

N. 12XX/2019 R.G.N.R.
N. 28XX/2019 R.G. Dib.



Procura della Repubblica
presso il Tribunale di Tivoli

All'On. Le Corte di cassazione

**MOTIVI AGGIUNTI AL RICORSO PER CASSAZIONE PROPOSTO DEL
PUBBLICO MINISTERO IL 19 LUGLIO 2019 (Ric. Gen. 29859/2019, Ud. III
Sezione 10 ottobre 2019)**

Il Procuratore della Repubblica, Dott. Francesco Menditto e il Sostituto Procuratore della Repubblica Dott.ssa Arianna Armanini,
con il presente atto **propongono MOTIVI AGGIUNTI** ex art. 611, co. 1 ult. p., c.p.p. al ricorso per Cassazione depositato il 19 luglio 2019 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 minorenni 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 n. P1988, indagata del delitto p. e p. dagli artt. 81, 609-quater co. 2, 609-septies c.p.

P R E M E S S A

1. Aggiornamento al par. 3 del ricorso relativo ai fatti rilevanti ai fini della proposta impugnazione. Lo svolgimento del procedimento incidentale di richiesta di incidente probatorio con ulteriore rigetto del Gip dopo la lettura della motivazione della sentenza n. 34091/2019. La necessità di proporre motivi aggiunti.

1.1. La necessità di integrare il par. 3 del ricorso proposto.

Sull'esposizione dei fatti si rinvia integralmente al par. 3 del ricorso proposto oggi in esame dovendo procedersi oltre solo ad ulteriori esposizioni in fatto sull'attuale stato del procedimento incidentale di richiesta di incidente probatorio.

1.2. Il precedente per fatti analoghi (Sent. S.C. n. 34091/2019).



I motivi aggiunti trovano origine, in primo luogo, sull'intervenuto deposito della sentenza n. 34091/2019 di codesta Corte.

Infatti, con ricorso del 6 febbraio 2019 la Procura di Tivoli ha 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.

In aggiunta a quanto esposto nel ricorso oggi in discussione presentato il 19 luglio 2019, il Gip, cui gli atti sono stati restituiti il 29 luglio 2019 con allegata la sentenza 34091/2019 appena depositata (il 26 luglio 2019) e scaricata dal sito Italgire, ha fissato l'incidente probatorio con provvedimento del 10 settembre 2019, in cui ha “*preso atto del contenuto della*” citata sentenza n. 34091/2019 ma ha ritenuto di motivare in ordine a un'ulteriore valutazione evidentemente considerata rientrare in una residua discrezionalità a lui attribuita: “*Ritenuto che la testimonianza della persona offesa sia di rilievo per la decisione dibattimentale...*” (documento allegato 1).

1.3. Lo stato del procedimento. La conferma dell'orientamento del Gip, anche dopo il deposito della sentenza n. 34091/2019 (non condivisa dal Gip).

1.3.1. Il contenuto del ricorso proposto.



Avendo il Gip (medesima persona fisica) confermato il proprio orientamento nel presente procedimento, pur in presenza della dichiarata abnormità (in altro procedimento) da parte della Corte di cassazione, questo PM ha proposto l'odierno ricorso il 19 luglio 2019, nell'imminenza della scadenza dei termini, in data 19 luglio 2019 (quando non era nota la motivazione della sentenza n. 34091/2019, reperita sul sito Italggiure solo il successivo 20 luglio).

Questi, in sintesi, i fatti relativi al provvedimento impugnato:

- nel presente procedimento per artt. 609 quater e septies c.p., in presenza di parte offesa minorenni (e vittima particolarmente vulnerabile) questo PM depositava 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 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 (all'epoca non era depositata la motivazione della sentenza n. 34091/2019);
- il Gip il 9 luglio confermava l'ordinanza di rigetto con la seguente motivazione stesa in calce alla richiesta del P.M. "*V. Si conferma la precedente ordinanza*";
- nel ricorso proposto il 19 luglio 2019 da questo P.M. si precisava:
"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.

1.3.2. Lo stato del procedimento: a) la richiesta formulata dal PM al Gip dopo il deposito della sentenza n. 34091/2019

Successivamente alla proposizione del presente ricorso, depositata la motivazione della sentenza n. 34091/2019 **si reiterava la richiesta di fissazione di incidente probatorio, al fine di consentire la rivalutazione dell'ordinanza di rigetto alla luce della motivazione della citata sentenza Corte e la rinuncia del presente ricorso.**

Questo il testo della richiesta depositata il 29 luglio 2019 (documento allegato 2):

"Si reitera la richiesta di incidente probatorio, già avanzata e reiterata, di procedere con incidente probatorio all'escussione di TIZIO [minorenne nato il XX.X.2002] ai danni del quale emergono elementi di abuso sessuale ai sensi degli artt. 81, 609quater co. 2 c.p.



Sull'abnormità del rigetto si rinvia al ricorso per cassazione per abnormità presentato da questo PM in cui si faceva espressa riserva di reiterare "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)" di "rinunciare all'odierno ricorso ed evitare un nuovo intervento della Corte".

Invero, con la sentenza n. 34091/2019 (allegata) la Corte di cassazione, accogliendo il ricorso della Procura di Tivoli presentato nel proc. n. 3727/2018 trattato da codesta Gip (perciò noto) ha ritenuto affetto "Non soltanto, di violazione di norme processuali, ma ...reso al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite" il provvedimento con cui codesta Gip aveva rigettato la richiesta di incidente probatorio presentata ai sensi dell'art. 391, co. 1-bis, c.p.p."

