

## **TRIBUNALE PENALE DI MACERATA**

### **UFFICIO GIP-GUP**

#### **DOTT. GIOVANNI M. MANZONI**

Premesso che in data 12 febbraio 2020 il PM chiedeva procedersi con incidente probatorio alla audizione di P A, minorenni persona offesa del reato di cui all'art. 609-quater del codice penale, e di T A, minorenni già escussa a SIT in quanto a conoscenza di circostanze rilevanti (era presente a un episodio di rilevanza probatoria nel quale la P teneva condotte sessualmente esplicite nei confronti dell'odierno indagato che cercava di eludere le stesse ed in altre occasioni raccoglieva confidenze della amica).

Tanto premesso questo giudice

#### **OSSERVA**

L'art. 392 del codice di procedura penale prevede che:

1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:

a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;

b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;

c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;

d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210;

e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti,

f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.

1-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601,602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1.

In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza.

Nel caso di specie il PM ha chiesto di procedersi alla audizione della persona offesa del reato p. e p. dall'art. 609-quater, nonché di altra persona minorenni, da escutere quale testimone rispetto a vicende rilevanti per la ricostruzione dei fatti (sarebbe stata presente ad un episodio narrato dalla PO).

Il tenore della norma appare prevedere in tal caso l'obbligo per il GIP adito di ammettere incidente probatorio in relazione a tale ultima richiesta (la norma parla di «testimonianza di persona offesa minorenni», senza prevedere la necessità che la stessa sia persona offesa del reato, come invece espressamente richiesto nel caso la stessa sia maggiorenne) e la Corte di Cassazione ha peraltro espressamente qualificato come abnorme il rigetto del GIP di ammettere incidente probatorio nei casi di cui all'art. 392, comma 1-bis del codice di procedura penale - v. da ultimo Cass., sez. III, sent. 16 maggio 2019 (dep. 26 luglio 2019), n. 34091.

Dubita questo GIP della legittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 392, comma 1-bis, per come nel tenore attuale, per contrarietà della stessa agli artt. 3 e 111 della carta costituzionale.

Se certamente i reati di cui all'art. 392, comma 1-bis del codice di procedura penale sono particolarmente odiosi e il triste fenomeno della violenza sulle donne o sui minori necessita di adeguato contrasto normativo (per inciso, e pur se non rileva nel caso di specie, si osserva peraltro che la previsione normativa di cui all'art. 392, comma 1-bis del codice di procedura penale appare del tutto generica, talché' ben si potrebbe applicare a condotte di mera molestia sessuale commesse da una ragazza in danno di maschio di età matura e di robusta costituzione fisio-psichica, tale da non potersi pertanto secondo ogni ragionevolezza ritenere lo stesso soggetto debole o passibile di gravi traumi nel ripercorrere la vicenda ...) si ritiene di dubbia ragionevolezza la previsione di imporre la anticipazione in sede predibattimentale della audizione di minorenni che siano meri testimoni rispetto ai fatti per i quali si procede, a prescindere da ogni valutazione in concreto in ordine alle specificità del singolo caso, alla concreta prevedibilità o meno di possibili conseguenze traumatiche della loro audizione, alla esigenza o meno di anticipata audizione degli stessi.

Se, infatti, può essere in linea di massima (v. sopra) logico procedere quanto prima alla audizione della vittima al fine di evitare possibili fenomeni di vittimizzazione secondaria, tanto non si ravvisa ove il teste non rivesta la qualifica di PO.

In tal caso, infatti, non vi è alcun motivo di ritenere a priori:

- né che la audizione dibattimentale dello stesso possa risultargli traumatizzante, a prescindere da ogni concreta valutazione sulle circostanze del fatto e sui contenuti della deposizione che è chiamato a rendere;

