte di Giustizia U.E. collegata al rispetto del principio del contraddittorio:

«44 La necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione deve essere valutata alla luce, in particolare, del rischio che l'ammissibilità di informazioni ed elementi di prova siffatti comporta per il rispetto del principio del contraddittorio e, pertanto, del diritto ad un processo equo. Orbene, un organo giurisdizionale, il quale consideri che una parte non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito a un mezzo di prova rientrante in una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti, deve constatare una violazione del diritto ad un processo equo ed escludere tale mezzo di prova al fine di evitare una violazione siffatta. Pertanto, il principio di effettività impone al giudice penale nazionale di escludere informazioni ed elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, od anche mediante un accesso dell'autorità competente a tali dati in violazione del diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale instaurato nei confronti di persone sospettate di atti di criminalità, qualora tali persone non siano in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito alle informazioni e agli elementi di prova suddetti, riconducibili ad una materia

estranea alla conoscenza dei giudici e idonei ad influire in maniera preponderante sulla valutazione dei fatti (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punti 226 e 227).

3.12. La nuova disciplina è pertanto del tutto compatibile con la normativa europea prima richiamata, come interpretata dalla Corte di Giustizia U.E., avendo esteso le garanzie per l'acquisizione dei tabulati: ed è bene ricordare che la pregressa disciplina, che prevedeva l'acquisizione da parte del Pubblico ministero, è sempre stata ritenuta compatibile con la Costituzione italiana (Sez. U, n. 6 del 23/02/2000, D'Amuri, Rv. 215841 - 01; Sez. U, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, Rv. 216247 - 01; Corte costituzionale, sentenza n. 81 del 1993 secondo cui l'acquisizione deve avvenire sulla base di un atto dell'autorità giudiziaria sorretto da un'adeguata e specifica motivazione, diretta a dimostrare la sussistenza in concreto di esigenze istruttorie volte al fine, costituzionalmente protetto, della prevenzione e della repressione dei reati; autorità giudiziaria di cui fa parte il Pubblico ministero).

3.13. Dunque, nel caso *de quo* i tabulati sono utilizzabili, tenuto conto dei limiti edittali del reato per cui si procede, per avere la Corte di appello valutato i tabulati unitamente ad altri elementi di prova - le dichiarazioni della persona offesa e gli altri elementi di riscontro indicati in sentenza, fra cui le dichiarazioni dell'imputato riportate a pagina 24 sull'essersi recato presso l'abitazione del maggiorenne [REDACTED] con la persona offesa -, per il concreto esercizio del diritto di difesa esercitato sul contenuto degli stessi tabulati, invocati anche quale prova contraria.

4. È manifestamente infondato il secondo motivo con cui si deduce il vizio di violazione di legge processuale, eccependo la nullità dell'incidente probatorio perché sarebbe stato disposto in violazione degli artt. 14 e 392 cod. proc. pen., e l'omessa risposta all'eccezione difensiva.

4.1. Va osservato che con l'atto di appello l'eccezione di nullità, per come dedotta con il ricorso, non risulta proposta: nella parte generale dell'appello si segnala esclusivamente la singolarità dell'incidente probatorio svolto alla contemporanea presenza del due Pubblici ministeri e dei due Giudici per le indagini preliminari. L'eccezione di nullità dell'incidente probatorio non risulta proposta neanche nelle conclusioni dell'atto di appello e nei motivi aggiunti.

Trattandosi di eccezione di nullità, avrebbe dovuto essere dedotta specificamente, in base all'art. 581 cod. proc. pen.

4.2. Va poi ribadito il costante orientamento della giurisprudenza per cui, ex art. 606, comma 3, cod. proc. pen., la denuncia di violazioni di legge non dedotte

con i motivi di appello costituisce causa di inammissibilità originaria dell'impugnazione.

Già prima della modifica dell'art. 581 cod. proc. pen., Sez. U. n. 24 del 24/11/1999, Spina, Rv. 214794, in motivazione, affermò che il parametro dei poteri di cognizione del giudice di legittimità è delineato dall'art. 609, primo comma cod. proc. pen., il quale ribadisce in forma esplicita un principio già enucleabile dal sistema, e cioè la commisurazione della cognizione di detto giudice ai motivi di ricorso proposti. Detti motivi - contrassegnati dall'inderogabile «indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto» che sorreggono ogni atto d'impugnazione (artt. 581, comma 1, lett. e) e 591, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.) - sono funzionali alla delimitazione dell'oggetto della decisione impugnata ed all'indicazione delle relative questioni, con modalità specifiche al ricorso per cassazione.