La Corte, accogliendo la prospettazione del PM relativa sia al caso specifico di persona offesa minorenni di reato di violenza sessuale, sia per ogni ipotesi prevista dall'art. 391-bis c.p.p. ha delineato in modo rigido la verifica consentita al Gip in tali ipotesi, come quella che occupa.

Per la Corte le uniche valutazioni consentite "attengono alla sussistenza dei requisiti indicati dalla disposizione", vale a dire:

- **che l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato** (il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini);
- **che il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare;**
- **che si stia procedendo per i reati indicati dall'art. 392, co. 1-bis, c.p.p. (persona offesa minorenni o maggiorenne) ovvero quando la persona offesa di altro reato versi in condizioni di particolare vulnerabilità;**
- **che la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età (anche se non trattisi di persona offesa) ovvero persona offesa maggiorenne;**
- **che la richiesta risponda a quanto "discende dai principi generali in tema di ammissione della prova". "Ove nulla sia specificamente previsto - come accade nel caso dell'art. 392, comma 1 bis, e dell'art. 398, comma 1, cod. proc. pen. - vale il principio generale, sul quale è fondato l'ordinamento processuale, giusta il quale, a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte, fatta salva l'assenza delle condizioni previste dalla disciplina che consente il ricorso allo strumento anticipato di assunzione, si prevede l'obbligo di ammissione da parte del giudice, cui compete soltanto la possibilità di escludere «le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti» (art. 190, comma 1, cod. proc. pen.). Questa valutazione è certamente consentita anche nei casi previsti dall'art. 392 cod. proc. pen., ma è d'immediata evidenza che essa, in concreto, ha un pressoché nullo campo di applicazione laddove sia richiesta l'assunzione della testimonianza di chi sia stato vittima di violenza sessuale, soprattutto se l'istanza provenga dalla parte che ha interesse all'assunzione della prova a carico (si è detto supra di un ipotetico caso d'irrelevanza che, per la natura del reato e le condizioni in cui lo stesso di regola si verifica, certo non appare di agevole verifica)".**

La Corte di cassazione ha ritenuto abnorme il rigetto della richiesta di incidente probatorio con una severa motivazione che censura più volte come arbitrario e gravemente illegittimo il diniego (ad esempio punto 4.2.1).

Nel caso in esame ricorrono tutti i presupposti indicati dalla Corte di cassazione, sicchè codesto Gip è tenuto ad accogliere la richiesta.

La motivazione adottata nel provvedimento di rigetto, oltre a non tenere conto di fatti risultanti dagli atti, come detto è abnorme in quanto:

- l'istanza proviene da questo PM, soggetto processuale legittimato;
- il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari;
- si sta procedendo per il reato di cui all'art. 609 *quater e septies* cod. pen. (indicati dalla norma);
- la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguarda un minore di età;
- la prova non è vietata dalla legge;



- la prova non è manifestamente superflua o irrilevante (art. 190, comma 1, cod. proc. pen.). **E' abnorme, dunque, la motivazione del provvedimento di rigetto ove:**
 - o ritiene che il PM debba procedere prima all'assunzione della dichiarazione del minorenne (in chiara violazione della Convenzione di Istanbul, obbligando il PM a porre in essere un atto di vittimizzazione secondaria);
 - o opera una valutazione sul reato per cui si procede. Tra l'altro, come esplicitato dalla Procura nella nuova richiesta (rigettata senza alcuna motivazione), non considera fatti risultanti inequivocabilmente dagli atti. In sostanza, così come nel provvedimento dichiarato abnorme in altro procedimento, il Gip non si è confrontato con gli atti.

Giova ricordare, sul punto, che secondo la Corte di cassazione “è d'immediata evidenza che essa, in concreto, ha un pressoché nullo campo di applicazione laddove sia richiesta l'assunzione della testimonianza di chi sia stato vittima di violenza sessuale, soprattutto se l'istanza provenga dalla parte che ha interesse all'assunzione della prova a carico (si è detto supra di un ipotetico caso d'irrelevanza che, per la natura del reato e le condizioni in cui lo stesso di regola si verifica, certo non appare di agevole verifica)”.

Come ricorda la Corte una diversa conclusione comporterebbe “**un'arbitraria negazione dell'incidente probatorio dal pubblico ministero richiesto**”, determinando “quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, così, da un lato, recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e, d'altro lato, esponendo lo Stato a possibili responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione europea”.

1.3.3. Lo stato del procedimento: b) l'ulteriore rigetto del Gip

Il Giudicante, con provvedimento del 5 settembre 2019, comunicato il 13 settembre 2019, rigettava nuovamente la richiesta.