- né che la memoria del teste (peraltro nel caso concreto ultrasedicenne e quindi ben capace di avere futura memoria dei fatti) si perda nei tempi ordinariamente necessari per la istruttoria dibattimentale (e ove nel caso concreto si ravvisasse tale profilo - come peraltro ben può verificarsi in caso di testimone minorenni chiamato a deporre in relazione ad altri reati - ben soccorrerebbe la ordinaria disciplina di cui all'art. 392, comma 1 del codice penale - cfr ordinanza Corte costituzionale 108/2003 «... eventuali esigenze di anticipazione della testimonianza, al fine di accertare i fatti e di assicurare la genuinità della prova, nel caso in cui si tratti di persone le quali presentino condizioni mentali o psichiche di particolare fragilità, che facciano ritenere fondatamente che la testimonianza medesima non possa essere utilmente assunta nel dibattimento, possono trovare adeguata soddisfazione attraverso una corretta applicazione delle previsioni di cui all'art. 392, comma 1, lettere a e b, codice di procedura penale, relative alle ipotesi

di infermità o altro grave impedimento, e di esposizione a condizionamenti esterni, che giustificano il ricorso all'incidente probatorio»).

La audizione dei testimoni minorenni al di fuori della naturale sede dibattimentale comporta, pertanto, ad avviso di questo GIP, in questi casi (incidente probatorio correlato solo ed esclusivamente alla tipologia di reati ed alla età del testimone) una immotivata perdita del contatto tra il dichiarante e l'organo deputato a emettere sentenza, con violazione, senza alcuna necessità o utilità processuale, dell'ordinaria necessità che le dichiarazioni siano rese avanti al giudice dibattimentale nel prosieguo competente a decidere.

Tanto, peraltro, in materia di reati per i quali può essere particolarmente rilevante la diretta assunzione della prova da parte del giudice, che solo in tale modo può avere cognizione di tutte le sfumature - dichiarative, vocali, espressive - concorrenti alla formazione del suo convincimento.

Appare infatti opportuno ricordare:

- che la Corte costituzionale con sentenza 205/10 ha ricordato come «il diritto "all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere" - diritto che, in base alla ricordata giurisprudenza di questa Corte, la parte esercita nel chiedere la rinnovazione dell'esame del dichiarante - si raccorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, terzo comma, Cost., nella parte in cui riconosce alla "persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" e "di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa";

- che viene quindi in rilievo, a tale riguardo, quanto reiteratamente affermato proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - dalle cui censure, secondo il rimettente, l'accoglimento della questione dovrebbe mettere l'Italia al riparo - in relazione all'omologa previsione dell'art. 6, paragrafo 3, lettera d), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848 (previsione che è servita da modello a quella dell'art. 111 Cost., dianzi ricordata): e, cioè, che la possibilità, per l'imputato, di confrontarsi con i testimoni in presenza del giudice che dovrà poi decidere sul merito delle accuse costituisce una garanzia del processo equo, in quanto permette a quest'ultimo di formarsi un'opinione circa la credibilità dei testimoni fondata su un'osservazione diretta del loro comportamento, con la conseguenza che ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante deve comportare, di norma, una nuova audizione del testimone le cui dichiarazioni possano apparire determinanti per l'esito del processo (sentenza 27 settembre 2007, Reiner e altri contro Romania; sentenza 30 novembre 2006, Grecu contro Romania; sentenza 10 febbraio 2005, Graviano contro Italia; sentenza 4 dicembre 2003, Milan contro Italia, sentenza 9 luglio 2002, P. K. contro Finlandia);

- che la ratio giustificatrice della rinnovazione della prova non si richiama, dunque, ad una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella

motivazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 546, comma 1, lettera e) del codice di procedura penale».

Considerazioni che si ritengono pienamente condivisibili, ove non soccombenti rispetto a contrapposte esigenze di non inferiore rilevanza (es. tutela del dichiarante, necessità di impedire un'irrazionale prolungamento dei tempi del processo, elisione dei rischi di dispersione probatoria...); esigenze che nel caso concreto come detto non si ravvisano.

Né a tale vulnus può rimediarsi, ad avviso di questo giudice, in forza della previsione di cui all'art. 190, comma 1-bis, che prevede che nei casi di cui all'art. 609-quater la parte possa essere risentita «se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

Si tratta, infatti, di norme eccezionale e di particolare rigore («necessario... specifiche esigenze»), suscettibile di applicazione discrezionale da parte del giudice dibattimentale e che non rileva ai fini della immotivata deroga alla regola generale per cui la prova si forma nel dibattimento e avanti al giudice chiamato a decidere.

Trattasi, poi, in tal caso, di rinnovare la audizione del teste, con correlata doppia sollecitazione emotiva e mnemonica dello stesso; profilo che notoriamente per quanto possibile è meglio evitare, e ciò tanto più quando trattasi di soggetto minorenni.

