



Procura della Repubblica
presso il Tribunale di Tivoli

All'On. Le Corte di cassazione

RICORSO PER CASSAZIONE DEL PUBBLICO MINISTERO

Il Procuratore della Repubblica, Dott. Francesco Menditto e il Sostituto Procuratore della Repubblica Dott.ssa Arianna Armanini,
con il presente atto **propongono ricorso per Cassazione avverso il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Tivoli emesso in data 5 luglio 2019 (confermato il 9.7.2019), con il quale è stata rigettata la richiesta di incidente probatorio della persona offesa minorenne TIZIO (n. XX.X..2002) affetta da “disturbo delle emozioni e del comportamento, avanzata dal pubblico ministero nel procedimento n. 12XX/2019 RGNR nei confronti di CAIO, indagato del delitto p. e p. dagli artt. 81, 609-quater co. 2, 609-septies c.p.**

ANALOGO RICORSO E' STATO ACCOLTO DALLA CORTE DI CASSAZIONE IL 16 MAGGIO 2019 (N. Ric. Ge. 5646/2019). LA MOTIVAZIONE NON E' STATA ANCORA DEPOSITATA ALL'ATTO DELLA REDAZIONE DEL PRESENTE RICORSO.

P R E M E S S A

1. L'oggetto del presente ricorso

Il ricorso viene proposto:

- a) **in via principale per la declaratoria di abnormità del provvedimento emesso, con restituzione degli atti al Giudice per le indagini preliminari affinché provveda ad ammettere il richiesto incidente probatorio.**

Come si vedrà oltre analogo ricorso è stato accolto dalla Corte di cassazione;

- b) **in via subordinata, qualora la Corte si voglia discostare dal precedente di cui si dirà a breve, quanto meno per violazione di legge, previa rimessione degli atti alla Corte costituzionale, ritenendo rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 392, co. 1-bis, e 398 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la ricorribilità per cassazione – quanto meno per violazione di legge - nel caso in cui il Giudice rigetti la richiesta avanzata ai sensi del comma 1-bis dell'art. 392**



c.p.p. citato, per violazione dell'art. 117 co. 1 della Costituzione in relazione all'obbligo internazionale assunto dall'Italia di evitare la vittimizzazione secondaria previsto (quanto meno):

- dagli artt. 3 e 4 della **Convenzione di New York sui diritti del fanciullo** fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176;
- degli artt. 13, 14 e 31 **della Convenzione** del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, **Lanzarote**, 25 ottobre 2007, ratificata in Italia con l. 172/2012.
- dagli artt. 12, 18, 20 e 22, **Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012**, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato;

ovvero delle norme del c.p.p. in relazione agli articoli della Costituzione (e/o ex art. 117 Cost. in relazione alle disposizioni delle Convenzioni internazionali) che la Corte di cassazione vorrà individuare per consentire al pubblico ministero di evitare la certa vittimizzazione secondaria della vittima minorenni (ovvero maggiorenne) dei reati di cd. violenza di genere (individuati dall'art. 391, co. 1-bis prima parte, c.p.p.) e così evitare la successiva prevedibile condanna dell'Italia da parte della Cedu.

2. Il precedente specifico della Corte di cassazione ignorato nel provvedimento di rigetto del Gip.

2.1. Il ricorso per abnormità accolto dalla Corte di cassazione il 16 maggio 2019 (in altro procedimento).

Con ricorso del 6 febbraio 2019 la Procura di Tivoli aveva impugnato per abnormità il provvedimento del Gip di Tivoli che aveva rigettato una richiesta di incidente probatorio della persona offesa minorenni del reato p. e p. dall'art. 609-bis c.p.

Si sottolineava, al par. 1 del ricorso:

“Pur consapevole questo PM di quale sia il tema oggetto del ricorso proposto, appare opportuno rappresentare che la presente impugnativa è avanzata anche perché il provvedimento censurato è conforme a un orientamento consolidato del Gip che ha rigettato con ordinanza del 10 maggio 2018 analoga richiesta di esame della persona offesa del reato di cui agli artt. 81, 609-bis, 609-ter c.p., commesso ai danni di una minorenni, a partire dal 2013 (quando la minore aveva meno di quattordici anni) al 21.4.2018 (all. 1, omissato dei dati dell'indagato e della vittima). Il rigetto era motivato trattandosi di persona appartenente alla “categoria dei grandi minori che non risulta versare in condizioni di particolare vulnerabilità” nonché su considerazioni di merito sulla natura del compendio indiziario raggiunto in ordine alla colpevolezza dell'indagato in assenza dell'esame della persona offesa.

Dunque, il PM si trova di fronte a un orientamento del giudice che, come si vedrà oltre, non consente al PM di evitare la vittimizzazione secondaria con grave danno per le persone coinvolte e in violazione di legge e delle convenzioni internazionali”.



Si accertava dal sito ufficiale della Corte di cassazione che in data 16 maggio 2019 il ricorso (N. Ric. Ge. 5646/2019, iscritto il 12.2.2019) era stato accolto.

Questo il dispositivo “ANNULLA SENZA RINVIO L'ORDINANZA IMPUGNATA E DISPONE TRASMETTERSI GLI ATTI AL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI DEL TRIBUNALE DI TIVOLI PER L'ULTERIORE CORSO”.

Il Gip, cui veniva trasmesso il fascicolo per provvedere, restituiva gli atti ritenendo di dovere attendere il deposito della motivazione della sentenza della Corte di cassazione.

Ad oggi, nonostante la decisione della Corte di cassazione, l'incidente probatorio, atto dovuto del Gip, non è stato tenuto.

2.2. La conferma dell'orientamento del Gip nel presente procedimento, pur in presenza della dichiarata abnormità (in altro procedimento) da parte della Corte di cassazione.

Nel presente procedimento per artt. 609 quater e septies c.p., in presenza di parte offesa minorenni (e vittima particolarmente vulnerabile) questo PM depositava al Gip richiesta di incidente probatorio il 2 luglio 2019 (per errore materiale risulta apposta nella richiesta la data del 4 mar. 2019, ma il “depositato” del Tribunale è del 2 luglio 2019).

Il Gip in data 5 luglio 2019 rigettava la richiesta.

L'8 luglio 2019 il PM chiedeva al Gip di rivalutare la decisione, tra l'altro anche in considerazione del precedente della Corte di cassazione che aveva dichiarato abnorme il rigetto in un caso analogo.

Il Gip il 9 luglio confermava l'ordinanza di rigetto.

Dunque, questo PM deve, ancora una volta, impugnare per grave violazione di legge il provvedimento di rigetto, venendo perpetuato un orientamento che la Corte di cassazione ha già ritenuto abnorme.

In considerazione del grave danno all'attività d'indagine e della violazione di legge in atto (*rectius* abnormità) si reitererà al Gip la richiesta all'atto del deposito della motivazione della citata decisione della Corte di cassazione (cc. 16 maggio 2019) e, in caso di accoglimento (e di rimozione della grave violazione di legge in atto) questo PM potrà rinunciare all'odierno ricorso ed evitare un nuovo intervento della Corte.

2.3. La richiesta di rapida fissazione del ricorso.

Pur consapevole della ormai rapida trattazione dei ricorsi da parte della Corte (il precedente ricorso è stato deciso in un tempo brevissimo), si chiede la trattazione urgente del presente ricorso dovendo il PM procedere alle ulteriori doverose attività e, soprattutto, decorrendo un ulteriore tempo alla luce del rigetto del Giudice.