Pur non potendo essere oggetto diretto del presente ricorso la nuova ordinanza, è opportuno riportarne la motivazione (documento allegato 3) in quanto alcuni argomenti saranno utili per i motivi aggiunti, anche nel tentativo di affrontare in modo esaustivo il tema in esame:

- a) “In via preliminare, non ritiene questo Giudice condivisibili le argomentazioni svolte nella sentenza della Corte di Cassazione n.34091/19, resa nell'ambito di altro procedimento RGNR 3727/18, nella parte in cui ritiene di escludere, sostanzialmente, ogni potere discrezionale del Gip nel caso di richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi del comma 5 bis dell'art.392 c.p.p., e questo perché la norma generate di cui al successivo art. 398 del codice di rito resta ferma, né risultano previste dal legislatore limitazioni alla sua 'applicazione per le ipotesi di reato quale quella contestata all'odierno indagato. **Dunque, si afferma, dedicandovi poche righe, di non condividere la motivazione della sentenza n. 34091/2019, rivendicando poteri più ampi rispetto a quelli delineati dalla Corte;**
- b) “In ogni caso, come evidenziato nel precedente provvedimento di rigetto del 5.7.2019, la vicenda in esame è totalmente diversa rispetto a quella in cui il Supremo Collegio ha reso la pronuncia invocata dal Pm a sostegno del nuovo ricorso, difettando nella specie financo il fumus del reato iscritto a carico di CAIO, tenuto conto che la persona -offesa, TIZIO, diciassettenne è 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”.

Il Gip questa volta individua la mancanza di *fumus* del reato, laddove nel provvedimento di rigetto del 5 luglio 2019 parlava di “*insussistenti elementi di indagine atti a fondare la fattispecie di reato...*”, riferendosi in sostanza alla mancata previa audizione del minore.

Duque, si tenta di “rettificare” la motivazione recuperando uno spazio di discrezionalità nel ritenere insussistente il *fumus* del reato, ma in realtà come emerge con chiarezza, anche dal sottolineato, si intende imporre al PM di sentire prima il minore, per poi valutare l’ammissibilità dell’incidente probatorio;

- c) *“Quanto agli accertamenti tecnico-informatici eseguiti sui telefoni cellulari dell’indagata e del ragazzo - di scarsissimo rilievo investigativo e, per questo, non espressamente menzionati nel precedente provvedimento - , questi hanno consentito di estrapolare solo pochi messaggi scambiati tra i due che evidenziano il mero utilizzo di espressioni "affettive" di uso comune ("cuò", "tesò", "amore"), rese nel contesto di conversazioni dal contenuto per nulla scabroso ("...cerca di non fare troppo tardi che poi non ti svegli e non vieni a scuola.....).*

L’ordinanza, benché il tema non fosse stato posto dal PM, ritiene di valutare fatti ignorati nel provvedimento di rigetto del 5 luglio 2019 e nella conferma del provvedimento di rigetto del 9 luglio 2019 motivato “*V. Si conferma la precedente ordinanza*”), evidentemente alla luce del ricorso per cassazione proposto dal PM;

- d)
- e) *“E’ poi davvero singolare che l’evidenziata carenza del compendio investigativo, principalmente dovuta alla mancata audizione della persona offesa venga valutata dal Pm come violazione della Convenzione di Istanbul e induzione da parte di questi Gip a compiere un atto di vittimizzazione secondaria da parte dell’Ufficio inquirente, ove si consideri che con la recente novella legislativa cd " codice rosso", il legislatore, proprio per i reati di cui agli artt.572, 609 bis, 609 ter, 609 quater ecc... ha espressamente previsto che il PM assuma informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro tre giorni dall’iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano "imprescindibili esigenze di tutela dei minori di anni diciotto”.*

Invero, dalla lettura della richiesta del PM non emerge che questo Ufficio abbia valutato direttamente la decisione di rigetto come possibile vittimizzazione secondaria, essendosi questo PM limitato a richiamare le valutazioni della Corte di cassazione:

*“Si confida, pertanto, onde non protrarre gli effetti di un provvedimento abnorme, di fissare tempestivamente l’incidente probatorio richiesto. Come ricorda la Corte, una diversa conclusione comporterebbe **“un’arbitraria negazione dell’incidente probatorio dal pubblico ministero richiesto”**, determinando “quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, così, da un lato, recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e, d’altro lato, esponendo lo Stato a possibili responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell’Unione europea”.*



Per il riferimento alla normativa della l. 69/2019 si rinvia al punto sub f), premettendo che in modo singolare l'ordinanza richiama le nuove disposizioni a proprio sostegno, ignorando la motivazione della sentenza n. 34091/2019 nella parte in cui argomentava l'abnormità del provvedimento di rigetto richiamando le disposizioni della l. cd. Codice Rosso, all'epoca appena approvata:

il *“sempre maggior rilievo che negli ultimi anni ha assunto la necessità di tutelare le vittime del reato di violenza sessuale (tanto più se minorenni all'epoca del fatto), degli altri reati indicati dall'art. 392, comma 1-bis, cod. proc. pen. e, comunque, delle vittime vulnerabili - e questa notazione trova sicura conferma nella recente approvazione, da parte del Parlamento, della legge, definita "codice rosso", recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere - anche alla luce degli obblighi internazionali che gravano sullo Stato”*;

- f) Conclude l'ordinanza: *“Nella specie, TIZIO è un ragazzo di diciassette anni, quindi appartenente alla categoria dei cd "grandi minori", e la stessa richiesta di assunzione della sua testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio attesta l'assenza di alcuna delle specifiche ed eccezionali esigenze indicate all'art.1-ter del DDL 1200/19”*.