La lettura coordinata degli artt. 609 e 606, comma 3, cod. proc. pen. impedisce la proponibilità in cassazione di qualsiasi questione non prospettata in appello, quale rimedio contro il rischio concreto di un annullamento, in sede di cassazione, del provvedimento impugnato, in relazione ad un punto intenzionalmente sottratto alla cognizione del giudice di appello: in questo caso, infatti è facilmente diagnosticabile in anticipo un inevitabile difetto di motivazione della relativa sentenza con riguardo al punto dedotto con il ricorso, proprio perché mai investito della verifica giurisdizionale.

4.3. Va altresì ricordato che il processo si è celebrato con il giudizio abbreviato sicché, ai sensi dell'art. 438, comma 6-*bis*, cod. proc. pen. sono sanate tutte le nullità, tranne quelle assolute, e le inutilizzabilità, ad esclusione di quelle derivanti da un divieto probatorio.

4.4. Inoltre, per le nullità ed inutilizzabilità vige il principio di tassatività.

L'art. 177 cod. proc. pen., prevede che «L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge».

Quanto all'inutilizzabilità, la legge delega n. 81 del 16 febbraio 1987 impose la «previsione espressa sia delle cause di invalidità degli atti che delle conseguenti sanzioni processuali».

Vi sono, infatti, norme del codice di procedura penale la cui violazione non comporta sanzioni. D'altronde, il vizio, per il quale è proponibile ricorso per cassazione ex art. 606, lett. c), cod. proc. pen., sussiste solo per l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o di decadenza.

4.5. L'inutilizzabilità delle prove raccolte nell'incidente probatorio è prevista nei soli casi indicati nell'art. 403 cod. proc. pen.



4.5. Le nullità degli atti compiuti nell'incidente probatorio hanno natura relativa ex art. 181, comma 2, cod. proc. pen.; sono pertanto sanate ex art. 438, comma 6-*bis*, cod. proc. pen.

4.6. Nessuna norma sanziona con la nullità lo svolgimento contemporaneo dell'incidente probatorio dinanzi ai due diversi Giudici per le indagini preliminari, con le relative parti.

Inoltre, l'art. 398, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., quando si procede per alcuni reati, fra cui il delitto ex art. 609-*octies* cod. pen. e si deve procedere all'esame dei minori, consente al giudice di stabilire le modalità particolari con cui procedere all'esame, proprio a tutela del minore, ove sussistano ragioni anche di sola opportunità.

Lo svolgimento dell'incidente probatorio nel caso in esame risponde alla tutela di tali esigenze di opportunità.

4.7. In ogni caso, dallo svolgimento contemporaneo dell'incidente probatorio dinanzi ai due diversi Giudici per le indagini preliminari, entrambi ugualmente funzionalmente competenti, con le relative parti, non deriva una violazione della competenza funzionale del Tribunale per i minorenni né l'invocata nullità assoluta ex art. 178, lett. a), cod. proc. pen., proprio perché l'esame testimoniale si è svolto anche in presenza dell'autorità giudiziaria funzionalmente competente.

4.8. Non è stata correttamente invocata l'applicazione dell'art. 178, lett. a) cod. proc. pen.

Le condizioni di capacità del giudice la cui inosservanza determina la sanzione processuale della nullità ai sensi dell'art. 178, lett. a), cod. proc. pen. sono individuabili esclusivamente nei requisiti di capacità «generica» di cui all'art. 33, comma 1, in tema di nomina ed ammissione alla funzione giurisdizionale; così Sez. 6, n. 51126 del 18/07/2019, Evangelisti, Rv. 278192 - 03, che ha altresì rilevato che ai fini della sussistenza della nullità non assume rilievo la capacità «specificata», presa in considerazione dal comma 2 dell'art. 33 cod. proc. pen., che afferisce alla regolare costituzione del giudice nell'ambito del singolo processo, con esplicito richiamo alle disposizioni sulla sua destinazione agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sull'assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici.