Analogamente non dirimente appare la previsione di cui all'art. 398, comma 5-bis del codice di procedura penale, che prevede la riproduzione integrale con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, attesa la differente valenza di tali forme di riproduzione rispetto alla percezione diretta ed immediata e, comunque, non garantendo la sola fonoregistrazione la percezione del decidente su tutti gli eventuali dati comunicativi non verbali (spesso elusivi, minimali e non riproducibili a verbale) che potrebbero emergere nel corso della testimonianza, né la possibilità per il giudice chiamato a decidere di gestire direttamente l'esame del teste, cogliendone nell'immediatezza le sfumature e valutando gli eventuali profili meritevoli di approfondimento.

Quanto, poi, alla necessità di assicurare al testimone minorenni adeguate modalità di assunzione della sua deposizione è appena il caso di ricordare che gli artt. 472 uc e 498 del codice di procedura penale prevedono modalità di escussione tali da tutelare pienamente il teste minorenni anche in sede dibattimentale.

Deve ulteriormente evidenziarsi che ad avviso di questo GIP è del tutto illogico prevedere la necessità di procedere ad incidente probatorio, ove richiesto dal PM, in relazione alla audizione del soggetto minorenni che sia mero testimone chiamato a deporre in fascicolo pendente per i reati di cui all'art. 392, comma 1-bis del codice di procedura penale (anche ad es. un soggetto terzo chiamato solo a riferire di aver visto l'indagato entrare nella stanza della PO, e con dichiarazioni pertanto di limitatissimo impatto emotivo nel ripercorrere i fatti vissuti e del tutto neutre rispetto alla natura del fatto per il quale si procede), mentre tale obbligo non è previsto in relazione a reati anche ben più gravi alla luce del range edittale prefigurato dal legislatore (es 575, 630 del codice penale...), con correlata violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Si tratta, in altri termini, di scelta legislativa che non trova spiegazione:

- né nella mera veste di minorenni del teste (di regola irrilevante ai fini che oggi occupano, dato che al di là dei presenti casi eccezionali il teste minorenni deve essere escusso in sede dibattimentale);

- né nella gravità dei reati per i quali si procede (per altri più gravi non è prevista tale disciplina);

- né in una necessità di tutela del teste, che ove non sia persona offesa non vi è motivo di ritenere (a priori ed indistintamente, per il solo titolo di reato, peraltro anche meno grave di altri per i quali non è imposta la effettuazione di incidente probatorio) abbia necessità di particolare attenzione, al fine di evitare allo stesso traumatizzazioni secondarie.

La ritenuta arbitrarietà della scelta legislativa, che sottrae la audizione del teste alla ordinaria sede dibattimentale, comporta, pertanto, possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione, in relazione peraltro alla immotivata lesione del principio della (preferenziale) audizione del teste da parte del giudice chiamato a decidere.

La questione appare poi rilevante nel presente giudizio, atteso che non si ravvisa nel caso di specie alcuna esigenza di procedersi ad incidente probatorio correlata a situazioni di pregiudizio per la veridicità delle dichiarazioni della testimone minorenni ove differite alla naturale sede dibattimentale o esigenze di particolare tutela della stessa, affrontabili solo con lo strumento dell'incidente probatorio.

Si impone poi sospensione dell'intero procedimento, impossibile la remissione alla Corte e sospensione parziale dello stesso (v. Cass. 25124/18)

#### **P. Q. M.**

Letti gli artt. 134 e 137 della Costituzione, 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

Promuove di ufficio, per violazione degli artt. 3 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 392, comma 1-bis là ove prevede che «nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli... 609-bis.... codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1» senza prevedere anche per la persona minorenni la necessità che la stessa rivesta ruolo di persona offesa, sospendendo il giudizio in corso.

Ordina che a cura della cancelleria la ordinanza sia notificata alle parti in causa ed al Presidente del Consiglio dei ministri nonché comunicata al Presidente del Senato ed al Presidente della Camera dei deputati e all'esito sia trasmessa alla Corte costituzionale insieme al fascicolo processuale e con la prova delle avvenute regolari predette notificazioni e comunicazioni.

Macerata, 17 febbraio 2020

Il GIP: Manzoni