Sembra di comprendere che, richiamando le modifiche apportate al c.p.p. dalla l. 69/2019 (pur se per un refuso si fa riferimento al disegno di legge 1200/19, poi confluito nella l. 69/2019), si voglia valorizzare a sostegno della propria tesi il testo del nuovo art. 1-ter dell'art. 362 c.p.p. in cui si prevede l'onere del PM di assumere *“informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa.”* In particolare, sembra che il Gip, ritenendo la PO appartenente alla categoria dei “Grandi minori”, voglia trovare un riscontro alla tesi di non doverla ascoltare con incidente probatorio, non ricorrendo una delle clausole di salvezza che consentono al PM di non sentire la stessa PO.

Anticipando argomenti che saranno sviluppati nei motivi aggiunti si osserva:

- che si conferma, ancora una volta, la volontà del GIP di enucleare una categoria di “Grandi Minori” (v. provvedimento di rigetto di incidente probatorio del 10 maggio 2018, allegato al ricorso di questo PM sfociato nella sentenza 34091/2019, documento 4). Tale categoria non è prevista da alcuna norma o interpretazione giurisprudenziale;
- che si ignora il contenuto della clausola di salvezza relativa a *imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa*. Dunque, è il PM che ha un'ampia possibilità di valutare la deroga all'audizione nei tre giorni per *“imprescindibili esigenze di tutela”*, sia del minorenne che della riservatezza delle indagini;
- che sembra confondersi la fase della valutazione del PM introdotta dalla l. 69/2019, di cui ora si è detto, con la diversa fase in cui il PM valuta se proporre l'incidente



probatorio. E' il PM, come si vedrà anche oltre, che valuta se e quando ascoltare la PO nella fase delle indagini preliminari, se e e quando avanzare la richiesta di incidente probatorio per l'audizione del minore (che può essere stato ascoltato o non ascoltato in precedenza), se opporsi alla richiesta di incidente probatorio di audizione del minore avanzato dall'indagato. In tal senso è chiara la sentenza n. 34091/2019 ove ben individua i limiti della discrezionalità del GIP:

“..Come giustamente ha osservato il procuratore generale nella sua requisitoria, nei casi delineati il legislatore ha modificato lo statuto della prova dichiarativa prevedendo quale ipotesi ordinaria la raccolta anticipata della testimonianza attraverso lo strumento dell'incidente probatorio. Piuttosto, residuali - e marginali - ambiti di discrezionalità valutativa potrebbero configurarsi, in quest'ottica, laddove l'immediata assunzione della prova contrasti con altri interessi ritenuti meritevoli di protezione dalle stesse fonti internazionali e a cui, in concreto, sia da assicurarsi la preminenza, ovvero con la stessa esigenza di ridurre al minimo il rischio di vittimizzazione secondaria. In quest'ultima prospettiva, potrebbe ad es. pensarsi alla richiesta di assunzione della prova del minore vittima di violenza sessuale che provenga dalla difesa dell'indagato ed a cui il pubblico ministero opponga un'eccezione d'irrelevanza per essere il fatto graniticamente provato sulla base di altre fonti di prova.”

Diversamente si snaturerebbe la funzione del GIP, attribuendogli poteri di indagine.

2. I motivi aggiunti (e il nuovo ricorso per cassazione da proporre).

Alla luce di quanto esposto e, specificamente, al pacifico consolidamento da parte del GIP del proprio orientamento, pur dopo il deposito della motivazione della sentenza n. 34091/2019, questo PM:

- a) propone motivi aggiunti, anche al fine di evidenziare ulteriori argomenti alla luce della motivazione della sentenza n. 34091/2019 (non nota all'epoca di proposizione del ricorso). Ciò appare utile con riferimento alla univoca determinazione del GIP di individuare margini di discrezionalità estranei a quanto desumibile dalla sentenza n. 34091/2019 e, dunque, del reiterarsi di provvedimenti abnormi in violazione della giurisprudenza della Cassazione;
- b) dovrà proporre, con separato atto, nuovo ricorso per cassazione avverso il provvedimento di rigetto del GIP del 5/13 settembre 2019 in cui sembra che si sia voluto integrare la motivazione del rigetto oggi in esame. Naturalmente l'eventuale esito positivo del presente ricorso potrà consentire una rinuncia all'impugnazione che eviti una nuova (terza) decisione di codesta Corte.

I MOTIVI AGGIUNTI



3. I motivi aggiunti sulla violazione delle norme di diritto interno e internazionale, anche sulla base dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata (e aderente al diritto della Unione europea).

3.1. L'ambito della valutazione del Gip. Il provvedimento di rigetto dell'incidente probatorio richiesto dal PM abnorme.

Questo PM può rinviare, e in tal senso vanno integrati i motivi di ricorso, all'esautiva motivazione della sentenza n. 34091/2019.