4.9. Né una violazione dell'art. 33 cod. proc. pen. può rinvenirsi in tale caso o nello svolgimento di domande che concernono il più ampio andamento dei fatti, perché l'incidente probatorio nei confronti del ricorrente non può prescindere da una valutazione complessiva della vicenda e delle dichiarazioni della persona offesa, per altro richiesta anche con i motivi di ricorso.



5. Il terzo motivo, con cui si deduce il vizio di violazione di legge processuale con riferimento all'erronea applicazione degli artt. 499, comma 5, e 514, comma 2, cod. proc. pen., è manifestamente infondato.

5.1. Il motivo è inammissibile perché si tratta di una questione dedotta per la prima volta con il ricorso per cassazione e non con i motivi di appello.

5.2. Inoltre, il vizio di violazione di legge processuale di cui alla lett. c) dell'art. 606 cod. proc. pen. sussiste solo per l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o di decadenza.

La norma che sarebbe stata violata, l'art. 499, comma 5, cod. proc. pen., non prevede, in caso di inosservanza, nessuna delle sanzioni descritte nella lett. c) dell'art. 606 cod. proc. pen.: dunque, il motivo è inammissibile ex art. 606, comma 3, cod. proc. pen., perché proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge.

5.3. Erroneamente invocato è l'art. 514, comma 2, cod. proc. pen. che si riferisce agli atti di polizia giudiziaria e non a quelli redatti dai privati.

5.4. Del tutto infondato è poi il richiamo alla mancanza di consenso delle parti prescritto dall'art. 493, comma 3, cod. proc. pen., posto che il ricorrente ha chiesto il giudizio abbreviato, prestando il consenso al giudizio allo stato degli atti.

Inoltre, l'incidente probatorio si è svolto nella fase delle indagini preliminari, quando vi è un solo fascicolo formato, quello del Pubblico ministero.

6. Il quarto motivo, con cui si deduce l'erronea applicazione dell'art. 499, commi 2 e 3, cod. proc. pen. e si eccepisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nell'incidente probatorio perché condotto in violazione del divieto di porre domande suggestive e nocive, è sia inammissibile ex artt. 606, comma 3, e 609 cod. proc. pen., trattandosi di violazione di legge non dedotta con i motivi di appello, sia manifestamente infondato.

6.1. Va ribadito il costante orientamento della giurisprudenza per cui, in tema di esame testimoniale, la violazione del divieto di porre domande suggestive non comporta né l'inutilizzabilità né la nullità della deposizione, non essendo prevista una tale sanzione dall'art. 499, comma 3, cod. proc. pen., né potendo la stessa essere desunta dalle previsioni contenute nell'art. 178 cod. proc. pen. (in motivazione, la Corte ha peraltro precisato che la domanda suggestiva può compromettere la genuinità della dichiarazione ove abbia inciso sul risultato della prova in maniera da rendere il materiale raccolto globalmente inidoneo ad essere valutato; così Sez. 3, n. 49993 del 16/09/2019, R., Rv. 277399 - 01).

6.2. Dalla sentenza impugnata e dai motivi di appello non risulta essere stata dedotta la questione dell'inattendibilità delle dichiarazioni della persona offesa sotto il profilo della sottoposizione ad essa di domande suggestive: sicché il motivo

è inammissibile ex art. 606, comma 3, e 609 cod. proc. pen. perché si tratta di questione non dedotta con i motivi di appello.

6.3. L'assenza della sanzione della nullità o inutilizzabilità rende il motivo ex art. 606, lett. c), cod. proc. pen. inammissibile ex art. 606, comma 3, cod. proc. pen.

7. Il quinto ed il sesto motivo sono manifestamente infondati nella parte in cui deducono l'erronea applicazione dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., trattandosi di norma che secondo il costante orientamento della giurisprudenza non si applica alle dichiarazioni della persona offesa, che è un testimone (Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Bell'Arte, Rv. 253214).

8. Il quarto motivo, nella parte in cui fa riferimento alla consulenza tecnica di parte del prof. Sartori, il quinto ed il sesto motivo, laddove deducono la violazione dell'art. 546, comma 1, lett. e) cod. proc. pen. e l'illegittima valutazione della credibilità totale della persona offesa, sono inammissibili perché si fondano su prove - la sentenza n.2477/2018 del Tribunale di Reggio Calabria, le trascrizioni della testimonianza del consulente tecnico della difesa prof. [REDACTED] e la sua relazione tecnica - non acquisite nel processo *de quo*, sicché non è avvenuta la violazione dell'art. 546 comma 1, lett. e), cod. proc. pen., per altro rilevante solo quale vizio della motivazione.