IL PRESENTE RICORSO

3. I fatti rilevanti ai fini della proposta impugnazione: l'evidente violazione di legge, con orientamento consolidato del Gip (anche dopo l'accertata abnormità di analogo provvedimento).



3.1. La richiesta di incidente probatorio del PM.

La Procura della Repubblica di Tivoli procede (proc. n. 12XX/2019 RGNR) nei confronti di CAIO, per il reato di cui agli artt. 81, 609 quater co. 2, 609 septies c.p. perché, in più occasioni, abusando della sua qualità di insegnante di sostegno di TIZIO (n. XX.X.2002) affetto da "disturbo delle emozioni e del comportamento", compiva con il minore atti sessuali consistenti in rapporti orali ed in un rapporto completo consumato presso l'abitazione dell'insegnante.

In XXXXXXXXX nel mese di gennaio 2019 e fino al 22.01.2019

In data 2 luglio 2019 (per errore materiale risulta apposta nella richiesta la data del 4 mar. 2019, ma il "depositato" del Tribunale è del 2 luglio 2019) il pubblico ministero, dopo avere svolto attività d'indagine, avanzava richiesta di incidente probatorio per procedere "*all'esame testimoniale della persona offesa*", precisando doversi procedere "*mediante incidente probatorio all'assunzione della prova sopra indicata da svolgersi in idoneo luogo con le modalità dell'escussione protetta trattandosi anche di minorenni affetto da deficit psicologico da sentire con ausiliario psicologo*".

Precisava il PM:

- l'inculpazione provvisoria, in precedenza ricordata, in cui era palesata la minore età della parte offesa;
- la finalità dell'esame "*Ritenuto che la suindicata prova appare rilevante per la decisione dibattimentale in quanto dall'esito della stessa potrebbero ricavarsi elementi fondamentali per l'esercizio dell'azione penale e per sostenere l'accusa in giudizio nei confronti della sopraindicata persona sottoposta ad indagini in ordine ai fatti-reato di cui sopra*".

3.2. L'ordinanza di rigetto.

Il Gip, con ordinanza del 23 gennaio 2019 rigettava la richiesta con la seguente motivazione "*ritenuti, allo stato, insussistenti elementi di indagine atti a fondare la fattispecie di reato ipotizzata a carico dell'indagata, né tanto meno le condotte di abuso dei poteri connessi alla posizione di insegnante di sostegno del minore/persona offesa poste in essere da CAIO, tenuto conto che TIZIO, diciassettenne e affetto da mero disturbo dell'apprendimento (DSA), non è mai stato sentito in merito ai fatti sui quali vi sono solo dichiarazioni de relato della madre e delle compagne di scuola;*

considerato che la mancata audizione del minore appare, altresì, pregiudiziale alla eventuale celebrazione dell'incidente probatorio cui, non a caso, segue la discovery delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dalla persona da esaminare, proprio per consentire alle parti, durante l'audizione protetta, di procedere alle contestazioni, meccanismo di confronto delle dichiarazioni rese nel contraddittorio rispetto a quelle rese nel corso delle indagini, necessario al fine di fornire al Giudice elementi sull'attendibilità della persona esaminata;

che, in tale ottica, l'incidente probatorio, da mezzo di acquisizione anticipata di una prova nel contraddittorio fra le parti ai fini della conferma degli elementi di prova già in qualche modo raccolti, diventerebbe atto di indagine estremamente penalizzante per l'indagato che, all'esordio delle indagini, e senza che sia stato effettuato dal PM un esame della P.O., può



vedere acquisite delle dichiarazioni con valenza probatoria, senza possibilità di poter effettuare contestazioni con dichiarazioni precedenti”.

3.3. La nuova richiesta del PM.

Il PM ritenendo l'abnormità del provvedimento, prima di proporre un nuovo ricorso, in data 8 luglio 2019 chiedeva al Gip di rivedere la sua posizione offrendo anche alcune precisazioni.

Sull'omesso esame da parte del Gip di fatti incontrovertibilmente risultanti dagli atti. Sui poteri del Gip sulla configurabilità del reato per cui si procede.

Osservava il PM:

“Si sostiene, nello specifico, che la sussistenza del reato si fonderebbe esclusivamente sulle dichiarazioni *de relato* di alcuni informatori sentiti [la madre, le compagne di scuola] e che ciò sarebbe insufficiente per poter adire allo strumento dell'incidente probatorio.

Sul punto va preliminarmente ricordato che l'art. 392 comma 1 bis c.p.p. concede un limitato margine di discrezionalità al GIP che può valutare la sussistenza del *fumus commissi delicti* e le condizioni di vulnerabilità della persona da esaminare.

Nel caso di specie agli atti, oltre alle dichiarazioni di testi *de relato*, sono presenti gli esiti della Consulenza Tecnica disposta sul cellulare della vittima, all'interno del quale è stata rinvenuta la seguente chat avvenuta alle ore 23.00 e seguenti del 14.01.2019:

Prof <3 [nome assegnato XXXX]: Tesò sei sveglio?

TIZIO: sì cuò

Prof <3: non ti ho più chiamato perché XXX ha deciso all'ultimo di venire...che fai ora?

TIZIO: niente mo vado a casa

Prof <3: cerca di non fare troppo tardi ché poi non ti svegli e non vieni a s...

TIZIO: non ti preoccupare, vengo amore

Prof <3: no, io mi preoccupo perché se non vieni poi mi manchi

L'indagata, dunque, in tarda serata, scambia effusioni e tenerezze certamente non adeguate al suo ruolo, con la persona offesa minorene.

Ciò non può non essere considerato un adeguato riscontro oggettivo alle dichiarazioni delle testimoni *de relato* ed è elemento evidentemente sfuggito all'esame degli atti da parte del GIP che non ne parla in alcuna parte dell'ordinanza.

Evidenziato che si tratta di un procedimento in fase di indagini preliminari, si ritiene che gli elementi contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero, dunque, consentano di ipotizzare sussistente quantomeno il *fumus commissi delicti* del reato contestato”.

Dunque, il Gip:

- **da un lato aveva erroneamente motivato omettendo di esaminare atti presenti nel fascicolo di estremo rilievo per la configurabilità del reato;**
- **dall'altro sembra escludere nel merito (peraltro, erroneamente per omesso esame degli atti) la ricorrenza di elementi per sostenere l'accusa, offrendo una illegittima lettura dei poteri del Giudice in sede di esame dell'ammissione dell'incidente probatorio.**



Emerge, anche in questo procedimento, l'evidente "sfavor" del Gip verso l'incidente probatorio, in contrasto evidente (perciò tale da configurare l'abnormità) con la ratio dell'istituto e con le pacifiche interpretazioni giurisprudenziali (confermate dall'accoglimento del ricorso di questo PM in caso analogo).

Sull'affermata necessità di previa audizione del minore da parte del PM (nuovo presupposto introdotto dal Gip)

Sul punto il PM osservava:

"...Considerando tale mancanza, addirittura un pregiudizio per l'indagata e un danno per l'espletamento dell'atto stesso perché si impedirebbe di fornire al "*Giudice elementi sull'attendibilità della persona esaminata*" .

Preme in questa sede ricordare che l'incidente probatorio è istituto che consente l'acquisizione di determinate prove nella già fase delle indagini preliminari, con le forme e le garanzie della fase dibattimentale che avrà a disposizione tutto il materiale riversato nell'istruttoria dibattimentale.

Il Giudice innanzi al quale si svolge l'atto non deve assolutamente valutare la prova, compito che resta riservato all'eventuale Giudice del dibattimento.