Con la sentenza n. 34091/2019 codesta Corte ha ritenuto affetto *“Non soltanto, di violazione di norme processuali, mareso al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite”* il provvedimento con cui il Gip aveva rigettato la richiesta di incidente probatorio presentata ai sensi dell'art. 391, co. 1-bis, c.p.p. con riferimento a una parte offesa minorenni

La Corte, accogliendo la prospettazione del PM relativa sia al caso specifico di persona offesa minorenni di reato di violenza sessuale, sia per ogni ipotesi prevista dall'art. 391-bis c.p.p. ha delineato in modo rigido la verifica consentita al Gip in tali ipotesi, come quella che occupa (relativa a minorenni):

“Ciò premesso, reputa il Collegio che il comma 1-bis dell'art. 392 cod. proc. pen., nel prevedere – per quanto qui interessa – che le parti possano chiedere al g.i.p. di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza della persona offesa, minorenni o maggiorenne, del reato di violenza sessuale «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1» (vale a dire quelle in cui l'immediata assunzione della prova tradizionalmente si giustifica, salvi gli ampliamenti dovuti a successive integrazioni della norma sorrette da altre ragioni, per mere ragioni di urgenza modellate sul paradigma della “testimonianza a futura memoria”), escluda qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice circa l'opportunità di accogliere la richiesta”

Per la Corte le uniche valutazioni consentite *“attengono alla sussistenza dei requisiti indicati dalla disposizione”*, vale a dire:

- che l'istanza provenga da soggetto processuale legittimato (il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, ovvero la persona sottoposta alle indagini);
- che il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari ovvero in udienza preliminare;
- che si stia procedendo per i reati indicati dall'art. 392, co. 1-bis, c.p.p. (persona offesa minorenni o maggiorenne) ovvero quando la persona offesa di altro reato versi in condizioni di particolare vulnerabilità;
- che la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguardi un minore di età (anche se non trattisi di persona offesa) ovvero persona offesa maggiorenne;



- che la richiesta risponda a quanto **“discende dai principi generali in tema di ammissione della prova”**. *“Ove nulla sia specificamente previsto – come accade nel caso dell’art. 392, comma 1 bis, e dell’art. 398, comma 1, cod. proc. pen. – vale il principio generale, sul quale è fondato l’ordinamento processuale, giusta il quale, a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte, fatta salva l’assenza delle condizioni previste dalla disciplina che consente il ricorso allo strumento anticipato di assunzione, si prevede l’obbligo di ammissione da parte del giudice, cui compete soltanto la possibilità di escludere «le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti» (art. 190, comma 1, cod. proc. pen.). Questa valutazione è certamente consentita anche nei casi previsti dall’art. 392 cod. proc. pen., ma è d’immediata evidenza che essa, in concreto, ha un pressoché nullo campo di applicazione laddove sia richiesta l’assunzione della testimonianza di chi sia stato vittima di violenza sessuale, soprattutto se l’istanza provenga dalla parte che ha interesse all’assunzione della prova a carico (si è detto supra di un ipotetico caso d’irrelevanza che, per la natura del reato e le condizioni in cui lo stesso di regola si verifica, certo non appare di agevole verifica)”*

Si riferisce la Corte al nuovo statuto della prova dichiarativa che prevede *“quale ipotesi ordinaria la raccolta anticipata della testimonianza attraverso lo strumento dell’incidente probatorio. Piuttosto, residuali – e marginali – ambiti di discrezionalità valutativa potrebbero configurarsi, in quest’ottica, laddove l’immediata assunzione della prova contrasti con altri interessi ritenuti meritevoli di protezione dalle stesse fonti internazionali e a cui, in concreto, sia da assicurarsi la preminenza, ovvero con la stessa esigenza di ridurre al minimo il rischio di vittimizzazione secondaria. In quest’ultima prospettiva, potrebbe ad es. pensarsi alla richiesta di assunzione della prova del minore vittima di violenza sessuale che provenga dalla difesa dell’indagato ed a cui il pubblico ministero opponga un’eccezione d’irrelevanza per essere il fatto graniticamente provato sulla base di altre fonti di prova.”*

La Corte di cassazione ha ritenuto abnorme il rigetto della richiesta di incidente probatorio con una severa motivazione che censura più volte come arbitrario e gravemente illegittimo il diniego (ad esempio punto 4.2.1).

3.2. Le violazioni dell’ordinanza di rigetto oggi impugnata, la sua abnormità.

Nel caso in esame ricorrono tutti i presupposti indicati dalla Corte di cassazione, sicchè codesto Gip è tenuto ad accogliere la richiesta.

La motivazione adottata nel provvedimento di rigetto, oltre a non tenere conto di fatti risultanti dagli atti, come si vedrà oltre, come detto è abnorme in quanto:

- l’istanza proviene da questo PM, soggetto processuale legittimato;
- il procedimento penda nella fase delle indagini preliminari;
- si sta procedendo per il reato di cui all’art. 609 *quater e septies* cod. pen, (indicati dalla norma);



- la testimonianza di cui si richiede l'assunzione riguarda un minore di età;
- la prova non è vietata dalla legge;
- la prova non è manifestamente superflua o irrilevante (art. 190, comma 1, cod. proc. pen.);
- non vi sono eventuali interessi prevalenti da salvaguardare, venendo in rilievo proprio l'audizione di un minore richiesto dal PM.

3.3. Il motivo aggiunto relativo al concreto esercizio della valutazione del reato contestato.

3.3.1. Sull'abnormità della valutazione.

Il Gip opera una valutazione sulla ricorrenza del reato per cui si procede: *“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 COIO, 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”.*

Tale valutazione non è consentita, come ricordato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 34091/2019 ove ricorda che occorre solo che *“si stia procedendo per il reato di cui all'art. 609 bis cod. pen, (o per altro dei reati indicati dalla norma, ovvero quando la persona offesa di altro reato versi in condizioni di particolare vulnerabilità)”.*

L'incidente probatorio, infatti, è un “mezzo di prova”, seppur particolare. I mezzi di prova sono disciplinati dal Titolo II del Libro III del codice di rito e (per quanto rileva in questa sede) consentono al PM (anche attraverso la formulazione degli artt. 358 ss. c.p.p.), di svolgere le indagini preliminari per assumere le determinazioni sull'esercizio dell'azione penale (art. 326 c.p.p.). E' sufficiente l'acquisizione di una notizia di reato (ex art. 330 ss. c.p.p.) per consentire al PM di svolgere le indagini e, utilizzare i mezzi di prova che ritiene necessari con le modalità previste dal codice di rito: o richiedendole al Giudice ovvero procedendo con i corrispondenti istituti degli artt. 358 ss. c.p.p.