8.1. Risulta che con i motivi aggiunti di appello, «atteso che, il procedimento principale (quello dei maggiorenni) si è concluso, quanto meno, nel primo grado ed in quello si è proceduto ad una larga ed incisiva istruttoria», si chiese «previa riapertura dell'attività istruttoria, di poter produrre la seguente documentazione:

- trascrizioni dell'esame dell'imputato [REDACTED] reso nel proc. n. 8805/15 RGNR- n. 1724/2017 RG Trib (udienza del
- Trascrizioni deposizione teste [REDACTED] resa nel proc. n. 8805/15 RGNR n. 1724/2017 RG Trib (udienza del 21.05.2018);
- Trascrizioni deposizione del consulente della difesa prof. [REDACTED] rese nel proc. n. 8805/15 RGNR n. 1724/2017 RG Trib;
- Perizia di parte espletata dal dott. [REDACTED] e depositata nel detto procedimento;
- attestati di proficua partecipazione dell'imputato ai corsi organizzati dall'Accademia dei Parrucchieri».

Il motivo non prospetta alcuna argomentazione sulla necessità di procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e sulla rilevanza delle prove offerte; la richiesta era dunque del tutto generica.

8.2. All'udienza del 29 giugno 2018 furono poi prodotte le trascrizioni degli esami dibattimentali rese da [REDACTED] e [REDACTED] nel processo a carico degli imputati maggiorenni; all'udienza del 7 febbraio 2019 la difesa chiese l'acquisizione delle prove a cui il Procuratore generale si oppose; questi prestò il consenso all'acquisizione del solo dispositivo della sentenza del Tribunale di Reggio Calabria nel processo a carico degli imputati maggiorenni.

Tale sentenza fu prodotta dalla difesa il 7 novembre 2019 e l'udienza fu rinviata per consentirne l'esame.

Dopo una serie di rinvii preliminari, all'udienza del 4 novembre 2020 fu acquisito agli atti del processo solo un certificato scolastico e dopo le conclusioni delle parti la Corte di appello emise il dispositivo di sentenza.

8.3. Ciò di cui si chiese l'acquisizione sono prove, e non documenti, come erroneamente definiti nei motivi aggiunti di appello.

Però, non risulta emesso alcun provvedimento di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale; anzi, la pronuncia della sentenza, con la conferma della condanna, implica che la Corte di appello ha ritenuto il processo decidibile allo stato degli atti ed ha rigettato implicitamente la richiesta di rinnovazione, per altro, come già indicato, del tutto generica; cfr. Sez. 4, n. 1184 del 03/10/2018, dep. 2019, Motta, Rv. 275114 - 01 per cui il giudice d'appello ha l'obbligo di motivare espressamente sulla richiesta di rinnovazione del dibattimento nel solo caso di suo accoglimento, mentre può anche motivarne implicitamente il rigetto, evidenziando la sussistenza di elementi sufficienti ad affermare o negare la responsabilità del reo.

8.4. Deve ricordarsi che nel giudizio abbreviato di appello le parti non hanno un diritto all'assunzione di prove nuove, ma hanno solo il potere di sollecitare l'esercizio dei poteri istruttori di cui all'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., essendo rimessa al giudice la valutazione dell'assoluta necessità dell'integrazione probatoria richiesta (Sez. 6, n. 51901 del 19/09/2019, Graziano, Rv. 278061 - 01; cfr. anche Sez. 6, n. 37901 del 21/05/2019, Arbolino, Rv. 276913 - 02 per cui nel giudizio di appello conseguente allo svolgimento del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato le parti non possono far valere il diritto alla rinnovazione dell'istruzione per l'assunzione di prove nuove sopravvenute o scoperte successivamente, spettando in ogni caso al giudice la valutazione in ordine alla assoluta necessità della loro acquisizione).