Inoltre, a motivazione –ultronea- della ragione per la quale il PM non ha proceduto con l'audizione della vittima, si richiamano in questa sede le buone prassi internazionali e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che sostengono la necessità di evitare la ripetizione dell'esame delle c.d. vittime vulnerabili proprio per evitare che si concretizzi il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria, operata dal sistema giudiziario.

Il mancato rispetto delle indicazioni provenienti dai protocolli e delle linee guida redatte secondo la letteratura specialistica sulla testimonianza del minore rischia di determinare un vulnus insanabile nella valutazione dell'attendibilità della prova raccolta, come affermato anche dalle recenti pronunce giurisprudenziali di legittimità, fra cui si richiama in particolare **Cass. Pen. n. 879/14**, secondo la quale: "*...fermo restando l'irrinunciabile principio del libero convincimento del giudice (...) deve comunque affermarsi l'altrettanto irrinunciabile principio secondo il quale il giudice non può trascurare, sic et simpliciter, le acquisizioni proposte dalla comunità scientifica in materie che sono soggette alla sua cognizione e che gli forniscono gli strumenti che, secondo leggi, prassi e metodologie scientifiche unanimemente riconosciute come le più corrette, possono essergli di valido supporto nella valutazione della prova. (...) Se dunque è vero che il giudice, nella fase di assunzione della prova e nella sua successiva valutazione, non è vincolato al rispetto delle metodiche suggerite dalla Carta di Noto, dalle quali può anche prescindere quando non imposte dal codice di rito, e che la loro violazione non comporta inutilizzabilità della prova così assunta, è altrettanto vero tuttavia, che egli è tenuto a motivare perché, nonostante ciò, ritenga, secondo il proprio libero, ma non arbitrario, convincimento, attendibile la prova dichiarativa assunta in violazione delle prescrizioni della Carta; quanto più grave e patente sarà stata la violazione dei modelli, protocolli e procedure prescritti dalla carta di Noto, e quanto più puntuali saranno state, sul punto, le eccezioni difensive, tanto più ampio sarà l'onere del Giudice di motivare sull'attendibilità del minore abusato*".



Questo PM, in estrema sintesi, rileva che, confermando lo “sfavor” verso l’incidente probatorio, il Gip introduce un nuovo presupposto per l’espletamento dell’atto, attraverso un’interpretazione “creativa” che conferma l’abnormità del provvedimento di rigetto.

Peraltro, il Gip ignora le convenzioni internazionali, che saranno citate oltre, che tendono a evitare la vittimizzazione secondaria.

Sul pregiudizio per la difesa

Questa la motivazione del Pm nel richiedere al Gip di rivedere la sua posizione:

“Sostiene, infine, il GIP che *“l’incidente probatorio, da mezzo di acquisizione anticipata di una prova nel contraddittorio tra le parti ai fini della conferma di elementi di prova già in qualche modo raccolti, diventerebbe atto di indagine estremamente penalizzante per l’indagato”*.

Ebbene, a prescindere dalle finalità dell’atto processuale richiesto –che non implica mai, nemmeno a dibattimento, l’obbligo di aver già sentito il testimone indicato in lista testi- ci si limita in questa sede a ricordare che, nella medesima posizione, si trova anche il PM, il quale nel compimento dell’incidente probatorio, è parte, al pari del difensore.

Non si capisce, dunque, davvero, in cosa consista il pregiudizio dell’indagato che ben potrebbe, anzi, incassare nel pieno contraddittorio e con discovery di tutti gli atti, una prova a discarico”.

Sulla reiterazione dell’abnormità nonostante la decisione della Corte di cassazione del 16 maggio 2019

Infine, il PM, al fine di evitare il reiterarsi dell’abnormità, questa volta consapevole, richiamava l’attenzione del Gip

“Trattandosi, infine, di ipotesi del tutto identica a quella oggetto del rigetto di incidente probatorio già emesso dallo stesso Giudice, nell’ambito del p.p. 5534/2018, impugnato con ricorso per Cassazione per abnormità dell’atto e per il quale la Suprema Corte, con provvedimento n. 5645/2019, ha annullato senza rinvio”.

Si allegava la schermata del sito della Corte da cui risultava la decisione in questione.

3.4. La decisione del Gip

A fronte dell’articolata richiesta del PM, diretta a evitare il protrarsi della grave violazione di legge, tale da consentire la declaratoria di abnormità, il gip così provvedeva in calce alla richiesta “*V. si conferma la precedente ordinanza*”.

3.5. In conclusione

Il Gip, rigettava la richiesta pur in presenza:

- di un procedimento per il reato di cui all’art. 609-quater e septies c.p.p., ipotesi disciplinata dall’art. 392, co. 1-bis, primo periodo, che prevede l’espletamento dell’incidente probatorio “al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1” (cd. vulnerabilità presunta o tipica);
- di una persona minorenni, sia all’epoca dei fatti che oggi, ipotesi disciplinata dall’art. 392, co. 1-bis, primo periodo, che prevede l’espletamento dell’incidente probatorio “al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1” (cd. vulnerabilità presunta o tipica);



Alla luce della qualità ora indicata della vittima (presunta o tipica), appare superfluo ravvisare anche la qualità di vittima particolarmente vulnerabile – ex art. 90-quater c.p.p. – pacificamente ricorrente nel caso in esame trattandosi di una persona che, oltre ad essere minorenni, rientra pacificamente nella categoria delle vittime particolarmente vulnerabili desunta:

- oltre che dall'età,
- dallo stato di infermità attestato agli atti,
- dal tipo di reato, dalle modalità del fatto (rapporto con l'indagata).

Ancora una volta questo PM si trova di fronte a un orientamento del giudice che, come si vedrà oltre, non consente al PM di evitare la vittimizzazione secondaria con grave danno per le persone coinvolte e in violazione di legge e delle convenzioni internazionali e oggi certamente abnorme come deciso dalla Corte di cassazione.

4. Le norme di diritto interno e di diritto internazionale applicabili.

Questo PM è costretto a reiterare gli argomenti esposti nel ricorso già accolto dalla Corte di Cassazione.

4.1. Le vittime minorenni (dei delitti previsti dall'art. 392, co. 1-bis, c.p.p.).

Sul progressivo ampliamento delle ipotesi di incidente probatorio in presenza di vittime minorenni è opportuno richiamare un brano della recente **sentenza della Corte costituzionale n. 92/2018** che pone in risalto la funzione delle modifiche succedutesi a tutela del minorenne, anche se divenuto maggiorenne nel corso del procedimento:

“Il processo di implementazione dei presidi a tutela del minorenne chiamato a rendere testimonianza ha preso concretamente avvio con la legge 15 febbraio 1996, n. 66 (Norme contro la violenza sessuale), il cui art. 13 ha aggiunto all'art. 392 cod. proc. pen. un comma 1-bis, ove si stabiliva che, nei procedimenti per fatti riconducibili alle più gravi tra le nuove figure di reato introdotte dalla stessa legge, le parti potessero «chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1», ossia a prescindere dalle condizioni di indifferibilità della prova cui è ordinariamente subordinata la possibilità di una sua assunzione anticipata rispetto alla naturale sede dibattimentale. La disposizione è stata oggetto di ripetute modifiche ad opera di successive novelle legislative, che ne hanno via via dilatato il perimetro applicativo, tanto con riguardo ai reati – nel cui catalogo figura, a partire dal 2009, anche il delitto di maltrattamenti (art. 572 del codice penale), per cui si procede nel giudizio a quo – quanto in relazione al novero dei soggetti tutelati, che, sempre a partire dal 2009, abbraccia tutti i minori, anche ultra sedicenni (siano o meno persone offese dal reato), nonché le persone offese minorenni”.