Elementi ulteriori, ivi compreso il *fumus* del reato (richiamato nel successivo provvedimento di rigetto del 5/13 settembre 2019, quasi a colmare la motivazione di quello oggi impugnato) possono riguardare i “Mezzi di ricerca della prova” (disciplinati dal Titolo III del Libro II del codice di rito, perché invasivi. Talvolta sono richiesti anche elementi di maggior rilievo, come i gravi indizi di reato, per le intercettazioni telefoniche.

Peraltro, gli indizi esistenti sono certamente sufficienti allo stato (dichiarazioni di alcune persone informate sui fatti), ma ciò è merito.

3.3.2. Sulla mancata valutazione di fatti risultanti inequivocabilmente dagli atti.



In sostanza, così come nel provvedimento dichiarato abnorme in altro procedimento, il Gip non si è confrontato con gli atti.

Pur se questo PM è consapevole che il non valutare fatti rilevanti risultanti incontrovertibilmente dagli atti non costituisce motivo di abnormità, ritiene che consenta di meglio inquadrare il provvedimento impugnato alimentato dallo *sfavor* verso l'incidente probatorio.

Si sostiene 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.

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 dal Montoni al contatto dell'indagata]: Tesò sei sveglio?

TIZIO sì cuò

Prof <3: non ti ho più chiamato perché Carla 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 minorenne.

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.

Dunque, gli elementi contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero, dunque, consentano di ipotizzare sussistente quantomeno il *fumus commissi delicti* del reato contestato".

UN cenno alla singolare la valutazione successiva contenuta nel provvedimento di conferma del rigetto del 5/13 settembre 2019. Al fine di integrare la precedente omessa valutazione, sottolineata dal PM, osserva: "*Quanto agli accertamenti tecnico-informatici eseguiti sui telefoni cellulari dell'indagata e del ragazzo - di scarsissimo rilievo investigativo e, per questo, non espressamente menzionati nel precedente provvedimento - , questi hanno consentito di estrapolare solo pochi messaggi scambiati tra i due che evidenziano il mero utilizzo di espressioni "affettive" di uso comune ("cuò", "tesò", "amore"), rese nel contesto di conversazioni dal contenuto per nulla scabroso ("...cerca di non fare troppo tardi che poi non ti svegli e non vieni a scuola.....),*

Da un lato si ignora la conferma che può trarsi dalla lettura dei messaggi del rapporto non certo meramente scolastico tra i due che ben si inquadra e conferma gli altri elementi raccolti, dall'altro si qualificano (ignorando ancora una volta le diverse qualità di professore



e di allievo) espressioni “affettive” di uso comune determinate espressioni che confermano, invece, l’esistenza di un rapporto sfociato nella contestazione:

Prof <3 [nome assegnato dal Montoni al contatto dell’indagata]: **Tesò** sei sveglio?

TIZIO: sì cuò

Prof <3: non ti ho più chiamato perché Carla 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**

3.4. Il motivo aggiunto relativo alla valutazione dello *status* di vittima per la quale è applicabile l’art. 392, co. 1-bis, c.p.p. (il minorene) individuato dalla legge.

E’ abnorme la motivazione del provvedimento di rigetto ove **opera una valutazione discrezionale sullo status di vittima vulnerabile del minorene. Status delineato dall’art. 392, co. 1-bis, c.p.p. (nel caso in esame).**

Il provvedimento di rigetto, valuta espressamente la condizione del minore “...tenuto conto che TIZIO, diciassettenne e affetto da mero disturbo dell’apprendimento (DSA), non è mai stato sentito ...”

Dunque, viene operata una valutazione discrezionale non consentita:

- sull’essere la parte offesa diciassettenne, evocando l’ordinanza la categoria di “Grandi Minori” (v. provvedimento di rigetto di incidente probatorio del 10 maggio 2018, allegato al ricorso di questo PM sfociato nella sentenza 34091/2019). Tale categoria non è prevista da alcuna norma o interpretazione giurisprudenziale. Categoria riconosciuta espressamente nell’ulteriore provvedimento di rigetto del 5/13 settembre 2019 come ricordato in precedenza;
- sulla valutazione ai fini della decisione che il minorene è *affetto da mero disturbo dell’apprendimento (DSA)*. Si introduce un’inammissibile scala di valori di vulnerabilità dei minori, in cui si potrebbe operare una distinzione sulla base del disturbo accertato. Si ignora, invero, che non solo si è in presenza di un minorene, ma che lo stesso è anche affetto da alcuni disturbi che dovrebbero rafforzare e non ridimensionare la necessità di procedere ad un’unica audizione.

3.5. I motivi aggiunti relativi all’attribuzione di poteri propri del PM laddove si richiede che si proceda prima all’audizione del minore.