Nello stesso senso Sez. 1, n. 19753 del 30/03/2021, Lo Monaco, Rv. 281365 - 01, quanto alle indagini difensive, ha affermato che il diritto del difensore di svolgere indagini difensive, pur esercitabile in ogni stato e grado del procedimento, deve tuttavia essere coordinato, affinché i risultati di dette indagini possano trovare ingresso nel processo, con i criteri ed i limiti specificamente previsti dal codice per la formazione della prova (in applicazione del principio la Corte ha

ritenuto legittima la decisione di rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruzione in giudizio abbreviato d'appello mediante acquisizione dei verbali delle dichiarazioni assunte in sede di indagini difensive, allegati all'atto di appello ed ai motivi nuovi).

Quanto al diritto alla prova contraria, cfr. Sez. 3, n. 56049 del 20/07/2017, B., Rv. 272426 - 01, per cui in tema di giudizio abbreviato, il diritto alla controprova spettante all'imputato che abbia richiesto il rito speciale senza integrazioni probatorie, nel caso in cui il giudice assuma di ufficio nuovi elementi necessari alla decisione, deve essere tempestivamente esercitato nel corso del giudizio di primo grado, dovendo ritenersi, in assenza di deduzione, completo il quadro processuale utilizzabile ai fini della decisione; ne consegue che è preclusa la richiesta di ammissione della prova contraria formulata per la prima volta in grado di appello, che può valere solo come sollecitazione affinché il giudice dell'impugnazione si avvalga dei poteri di integrazione probatoria officiosa, qualora ricorra un'ipotesi di assoluta necessità.

8.5. Il motivo di appello sull'inattendibilità della persona offesa si fondava su alcuni elementi di fatto specificamente indicati e qui riportati per punti: il luogo dell'appuntamento il giorno del fatto; lo sfogo con l'amica; le incongruenze ricostruttive; il ruolo dell'imputato; i motivi di risentimento; i tabulati telefonici forniti dalla difesa dell'imputato; gli *screenshot*; lo *screenshot* del 14.02.15; il riscontro fornito dal teste [REDACTED]. L'appello si fondava altresì sulla contestazione dei riscontri al narrato della persona offesa; si invocava la credibilità frazionata, su cui poi si dirà.

Gli altri punti dell'appello riguardavano: l'insussistenza della circostanza aggravante ex art. 609-ter, n. 5-sexies, cod. pen. e l'illogicità del relativo passo motivazionale; il giudizio di equivalenza tra la circostanza aggravante contestata e la diminuzione della minore età; la mancata concessione delle attenuanti generiche; l'illegittimità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione e messa alla prova.

I motivi aggiunti erano relativi all'insussistenza della circostanza aggravante ex art. 609-ter, n. 5-sexies, cod. pen. ed all'illogicità del relativo passo motivazionale; al giudizio di equivalenza tra la circostanza aggravante contestata e la diminuzione della minore età; all'illegittimità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione e messa alla prova. Infine, era formulata la richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

8.6. Con i motivi aggiunti, pur potendo, non sono state articolate le questioni fondate sulle prove nuove di cui si chiedeva l'acquisizione; alcune di tali questioni sono state dedotte per la prima volta con il ricorso per cassazione, come quelle concernenti la testimonianza del consulente tecnico della difesa prof. [REDACTED]

██████ e la sua relazione; quelle relative all'usura della fonte dichiarativa; quelle relative ai fattori di inquinamento indicati nella consulenza del dottor ██████ relativi alla sottoposizione della persona offesa alla terapia EMDR.

Non sussiste, dunque, alcun vizio della motivazione, trattandosi di questioni non dedotte in precedenza, né l'omessa valutazione di prove contrarie, non acquisite.

8.7. Quanto alla questione dell'attendibilità frazionata, il motivo di ricorso si fonda sempre sulla sentenza del Tribunale di Reggio Calabria non acquisita nel giudizio abbreviato di appello.

Inoltre, la questione era stata proposta in maniera opposta con l'appello: cioè si chiese di valutare che l'attendibilità della minore potesse essere «frazionata», cioè esistente verso i maggiorenni ed inesistente rispetto al minore oggi ricorrente.

Con il quinto motivo si chiede invece, in sostanza, di ritenere inattendibile la persona offesa perché ritenuta - ove ciò sia vero - l'attendibilità frazionata nel processo a carico dei maggiorenni.

Il motivo, dunque, prospetta ancora una volta una questione del tutto nuova, fondata su prove non acquisite.