Dunque, l'art. 392, co. 1 bis, c.p.p. prevede che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della persona minorenne per i delitti ivi indicati, compreso quello di cui all'art. 609-quater e septies c.p. contestato.

Questa disposizione trova fondamento, a livello internazionale, principalmente negli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e, di riflesso,



nell'art. 117 Cost., nella parte in cui, al primo comma, impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Sul bilanciamento tra i diritti del minore e il diritto dell'indagato/imputato al contraddittorio dibattimentale è sufficiente **richiamare la citata sentenza n. 92/2018 della Corte costituzionale:**

“...Ciò posto, il bilanciamento tra i contrapposti valori operato dalla normativa processuale vigente non può essere reputato inadeguato, sul versante della protezione del minore: e ciò particolarmente in rapporto a procedimenti per reati quale quello oggetto del giudizio a quo. **L'esigenza che si pone in materia non è, evidentemente,** quella di evitare al minore i «disagi» inevitabilmente connessi al fatto di dover rendere testimonianza, apprezzabili in rapporto alla generalità dei testi, ma l'altra **di preservarlo dagli effetti negativi che la prestazione dell'ufficio di testimone può produrre in rapporto alla peculiare condizione del soggetto.** È un dato acquisito, in effetti, che i minori, in quanto soggetti in età evolutiva, possono subire un trauma psicologico a seguito della loro esperienza in un contesto giudiziario penale. **I fattori atti a provocare una maggiore tensione emozionale sono il dover deporre in pubblica udienza nell'aula del tribunale, l'essere sottoposti all'esame e al controesame condotto dal pubblico ministero e dai difensori e il trovarsi a testimoniare di fronte all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante. Se il minore è vittima del reato, d'altra parte, il dover testimoniare contro l'imputato si presta a innescare un meccanismo di cosiddetta “vittimizzazione secondaria”, per il quale egli è portato a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto.** Il trauma cui il minore è esposto durante l'esame testimoniale si ripercuote, d'altronde, negativamente sulla sua capacità di comunicare e di rievocare correttamente e con precisione i fatti che lo hanno coinvolto, o ai quali ha assistito, rischiando così di compromettere la genuinità della prova. Far sì che la testimonianza del minore venga acquisita in condizioni tali da tutelare la serenità del teste è, dunque, necessario anche al fine di una più completa e attendibile ricostruzione dell'accaduto”.

Dunque, l'incidente probatorio è “obbligatorio” e non rileva il raggiungimento della maggiore età nel corso del procedimento, evento imprevedibile e legato a plurime casualità e contingenze: la data di presentazione della denuncia/querela; la data della “scoperta” del reato nei casi di perseguibilità d'ufficio; la durata del procedimento/processo. Deve farsi necessariamente riferimento, come di consueto, all'essere la persona minore all'epoca della commissione del fatto.

Il gip non ha alcun potere discrezionale nell'ammissione dell'incidente probatorio:

- in presenza dei delitti elencati;
 - in presenza di persona minore (ma anche maggiorenne per quanto si dirà al par. 2.2);
- Potrà, sulla base dell'univoco disposto normativo e della sua *ratio*, esplicitata dalla Corte costituzionale nella sent. 92/2018, valutare:
- l'effettiva età minore della vittima all'epoca del fatto (essendo irrilevante che sia “grande minore o divenuta maggiorenne nelle more). In tal caso è comunque obbligato ad ammettere l'incidente probatorio per quanto si dirà oltre (par. 2.2);



- (al più) l'insussistenza *in radice* del reato contestato (ad avviso di questo PM nella forma della astratta non inquadrabilità del fatto nella fattispecie di reato), dunque con espressa motivazione su tale punto.

Peraltro, nel caso in esame la vittima è da poco divenuta maggiorenne e il tempo che decorrerà per l'esito della presente impugnativa comporterà un ulteriore decorso del tempo.

D'altra parte, la lettura dell'art. 398, co., 5-bis c.p.p., conferma l'assenza di discrezionalità del Gip nel caso in cui la vittima minorenni abbia subito i reati elencati nell'art. 392, co. 1-bis, relativi alla violenza di genere proprio in adempimento degli obblighi internazionali derivanti dagli obblighi internazionali di cui si dirà oltre. Si prevede, infatti, che a seguito della richiesta di incidente probatorio il Gip stabilisca con ordinanza il luogo, il tempo e le modalità dell'audizione, proprio a tutela della vittima.

Infatti, la richiesta del PM faceva riferimento espresso a tali norme e circostanze, e, come detto, completamente ignorate dal Gip.

4.2. Le vittime maggiorenni dei delitti specificamente indicati dall'art. 392, co. 1-bis.

Il contenuto del provvedimento del Gip induce a offrire ulteriori elementi di diritto in ordine al caso della commissione dei delitti elencati nella prima parte dell'art. 392, co. 1-bis, c.p.p., ai danni di persone maggiorenni all'epoca dei fatti, in cui, come si vedrà, valgono le medesime considerazioni esposte per i minorenni che, perciò, non possono ritenersi meno tutelati (delle vittime maggiorenni) con una grave violazione di legge ove si sostiene – col dispositivo più che con la motivazione come detto apparente – una facoltà discrezionale del Gip con possibilità di rigettare l'incidente probatorio richiesto.

Nel caso in esame, infatti, il minore è parte offesa del delitto di cui all'art. 609-quater e septies che prevede l'assunzione della testimonianza con incidente probatorio fuori dei casi previsti dal primo comma anche per le vittime maggiorenni.

Il legislatore individua dei reati in cui presume, in forza delle convenzioni internazionali di cui si dirà a breve, che i reati richiamati determinino una condizione di assoggettamento fisico e psicologico della persona offesa rispetto all'autore del reato tale da imporre allo Stato (e al PM e al Gip) di procedere comunque in modalità di incidente probatorio nella piena consapevolezza che non evitare alle vittime di questi reati di affrontare un dibattimento ne determinerebbe la certa vittimizzazione secondaria, tale da ridurre la possibilità di denuncia da parte delle PO.

In questo caso, ai sensi dell'art. 398, co. 5-ter, introdotto dall'art. 3 d.lgs. 24/2014, per i reati indicati relativi a vittime maggiorenni (in attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime) prevede che su richiesta della parte (non necessaria per i minorenni) l'incidente probatorio sia svolto con le modalità protette previste per i minorenni nel caso di vittime maggiorenni "in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede" Da ciò consegue, per evidenti ragioni di coerenza del sistema che la vulnerabilità è presunta anche per i maggiorenni proprio in relazione ai reati di violenza di genere su cui l'Italia ha ratificato plurime convenzioni internazionali (cfr. oltre).

Dunque, anche per le vittime dei reati indicati (tra cui quello in esame) maggiorenni, il Gip è tenuto ad ammettere l'incidente probatorio (salvo che avanzata la richiesta per un



delitto non previsto dall'art. 392, co. 1-bis, c.p.p. ovvero "fantasiosa la richiesta del Pm per mancanza del fumus del reato").