L’ordinanza impugnata Il Gip ritiene che il PM debba procedere prima all’assunzione della dichiarazione del minorene, in evidente violazione dei poteri attribuiti dalla Costituzione e dal codice di rito al PM, oltre che della



Convenzione di Istanbul, obbligando il PM a porre in essere un atto di vittimizzazione secondari):

“...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 prava già in qualche modo raccolti,

Il Gip, ancora una volta, esorbita dai suoi poteri invadendo il campo di proprio del PM, attribuendosi:

- la valutazione sull’opportunità della discovery che è normativamente attribuita al PM;
- la valutazione sulla necessità o opportunità di procedere a contestazioni su precedenti audizioni, superando la scelta del PM di acquisire la prova in audizione con incidente probatorio col materiale raccolto;
- la individuazione di una sorta di potere inquisitorio laddove richiede la previa audizione per potere offrire elementi sull’attendibilità della parte offesa.

D’altra parte, anche nell’incidente probatorio “ordinario” non si richiede la previa audizione della persona (ad esempio, S.C. 56688/2017).

Il potere di valutazione attribuito al PM è confermato dal testo del nuovo art. 1-ter dell’art. 362 c.p.p. in cui si prevede l’onere del PM di assumere *“informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall’iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell’interesse della persona offesa.”*

La clausola di salvezza introdotta, che fa riferimento a *imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell’interesse della persona offesa*, conferma che il PM ha un’ampia possibilità di valutare la deroga all’audizione nei tre giorni per *“imprescindibili esigenze di tutela”*, sia del minore che della riservatezza delle indagini.

Dunque, potere attribuito proprio per evitare la vittimizzazione secondaria (come esposto nelle linee guida adottate dalla Procura di Tivoli il 31 luglio 2019, reperibili sul sito). Potere naturalmente attribuito al PM, perché titolare delle indagini preliminari ai sensi degli artt. 327 e ss c.p.p., residuando al Gip i poteri previsti specificamente dal codice di rito, tra i quali non rientra quello di imporre la previa audizione della PO prima di disporre l’incidente probatorio.

D’altra parte, la norma ora ricordata si riferisce alla fase iniziale delle indagini preliminari, laddove vi è poi una diversa fase in cui il PM valuta se richiedere l’incidente probatorio. E’ il PM che valuta se e quando ascoltare la PO nella fase delle indagini preliminari, se e quando avanzare la richiesta di incidente probatorio per l’audizione del



minore (che può essere stato ascoltato in precedenza o non ascoltato in precedenza), se opporsi alla richiesta di incidente probatorio di audizione del minore avanzato dall'indagato. In tal senso è chiara la sentenza n. 34091/2019 ove ben individua i limiti della discrezionalità del GIP.

Preme, infine, ricordare che l'incidente probatorio è istituito 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.

In conclusione, è il PM che opera una valutazione, sulla base degli elementi in suo possesso, sul se procedere a incidente probatorio senza avere ascoltato preventivamente la vittima e, a maggior ragione, nel caso di minorenni che va particolarmente tutelato.

La ragione per la quale il PM nel caso in esame non ha proceduto all'audizione della vittima, deriva anche dalle 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, citate dal PM e dalla sentenza 34091/2019 della Corte di cassazione che tendono a evitare la vittimizzazione secondaria.

3.6. Il motivo aggiunto sul pregiudizio della difesa.

Sostiene 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"*.

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 comprende, 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.

Del resto, il tema è stato affrontato dalla Corte di cassazione, ad esempio con la sentenza 56668/2019 che valorizza il pieno rispetto del diritto di difesa della persona sentita nel contraddittorio nel corso dell'incidente probatorio ("...sicchè nel caso in esame l'audizione in contraddittorio dinanzi al giudice e la facoltà di procedere al controesame hanno assicurato ai difensori il corretto esercizio del diritto di difesa che infondatamente si assume violato...").

4. Sull'ammissibilità del ricorso per abnormità.

Si può rinviare, oltre a quanto già esposto nel ricorso, all'esauritiva motivazione del par. 4 della sentenza 34091/2019.

Nel caso in esame il Gip, come ampiamente esposto ha esercitato un potere che non gli è attribuito, invadendo il campo dei poteri del PM, volendo imporre attività che questo PM ritiene di non dovere svolgere.

Trattasi di stasi evidentemente irreversibile.

Né l'utilizzo dell'espressione di rigetto "allo stato" modifica il contenuto del provvedimento più volte ribadito.

Del resto, l'ordinanza impugnata (adottata dalla medesima persona fisica) **si pone al di fuori del contenuto dei poteri del Gip delineati dalla sentenza n. 34091/2019**, rivendicando anche, senza motivare, ultronei poteri discrezionali in un successivo provvedimento (cfr. ordinanza del 5/13 settembre 2019), depotenziando l'effetto dei principi di diritto espressi dalla Corte di casazionemati

Riprendendo le argomentazioni della sentenza 34091/2019, pur se il caso concreto è diverso da quello già esaminato;