8.8. Il sesto motivo poi si incentra sulla riconoscibilità totale del dissenso da parte del ricorrente; anche tale motivo si fonda sempre sulla sentenza del Tribunale di Reggio Calabria nel processo a carico per i minorenni e pone una questione del tutto nuova rispetto all'appello.

Inoltre, il richiamo alla riconoscibilità del dissenso è in totale contrasto con le dichiarazioni del ricorrente, che ha sempre riferito di rapporti consenzienti e quindi della percezione del consenso da parte sua. E ciò a tacere della correttezza giuridica di tale tesi. Il motivo è sul punto del tutto inammissibile.

9. Il settimo motivo è infondato.

9.1. Il travisamento della prova, ex art. 606, lett. e), cod. proc. pen., può essere invocato quale vizio della motivazione, sotto i profili della contraddittorietà o illogicità manifesta, solo quando il giudice di merito abbia fondato il proprio convincimento su una prova che non esiste o sul risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale - quanto alla prova dichiarativa, ad es. il vizio sussiste se il teste ha detto rosso ed il giudice ha scritto bianco - o quando si omette la valutazione di una prova decisiva ai fini della pronuncia.

In più, il vizio sussiste solo se l'errore accertato sia idoneo a disarticolare l'intero ragionamento probatorio, rendendo illogica la motivazione per la essenziale forza dimostrativa dell'elemento frainteso o ignorato, fermi restando il limite del *devolutum* in caso di cosiddetta «doppia conforme» e l'intangibilità della valutazione nel merito del risultato probatorio.

È, invece, inammissibile il motivo di ricorso con cui si contesti l'adeguatezza della valutazione probatoria del giudice di merito per ottenerne una diversa: si tratta di una censura non riconducibile alle tipologie di vizi della motivazione tassativamente indicate dalla legge.

9.2. Il brano riportato nelle pagine 30-31 della sentenza impugnata ha chiaramente ad oggetto non la data della conversazione riprodotta con lo *screenshot* ma la data in cui fu fatto lo *screenshot* e quando fu passato sul computer.

Dunque, è insussistente il travisamento della prova; né risulta chiaramente dal passo riportato quando sarebbero stati mandati i messaggi, sicché con il motivo si chiede in realtà alla Corte di valutare la prova prospettandone una lettura alternativa.

9.3. Sempre con il settimo motivo si deduce il travisamento della prova per omissione; secondo il ricorrente la Corte di appello non avrebbe valutato che alle 11:23 l'utenza della minore aggancerebbe la cella di Via Cosentino S. Elia, cioè una cella diversa da quella in cui si sarebbe trovato il ricorrente.

L'irrelevanza di tale argomento emerge proprio dai tabulati telefonici allegati dalla difesa al ricorso; se effettivamente risulta che alle 11:23 l'utenza della minore aggancia la cella di Via [REDACTED], però 4 secondi prima aveva agganciato sempre la cella di via [REDACTED]; tale cella è riagganciata anche alle 11.23.21. Le celle poi si susseguono a distanza di pochi secondi.

Dunque, ciò che avviene è un «ribalzo» di celle che dipende solo dal traffico telefonico e dalla cella libera che trova l'utente che adopera la rete.

9.4. In ogni caso, va ricordato che la Corte di appello ha fondato la decisione anche sulla dichiarazione dell'imputato che ha ammesso di aver portato la ragazza presso l'abitazione di [REDACTED] (cfr. pag. 24 della sentenza) sicché alcuna rilevanza assume il dato del susseguirsi delle celle in pochi secondi. È, infatti, questo il dato probatorio che emerge dai tabulati prodotti dalla difesa, non la presenza della persona offesa in un luogo diverso.

10. L'ottavo motivo, sulla mancata concessione delle circostanze attenuanti generiche, è manifestamente infondato.

10.1. Sull'applicazione delle circostanze attenuanti generiche il giudice del merito esprime un giudizio di fatto la cui motivazione è insindacabile in sede di legittimità purché non sia contraddittoria e dia conto, anche richiamandoli, degli elementi, tra quelli indicati nell'art. 133 cod. pen., considerati preponderanti ai fini della concessione o dell'esclusione, senza che occorra la contestazione o la invalidazione degli elementi sui quali la richiesta difensiva si fonda.