4.3. Le vittime (semplicemente) particolarmente vulnerabili (cenni).

La particolare attenzione del legislatore verso la vittima soggetta a possibile vittimizzazione secondaria emerge, con evidenza, dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 212/2015 che prosegue e rafforza la tutela già prevista. In altre parti si conferma la linea di tendenza esposta ai paragrafi precedenti estendendo, per quanto interessa in questa sede, l'obbligatorietà dell'incidente probatorio in presenza di vittime vulnerabili (cd. vulnerabilità atipica) indipendentemente dall'elencazione dei reati che comportano la di vittima vulnerabile tipica (esaminata ai paragrafi precedenti).

Il legislatore del 2015, in attuazione della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, ha introdotta la categoria di vittima vulnerabile: "**Art. 90-quater. Condizione di particolare vulnerabilità** .1. Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato".

Per queste vittime:

- Si applica la disciplina dell'incidente probatorio (obbligatorio) fuori dei casi previsti dall'art. 392, co. 1, c.p.p. (art. 392, co. 1-bis, secondo periodo, c.p.p.);
- Si applica, per l'incidente probatorio, la disciplina delle tutele dell'art. 392, co. 5-bis, c.p.p. (art. 398, co. 5-ter, c.p.p.)

Naturalmente, in questa ipotesi il Gip ha la possibilità di non concordare sulla qualifica di vittima vulnerabile indicata dalla parte richiedente e provvedere, perciò, nei limiti dell'art. 392, co. 1, c.p.p.

A ben vedere, pur se mancassero le norme richiamate al par. 2.1 (minore vittima dei reati indicati) o al par. 2.2 (maggiormente vittima dei reati indicati), la parte offesa ben sarebbe ritenuta vittima vulnerabile ex art. 90-quater c.p.p. e, dunque, dovrebbe procedersi a incidente probatorio, pena la certa vittimizzazione secondaria.

5. La legislazione internazionale, gli obblighi dell'Italia, il recepimento nel nostro ordinamento.

5.1. Premessa.

Per inquadrare il presente ricorso è opportuno un breve cenno alla normativa internazionale che ha imposto al nostro paese l'introduzione delle norme richiamate.



E' ormai noto come la normativa sovranazionale, e nello specifico, la Convenzione di Lanzarote del 2007¹, la Convenzione di Istanbul del 2011² e la direttiva UE 29/2012³ (oltre che la citata direttiva 2011/36/UE), abbia modificato profondamente la posizione della persona offesa di alcune tipologie di reato o in presenza di particolari condizioni, rafforzandone il ruolo di soggetto processuale, tanto che si sottolinea che oggi "il processo non serve più solo a tutelare l'interesse collettivo al perseguimento degli autori di reato, ma anche a tutelare l'interesse individuale della vittima all'accertamento della responsabilità, oltre che alla propria integrità psicofisica".

Prova ne sia che le leggi che hanno recepito nel nostro ordinamento le indicazioni comunitarie hanno modificato le norme sostanziali e processuali penali (L. 1/10/2012, n. 172, DL 14/8/2013, n. 93, convertito con L. 15/10/2013 n. 119, d.lgs. 15/12/2015 n. 212; d.lgs. 24/2014⁴, per la direttiva 2011/36/UE) e ai fini che qui interessano, hanno delineato uno speciale sistema per la raccolta della testimonianza della vittima vulnerabile, con la finalità di evitare e/o limitare la c.d. "vittimizzazione secondaria"⁵; sistema pienamente conforme con la Costituzione, nello specifico con gli artt. 2, 3, 24, 31, 32, 111, 112.

La stessa Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, nella sentenza n. 10959 del 29/01/2016, Rv. 265893, occupandosi della questione dell'obbligo di avviso ex art. 408 co. 3 bis c.p.p. alla persona offesa nei delitti commessi con violenza alla persona, **ha ricostruito in modo chiaro e completo l'evoluzione della figura della vittima del processo penale, consentendo all'interprete di desumere dalle argomentazioni dei giudici di legittimità indicazioni chiare sui principi a tutela delle vittime nel processo penale, cui intende conformarsi questo PM:**

"Da tempo è in atto un fenomeno di emersione e di nuova considerazione della posizione della persona offesa, negli strumenti internazionali generalmente indicata come "vittima", all'interno del processo penale, fenomeno sollecitato, da un lato, dall'allarme sociale provocato dalle varie forme di criminalità violenta via via emergenti (terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento di minori, violenza contro le donne in cui spesso il reato si consuma in contesti dove esistono legami tra la vittima e il suo aggressore), dall'altro, dagli strumenti internazionali esistenti in materia.

L'interesse per la tutela della vittima costituisce da epoca risalente tratto caratteristico dell'attività delle organizzazioni sovranazionali sia carattere universale, come l'ONU, sia a carattere regionale, come il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea, e gli strumenti in tali

¹ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, Lanzarote, 25 ottobre 2007, ratificata in Italia con l. 172/2012.

² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011, ratificata in Italia con l. 77/2013.

³ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI

⁴ Il d.lgs. 24/2014 prevede, all'art. 1, "1. Nell'attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere.

⁵ Direttiva 2012/29/UE, "Considerando" 53: "E' opportuno limitare il rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta ... a seguito di partecipazione al procedimento penale - svolgendo il procedimento in un modo coordinato e rispettoso, che consenta alle vittime di stabilire un clima di fiducia con le autorità. E' opportuno che l'interazione con le autorità competenti avvenga nel modo più agevole possibile ma che si limiti al tempo stesso il numero di contatti non necessari tra queste e la vittima...".



sedi elaborati svolgono un importante ruolo di sollecitazione e coerenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione.

I testi normativi prodotti dall'Unione Europea in materia di tutela della vittima possono essere suddivisi in due categorie: da un lato quelli che si occupano della protezione delle vittime in via generale e dall'altro quelli che riguardano la tutela delle vittime di specifici reati particolarmente lesivi dell'integrità fisica e morale delle persone e che colpiscono di frequente vittime vulnerabili.

Tra i primi assume un posto di assoluta **rilevanza la direttiva 2012/29 UE** in materia di diritti, assistenza e protezione della vittima del reato, che ha sostituito la decisione quadro 2001/220 GAI, costituente uno strumento di unificazione legislativa valido per tutte le vittime di reato, dotato dell'efficacia vincolante tipica di questo strumento. Ad essa è stata data recente attuazione dell'ordinamento interno con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

Tra i testi incentrati su specifiche forme di criminalità e correlativamente su particolari tipologie di vittime, assumono particolare rilievo **la Convenzione di Lanzarote** del consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007, sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali⁶.

Come è stato osservato, la Direttiva 2012/29/UE, con il suo "pendant" di provvedimenti-satellite (le direttive sulla tratta di esseri umani, sulla violenza sessuale, sull'ordine di protezione penale, tra le altre) e di accordi internazionali (le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul, in particolare), rappresenta uno vero e proprio snodo per le politiche criminali, di matrice sostanziale e processuale, dei legislatori europei. Non tanto per le singole indicazioni da attuare a livello nazionale [...] quanto per la necessità, imposta dal testo europeo, di definire una chiara posizione sistemica all'offeso".

Proprio sulla scia delle affermazioni delle Sezioni Unite, questo PM ritiene che il graduale riconoscimento di nuovi spazi di intervento a favore della persona offesa coincide con il mutamento in atto del procedimento penale e imponga interpretazioni convenzionalmente e costituzionalmente orientate ovvero, se queste non consentano il rispetto degli obblighi internazionali, proporre di sollevare questione di Costituzionalità con riferimento alla violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.