- a) il giudice ha esercitato un potere astrattamente previsto dalla disciplina processuale ma lo ha *“fatto al di là di qualsiasi ragionevole limite, essendosi trattato di un rigetto arbitrario”* perché fondato su argomenti, in precedenza esposti, che evidenziano l'esercizio di poteri attribuiti al PM o a lui non attribuiti;
- b) gli argomenti esposti sono estranei alla *“disciplina processuale attuativa degli obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale”* minuziosamente elencata dal PM prima e, soprattutto, dalla Corte di cassazione. Appare singolare che mai si menzioni la normativa internazionale;
- c) non si verte in un caso in cui *“il giudice si limiti ad esercitare il potere attribuitogli dalla legge, magari anche in modo non corretto, ma senza esorbitare dagli astratti limiti previsti e che è stato di regola affermato a fronte delle valutazioni di ipotesi riconducibili alla richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 392, comma 1, cod. proc. pen.”*;
- d) anche nel caso in esame, in cui il Gip persiste nello *sfavor* verso l'incidente probatorio, peraltro in presenza di parte offesa minorenni. Vanno richiamate le considerazioni sul *“sempre maggior rilievo che negli ultimi anni ha assunto la necessità di tutelare le vittime del reato di violenza sessuale (tanto più se minorenni all'epoca del fatto), degli altri reati indicati dall'art. 392, comma 1-bis, cod. proc. pen. e, comunque, delle vittime vulnerabili - e questa notazione trova sicura conferma nella recente approvazione, da parte del Parlamento, della legge, definita "codice rosso", recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere -anche alla luce degli obblighi internazionali che gravano sullo Stato”*;
- e) anche il provvedimento in esame appare singolare e strutturalmente abnorme per il suo contenuto, laddove non richiama alcuna disposizione (infatti inesistente) che gli attribuisca i poteri valutativi esercitati. Il giudice non si è curato di valutare la ricorrenza dei presupposti della norma su cui il pubblico ministero richiedente aveva espressamente fondato la richiesta. L'ordinanza è espressione di un potere non previsto dalla legge configurandosi come abnorme, **essendosi in sostanza "disapplicata", senza alcuna argomentazione, una regola generale di assunzione della prova prevista in ottemperanza ad obblighi assunti dallo Stato in sede internazionale.** Non si tratta, soltanto, di violazione di norme processuali, ma di **un** provvedimento reso al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite, e quindi affetto da c.d., abnormità strutturale, secondo il consolidato orientamento;
- f) anche nel caso in esame vanno ricordate le motivazioni delle Sezioni Unite citate nella sentenza n. 34091/2019: il *« L'abnormità, quindi, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, da cui scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integra - sempre e comunque - uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento. ...Se all'autorità giudiziaria può riconoscersi*



l'attribuzione" circa l'adottabilità di un determinato provvedimento, i relativi, eventuali vizi saranno solo quelli previsti dalla legge, a prescindere dal fatto che da essi derivino effetti regressivi del processo. Ove, invece, sia proprio l'attribuzione" a far difetto - e con essa, quindi, il legittimo esercizio della funzione giurisdizionale - la conseguenza non potrà essere altra che quella dell'abnormità, cui consegue l'esigenza di rimozione.... è affetto da vizio di abnormità, sotto un primo profilo, il provvedimento che, per singolarità e stranezza del suo contenuto risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite.

- g) infine, *“laddove, come nella specie, non si rimuovesse l'ordinanza con cui il g.i.p. ha arbitrariamente negato l'incidente probatorio dal pubblico ministero richiesto in un caso disciplinato dalla legge, pur non essendo ovviamente precluso il prosieguo del procedimento - né conculcati il dovere di svolgere le indagini (essendo possibile l'acquisizione di s.i.t. dalla persona offesa) ed il diritto all'assunzione della prova testimoniale nel corso del giudizio - l'alternativa procedimentale determinerebbe quella vittimizzazione secondaria della persona offesa che lo Stato si è impegnato ad evitare, così, da un lato, recando pregiudizio insanabile alla vittima vulnerabile, e, d'altro lato, esponendo lo Stato a possibili responsabilità per la violazione di norme internazionali pattizie e dell'Unione europea”.*

5. 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.

6. Conclusioni.



Si confida nell'accoglimento del ricorso anche per consentire una stabilizzazione della giurisprudenza in questa materia che necessita di continuità per evitare che possa verificarsi la violazione di disposizioni, interne e internazionali, frutto dell'evoluzione degli ultimi anni su cui si registrano "resistenze interpretative".

P. Q. M.

- a) vorrà in via principale annullare l'ordinanza impugnata perché abnorme, ordinando la restituzione degli atti al Gip affinché provveda a fissare l'incidente probatorio;
- b) in via subordinata, vorrà ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, co. 1, della Costituzione.

Documenti allegati:

All. 1, Ordinanza del Gip di Tivoli del 10 settembre 2019 di ammissione dell'incidente probatorio all'esito dell'annullamento dell'ordinanza di rigetto con sentenza S.C. 34091/2019;

All. 2, nuova richiesta di fissazione dell'incidente probatorio alla luce della sentenza n. 34091/2019 al fine di rinunciare all'odierno ricorso;

All. 3, Ordinanza del Gip di Tivoli del 5/13 settembre 2019 di rigetto della nuova richiesta di incidente probatorio;

All. 4, Ordinanza di rigetto di incidente probatorio del 10 maggio 2018, allegata al ricorso di questo PM sfociato nella sentenza 34091/2019.

Tivoli, 19 settembre 2019

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
Dott. Francesco MENDITTO

IL SOSTITUTO PROCURATORE DELLA REPUBBLICA
Dott. ssa Arianna Armanini