10.2. La Corte di appello ha rigettato l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche sulla base degli indici ex art. 133 cod. pen.: la gravità del reato, ampiamente descritta nella sentenza, e la personalità dell'imputato, emergente soprattutto dall'assenza di ravvedimento e dalle dichiarazioni volte a screditare la persona offesa.

10.3. Non sussiste la contraddittorietà affermata dalla difesa perché la Corte di appello ha ritenuto non che il ricorrente fosse del tutto inconsapevole delle precedenti violenze sessuali subite dalla persona offesa, ma solo che non ne avesse una «completa conoscenza»; secondo la Corte territoriale il ricorrente era a conoscenza delle pregresse violenze sessuali subite, anche se non di tutte, tanto da collaborare all'ultima violenza sessuale, quella di gruppo, portando la minore, che in lui aveva riposto fiducia, proprio dall'autore delle più gravi e numerose violenze. Dunque, la motivazione della Corte di appello è immune da vizi logici e del tutto corretta in diritto.

11. Il nono motivo, sulla sospensione condizionale della pena, è manifestamente infondato.

11.1. La Corte di appello ha chiaramente fatto riferimento al giudizio prognostico sia nella parte in diritto della motivazione (pag. 36) che in quella in fatto, nella quale dà atto di valutare, in base alle modalità del fatto, la capacità a delinquere del ricorrente (cfr. pag. 37).

La sussistenza della capacità a delinquere è fondata sulla gravità del fatto, sulla specifica condotta tenuta dall'imputato, sulla condotta antecedente al reato, sull'età, ed infine sulla condotta successiva al reato (cfr. pag. 37, ultimo capoverso).

11.2. Il motivo prende in esame solo una parte della motivazione, relativa ad una inesistente contraddizione con l'esclusione della circostanza aggravante ex art. 609-ter, n. 5-sexies, cod. pen., come già indicato, e non si confronta con l'articolata motivazione della sentenza.

Né la valutazione sulla gravità del reato è contraddittoria rispetto al rigetto della richiesta di sospensione condizionale della pena perché i giudici di merito sono sì partiti dal minimo, ma da una pena edittale che è di 6 anni di reclusione: è stato cioè il legislatore a ritenere che per la gravità del reato ex art. 609-octies cod. pen. il minimo edittale sia particolarmente elevato (e portato nel 2019 ad 8 anni di reclusione).

11.3. Quanto alla richiamata sentenza di Sez. 2, del 21/09/2020 n.35185, va rilevato che nella motivazione di tale sentenza la Corte di cassazione non ha affatto affermato un principio generale per cui la concessione del minimo della pena impone l'applicazione della sospensione condizionale della pena né è un indice di

valutazione in sé. Nel caso esaminato la Corte di cassazione ha rilevato l'esistenza di un vizio della motivazione perché del tutto generica: si afferma infatti che «Pur non sussistendo un nesso di necessaria correlazione tra la determinazione della pena e la concessione della sospensione condizionale (cfr. Sez. 1, n. 1327 del 26/10/1990, dep. 1991, Iannello, Rv. 186293), ritiene il Collegio che sussista il vizio motivazionale denunciato dal ricorrente. Invero, la riconduzione ai limiti edittali motivata con un indistinto rinvio all'art. 133 cod. pen. (che deve quindi essere inteso, anzitutto, ai parametri dettati dal primo comma del predetto articolo per l'apprezzamento della gravità del reato) appare in evidente contraddizione - avuto anche riguardo all'esclusione già in primo grado dell'aggravante ex art. 7, e alla unicità dell'episodio ascritto - con il diniego della sospensione, motivato anch'esso, in primo luogo, con il richiamo alla "gravità dei fatti in contestazione"».

11.4. Del tutto irrilevante è il passaggio della motivazione in cui la Corte territoriale non ha dato atto della richiesta della sospensione condizionale della pena effettuata con i motivi aggiunti, avendo motivato ugualmente sulla non applicabilità dell'istituto.

12. Pertanto, il ricorso deve essere rigettato.

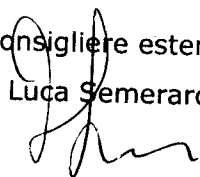
P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

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 imposto dalla legge.

Così deciso il 16/02/2022.

Il Consigliere estensore
Luca Semeraro



Il Presidente
Vito Di Nicola