Il processo di graduale parificazione dei diritti, almeno nel mondo occidentale, da parte di componenti della società, in passato collocati in posizione subordinata, come le donne ed i minori (affiancati nella definizione di "soggetti deboli" che, però, non descrive la realtà che consiste nell'esercizio della forza da parte di chi commette il reato⁷), coincide con il cammino

⁶ Un cenno alla **Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa** dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, entrambe incentrate sulla esigenza di garantire partecipazione, assistenza, informazione e protezione a particolari categorie di vittime.

⁷ Al par. 18.4.2, lett. M, del progetto organizzativo della Procura di Tivoli, adottato il 17 gennaio 2018, nel denominare il **Gruppo UNO di lavoro "reati sessuali, di violenza di genere e ai danni di minori"**, si legge: **"Nuova denominazione del Gruppo di Lavoro (senza riferimento a "fasce deboli")** Si è deciso di modificare il nome del presente gruppo sostituendo quello originario, usualmente utilizzato con la dizione sintetica "reati contro le fasce deboli", in quanto rischia di includere le donne tra i soggetti cd deboli perpetuando uno stereotipo culturale, quello che ha distinto nel linguaggio comune il sesso forte/ uomo dal sesso debole/donna che va tenuto distante dal fenomeno criminale della violenza di genere perpetuata nei confronti delle donne in quanto tali e non perché "deboli". Invero la violenza contro le donne, che ha una dimensione planetaria e generalizzata, tanto da avere condotto all'adozione della convenzione di Istanbul, viene consumata nei confronti di tutti i tipi di donne, a prescindere dall'essere le stesse individualmente fragili o meno, proprio per l'appartenenza al genere femminile. È



della valorizzazione delle vittime del reato che spesso combaciano con le fasce vulnerabili della popolazione. Gli organi UE hanno stabilito al punto 9 del considerando inserito nella citata Direttiva 2012/29/UE che il reato si traduce “in una violazione dei diritti individuali delle vittime”.

Il D.lgs. 212/2015, in aderenza alla Direttiva 2012/29/UE, ha previsto specifiche misure a tutela delle “vittime di particolare vulnerabilità”. Ai fini di delineare le coordinate del concetto di “particolare vulnerabilità”, è stato introdotto uno specifico articolo, ossia l’art. 90 quater c.p.p. Detta previsione va letta in coordinamento con le indicazioni offerte dall’art. 1 (principi generali) del d.lgs. 24/2012, diretto ad evidenziare la necessità di valutare la situazione di vulnerabilità non secondo criteri astratti e presuntivi, ma alla luce di un’analisi di determinati requisiti. Ai sensi di tale articolo “ nella attuazione delle disposizioni del presente decreto legislativo, si tiene conto, sulla base di una valutazione individuale della vittima, della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere “.

La svolta riguardante il mutato assetto normativo, trattandosi di una rivitalizzazione della persona offesa del reato, è diretta conseguenza delle vincolanti indicazioni provenienti dalle Direttive europee. Il d.lgs. n. 212 /2015, con cui il legislatore italiano ha inciso significativamente su tale materia, è stato emanato allo scopo di dare attuazione (sia pur con un certo ritardo) alla Direttiva 2012/29/UE, volta a delineare dei nuovi parametri normativi in tema di diritti, assistenza e protezione alle vittime di reato, sostituendo in tal modo la Decisione quadro 2001/220/GAI, che non aveva invece mai trovato concreta attuazione.

Per analizzare il caso di specie, occorre soffermarsi su un altro strumento, che emerge dall’analisi di alcuni degli interventi novellistici che hanno interessato l’art. 392 c.p.p., conducendo fra l’altro all’introduzione del comma 1-bis, con la l. n. 66/1996. La scelta, poi riproposta con la **l. n. 172/2012, di ratifica della Convenzione di Lanzarote**, tendente ad allargare l’ambito di applicabilità dell’incidente probatorio al di là delle sue coordinate tradizionali, è stata dettata non solo dalla ritenuta sussistenza di una sorta di presunzione *ex lege* di non rinviabilità dell’assunzione delle dichiarazioni da parte di soggetti ancora immaturi, fortemente condizionabili, ma anche, se non soprattutto, dalla volontà di salvaguardare la situazione psicofisica di determinati individui, potenzialmente fragili, evitando ad essi di subire il trauma di essere ascoltati in udienza dibattimentale.

Occorre soffermarsi sull’estensione del ricorso allo strumento dell’incidente probatorio per le dichiarazioni delle vittime (minorenni e maggiorenni) dei delitti elencati nell’art. 392, co. 1-bis, c.p.p. (e delle vittime particolarmente vulnerabili). Al fine di delineare i passaggi più significativi al riguardo, è opportuno menzionare in primo luogo la **Decisione quadro n. 2001/220/GAI**, concernente la posizione della vittima nel procedimento penale, adottata dal Consiglio dell’Unione europea il 15 marzo 2001, il cui art. 8 dispone che “ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base ad una

dunque una scelta culturale quella volta ad eliminare il termine “fasce deboli” trattandosi di qualificazione risalente che non trova alcun riscontro in testi di legge, ove si parla ad altri fini di vittime vulnerabili”.



decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento".

Bisogna poi ricordare come dalle linee guida della Carta di Noto emerga parimenti l'indicazione, contenuta nell'art. 15, volta a considerare l'incidente probatorio come "la sede privilegiata di acquisizione delle dichiarazioni del minore nel corso del procedimento", a condizione che esso venga condotto "in modo da garantire, nel rispetto della personalità in evoluzione del minore, il diritto alla prova costituzionalmente riconosciuto".

Lo scopo dell'introduzione dell'incidente probatorio, come appare evidente, è stato quello di evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria, dovendosi intendere le conseguenze che la vittima potrebbe avere, dal punto di vista emotivo e relazionale, causato dall'impatto tra la vittima e il sistema della giustizia penale, esplicandosi, in questo caso, nella costrizione a dover ripetere più volte, e quindi rivivere, le narrazioni dolorose del reato. Molto spesso, infatti, alla sofferenza derivante dal reato, se ne riconnette un'altra, quella della partecipazione al processo penale la cui estrinseca violenza è a tutti nota.

Si rammenta che con la l. 66/1996, e successivamente con la l. 38/2009, il legislatore ha previsto che la forma richiesta per l'audizione di minori e di persone offese particolarmente vulnerabili sia quella dell'incidente probatorio (come desunto dal comma 1 bis dell'art. 392 c.p.p.).

In tal modo, il legislatore ha disposto che il ricorso all'anticipata assunzione della testimonianza della persona offesa minore e in condizione di particolare vulnerabilità, possa avvenire anche **in via autonoma**, al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 392 c.p.p.

L'assunzione della prova nel rispetto del principio del contraddittorio, che impone ai sensi dell'art. 393 co. 2 bis c.p.p. al pubblico ministero il deposito di tutti gli atti di indagine, assicura la possibilità di procedere all'audizione della persona offesa solo una volta, senza ricorrervi successivamente (salvo quanto previsto dall'art. 190 bis, co. 1 bis, c.p.p.), con le migliori modalità di espletamento.

La lettura combinata degli artt. 392, co 1 bis, c.p.p. e 190 bis, co. 1 bis, c.p.p. costituisce elemento interpretativo di particolare forza per sostenere che il legislatore tramite l'incidente probatorio voglia sottrarre la persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, e il minore, a plurime audizioni al fine di minimizzare il rischio di vittimizzazione secondaria che deriva dall'impatto con il processo penale e dal dover rivivere l'esperienza personale plurime volte, causando quindi possibili ripercussioni sulle condizioni psicologiche della vittima.

Sotto il profilo processuale ciò si traduce nella necessità di procedere all'assunzione di una prova il più possibile esente da contaminazioni. Ovvio che l'audizione della persona offesa costituisce momento di particolare delicatezza che rischia di alterare le prove acquisibili e che impone, pertanto, di procedere con estrema cautela e scrupolo. Per tale motivo, sarebbe opportuno poter procedere all'audizione della persona offesa in un unico momento, sottraendola dalle reiterate acquisizioni in dibattimento, ed eventualmente anche condotte in maniere scorrette e suggestiva.

La tutela della persona offesa, specialmente nei casi in cui vittima di gravi reati (di violenza di genere), quali quello indicati nell'art. 392, co. 1 bis, c.p.p., impone la stretta osservanza delle regole processuali a garanzia della più ampia salvaguardia fragile delle persone offese.



5.2. Le norme internazionali violate

L'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio, se non impugnabile, **viola innanzitutto l'art. 117, co. 1 Cost.**, atteso il vincolo costituzionale rivolto al legislatore ordinario del rispetto degli obblighi internazionali (violazione sia delle fonti di diritto unionale che di diritto internazionale, derivanti dal diritto pattizio).

Già si è detto degli artt. 3 e 4 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176;

La Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali prevede:

- Art. 14, "Assistenza alle vittime 1. Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro genere per assistere le vittime a breve e lungo termine nel loro processo di guarigione fisica e psico-sociale. Le misure adottate in applicazione del presente paragrafo devono tenere in debito conto il parere, i bisogni e le preoccupazioni del minore.";
- Art. 30, "Principi 1. Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro genere affinché le indagini e i procedimenti penali si svolgano nell'interesse superiore e nel rispetto dei diritti del minore. 2. Le Parti adottano un approccio protettivo nei confronti delle vittime, assicurando che le indagini e i procedimenti penali non aggravino il trauma subito dal minore e che alla risposta penale del sistema giuridico siano affiancate le opportune misure di sostegno. 3. Le Parti provvedono affinché le indagini e i procedimenti penali siano effettuati a titolo prioritario e portati avanti senza ingiustificato ritardo";
- Art. 31, "Misure generali di protezione 1. Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro genere per tutelare i diritti e gli interessi delle vittime, comprese le loro particolari esigenze come testimoni, in tutte le fasi delle indagini e dei procedimenti penali, in particolare: a. informandole sui loro diritti e i servizi a loro disposizione e, sempre che vogliano ricevere tali informazioni, sul seguito dato alla loro denuncia, i capi d'accusa, l'andamento generale delle indagini o del procedimento e il ruolo che vi assumono, così come sulla decisione pronunciata; b. provvedendo affinché, almeno nei casi in cui sono in pericolo, le vittime e le loro famiglie siano, all'occorrenza, informate quando la persona perseguita o condannata è rilasciata a titolo temporaneo o definitivo; c. consentendo loro, alle condizioni previste dalle norme procedurali nazionali, di essere sentite, di fornire prove e di scegliere i modi in cui le loro opinioni, le loro esigenze e le loro preoccupazioni siano presentate ed esaminate, direttamente o attraverso un intermediario; d. offrendo loro un'assistenza appropriata affinché i loro diritti e i loro interessi siano debitamente presentati e considerati; e. tutelando la loro vita privata, la loro identità e la loro immagine, e adottando misure conformi al diritto nazionale per prevenire la diffusione pubblica di qualunque informazione possa condurre alla loro identificazione; f. mettendo le vittime, come pure le loro famiglie e i testimoni a carico, al riparo da intimidazioni, ritorsioni e rivittimizazioni; g. badando che le vittime e gli autori dei reati non si trovino a contatto



diretto nei tribunali e negli uffici delle forze dell'ordine, eccettuati i casi in cui le autorità competenti decidano diversamente nell'interesse superiore del minore e i casi in cui lo richieda l'indagine o il procedimento”.

Le disposizioni del diritto dell'UE rilevanti ai fini della soluzione della questione interpretativa trovano collocazione nei Trattati, nella Carte dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nella Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo del consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e sostituisce la decisione quadro 2001/220/Gai, mentre le fonti internazionali di diritto pattizio nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), e La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul).

In primo luogo, la tutela delle vittime di reato garantita dalla Direttiva 2012/29/UE rappresenta un'attuazione dei principi sanciti dalle seguenti disposizioni:

- Art. 2 TUE: “L'unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti imani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranza. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne”.

- Art. 1 Carta di Nizza (alla quale l'art. 6 TUE ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati) che proclama il valore della dignità umana: “La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”.

- Art. 52 Carta di Nizza che proclama il principio di proporzionalità per favorire il bilanciamento tra i diversi diritti. “Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

- Art. 54 della Carta di Nizza che codifica il divieto di abuso del diritto: “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta”.

La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, al Considerando 57 prevede: “Le vittime della tratta di esseri umani, del terrorismo, della criminalità organizzata, della violenza nelle relazioni strette, di violenza o sfruttamento sessuale, della violenza di genere, di reati basati sull'odio, e le vittime disabili e le vittime minorenni tendono a presentare un elevato tasso di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Occorre prestare particolare attenzione quando si valuta se tali vittime corrano il rischio di tale vittimizzazione, intimidazione o di ritorsioni e presumere che trarranno vantaggio da misure speciali di protezione”.

Queste le norme di rilievo in questa sede:



- Art. 12, “1. “Gli Stati membri adottano misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall’intimidazione e dalle ritorsioni, applicabili in caso di ricorso a eventuali servizi di giustizia riparativa. Siffatte misure assicurano che una vittima che sceglie di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa abbia accesso a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti, e almeno alle seguenti condizioni...”;
- Art. 18, “fatti salvi i diritti della difesa, gli stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze”.
- L’art. 20 lett. b) prevede che debba contendersi l’audizione delle persone offese dal reato nella fase delle indagini preliminari, evitando che il protrarsi delle audizioni possa ulteriormente pregiudicare la situazione psicologica ed emotiva della vittima: “il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell’indagine penale”.
- Art. 22;” 1. Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni”⁸.

⁸ Un cenno alla Convenzione di Istanbul relativa alle donne vittime di reato:

La Convenzione di Istanbul prevede, nel Preambolo “Gli Stati membri del Consiglio d'Europa e gli altri firmatari della presente Convenzione, ...Condannando ogni forma di violenza sulle donne e la violenza domestica; ...; Riconoscendo che la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione; ...Riconoscendo con profonda preoccupazione che le donne e le ragazze sono spesso esposte a gravi forme di violenza, tra cui la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzatoHanno convenuto quanto segue...”.

Queste alcune norme di rilievo:

- Art. 18, “Obblighi generali - 1 Le Parti adottano le necessarie misure legislative o di altro tipo per proteggere tutte le vittime da nuovi atti di violenza. 2 **Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie, conformemente al loro diritto interno, per garantire che esistano adeguati meccanismi di cooperazione efficace tra tutti gli organismi statali competenti, comprese le autorità giudiziarie, i pubblici ministeri**, le autorità incaricate dell'applicazione della legge, le autorità locali e regionali, le organizzazioni non governative e le altre organizzazioni o entità competenti, **al fine di proteggere e sostenere le vittime e i testimoni di ogni forma di violenza** rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione, ivi compreso riferendosi ai servizi di supporto generali e specializzati di cui agli articoli 20 e 22 della presente Convenzione. 3 Le Parti si accertano che le misure adottate in virtu' del presente capitolo:
 - o siano basate su una comprensione della violenza di genere contro le donne e della violenza domestica e si concentrino sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima;
 - o **siano basate su un approccio integrato che prenda in considerazione il rapporto tra vittime, autori, bambini e il loro più ampio contesto sociale;**
 - o **mirino ad evitare la vittimizzazione secondaria;**
 - o mirino ad accrescere l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze;



6. Il ricorso per abnormità.

6.1. La rilevata abnormità.

Non ignora questo PM i criteri restrittivi adottati dalla Corte di cassazione per delineare l'abnormità dell'atto.

Peraltro, in non pochi casi, in cui l'atto appariva abnorme ma il provvedimento appariva gravemente illegittimo la Corte ha avuto cura di offrire specifiche indicazioni.

Criterio utilizzato dalla Corte anche in casi in cui la sanzione processuale non operava e si ravvisavano profili di diverso rilievo (ad esempio in tema di iscrizione nel registro notizie di reato, disciplinari).

Per l'abnormità la Corte richiede, in negativo, che non si tratti di atto adottato semplicemente in violazione di norme processuali e, in positivo, che l'atto stesso si caratterizzi per contenuti talmente atipici, da renderlo estraneo all'ordinamento processuale ovvero che, pur espressione di una legittima potestà processuale, esso sia adottato al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, tanto da determinare una stasi del processo, la impossibilità di proseguirlo ovvero la sua inammissibile regressione ad una fase processuale ormai esaurita (S.U. 17/1997, 26/1999, 25957/2009, 40984/2018).

-
- consentano, se del caso, di disporre negli stessi locali di una serie di servizi di protezione e di supporto;
 - **soddisfino i bisogni specifici delle persone vulnerabili, compresi i minori vittime di violenze e siano loro accessibili.**
 - Art. 26, "Protezione e supporto ai bambini testimoni di violenza - 1 Le Parti adottano le misure legislative e di ogni altro tipo necessarie per garantire che siano debitamente presi in considerazione, nell'ambito dei servizi di protezione e di supporto alle vittime, i diritti e i bisogni dei bambini testimoni di ogni forma di violenza rientrante nel campo di applicazione della presente Convenzione. ...;
 - Art. 49, "Obblighi generali - 1 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che le indagini e i procedimenti penali relativi a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione siano avviati senza indugio ingiustificato, prendendo in considerazione i diritti della vittima in tutte le fasi del procedimento penale. 2 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo, in conformità con i principi fondamentali in materia di diritti umani e tenendo conto della comprensione della violenza di genere, per garantire indagini e procedimenti efficaci nei confronti dei reati stabiliti conformemente alla presente Convenzione";
 - Art. 54, "Indagini e prove - Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che in qualsiasi procedimento civile o penale, le prove relative agli antecedenti sessuale e alla condotta della vittima siano ammissibili unicamente quando sono pertinenti e necessarie";
 - Art. 56, "Misure di protezione - 1 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo destinate a proteggere i diritti e gli interessi delle vittime, compresi i loro particolari bisogni in quanto testimoni in tutte le fasi delle indagini e dei procedimenti giudiziari, in particolare:
 -
 - g) assicurando, ove possibile, che siano evitati i contatti tra le vittime e gli autori dei reati all'interno dei tribunali e degli uffici delle forze dell'ordine;
 - ...;
 - i) consentendo alle vittime di testimoniare in aula, secondo le norme previste dal diritto interno, senza essere fisicamente presenti, o almeno senza la presenza del presunto autore del reato, grazie in particolare al ricorso a tecnologie di comunicazione adeguate, se sono disponibili".



D'altra parte, la giurisprudenza della Corte di cassazione dimostra che la qualifica dell'atto come abnorme o meno non è salda, tanto da richiedere talvolta l'intervento delle Sezioni Unite. In altre parole, i confini dell'abnormità sono mutevoli e si prestano all'adattamento delle situazioni che possono verificarsi.

Nel caso di specie si è in presenza di un provvedimento:

- a) sostanzialmente privo di motivazione, sicchè si pone al di fuori degli ordinari schemi processuali;
- b) adottato al di fuori dei casi consentiti, essendo il Gip obbligato ad ammettere l'incidente probatorio, salvo che in carenza assoluta dei presupposti (reato diverso da quello elencato, insussistenza del reato *in radice*);
- c) **che comporta una sostanziale stasi del procedimento atteso che il prosieguo, in assenza di incidente probatorio, farebbe sorgere la responsabilità del pubblico ministero (e dello Stato) nel verificarsi della vittimizzazione secondaria, in violazione degli obblighi internazionali.**

In ogni caso, la valutazione del criterio di abnormità andrebbe rivisto alla luce di un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata proprio per evitare gli effetti indicati, nel tentativo, più volte ribadito dalla Corte costituzionale (C. cost. sent. 10/2009, ord. 441/2008) e dalla suprema Corte (S.U. 18288/2010, Beschi; S.C. 93/2010), di evitare di sollevare la questione di costituzionalità.

4.2. I precedenti della Corte.

Rispetto al ricorso presentato da questa Procura e accolto dalla Corte di cassazione (cc 16 maggio 2019) è mutata la cornice dei precedenti.

Non ignora il PM gli specifici precedenti della Corte con cui non si è ritenuto abnorme l'esercizio del potere del Gip in materia di incidente probatorio.

Trattasi, però, di decisioni risalenti (S.C. 3484/1992; 2678/2001, 34720/2004, 2926/2005 42520/2009) o relative a ipotesi in cui si esaminavano sentenze di condanna in cui si eccepeva l'abnormità del provvedimento con cui l'incidente probatorio era stato ammesso dal Gip (7212/2014, 49030/2017).

In un caso la Corte (sent. 21930/21013) ha confermato non trattarsi di abnormità nel caso di rigetto di incidente probatorio ex art. 392, co. 1-bis, c.p.p. (non relativo a minorenni), non esaminando il tema dell'obbligo in capo al Gip, bensì limitandosi a prendere atto che il legislatore non ha derogato al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione non introducendo apposita norma.

Tale orientamento è stato rivisto dalla Corte di cassazione con la citata decisione del 16 maggio 2019 alla luce del d.lgs. 212/2015, della linea evolutiva esposta dalle S.U. n. 10959 del 29/01/2016.

7. Il ricorso (in via subordinata) per violazione di legge, la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.



Qualora la Corte non ritenesse abnorme l'ordinanza impugnata, dovrebbe ritenersi rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, co. 1, della Costituzione.

Sulla rilevanza non vi è molto da aggiungere essendo stata rigettata la richiesta di incidente probatorio in palese violazione di legge.

La non manifesta infondatezza della violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. è stata ampiamente evidenziata, anche valorizzando le norme del trattato, delle direttive non direttamente applicabili, le convenzioni internazionali.

Sarà la Corte di Cassazione, naturalmente, a meglio individuare eventualmente le disposizioni incostituzionali e le norme di riferimento internazionali che assumono rilievo attraverso l'art. 117, co. 1, Cost.

Nel caso in cui codesta Corte non ritenga di ravvisare l'abnormità dell'ordinanza impugnata e non esservi i presupposti per sollevare la questione di costituzionalità questo PM non potrà che prendere atto della impossibilità di determinare una vittimizzazione secondaria.

Tivoli, 19 luglio 2019

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA

Dott. Francesco MENDITTO

F.TO

IL SOSTITUTO PROCURATORE DELLA REPUBBLICA

Dott. Antonio Altobelli

F.to