

Indagini preliminari

L'audizione delle persone minorenni nell'ambito delle investigazioni difensive

di Leonardo Suraci*

La l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007, modificando gli artt. 351, 362 e 391-*bis* c.p.p., ha introdotto, in relazione a determinati procedimenti penali, l'obbligo per l'autorità procedente di avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile allorché assume informazioni da un minore. Profili di problematicità si pongono relativamente all'atto disciplinato dall'art. 391-*bis* c.p.p., anche alla luce delle asimmetrie che, proprio di recente, la Corte di cassazione ha fatto emergere.

Introduzione

Uno dei principali profili di novità della l. 7 dicembre 2000, n. 347 è stato identificato, come è noto, nell'introduzione della possibilità, per il difensore, di compiere atti investigativi finalizzati all'acquisizione di elementi di prova a carattere dichiarativo.

Il punto, infatti, aveva costituito una vera e propria antinomia nell'ambito dell'originaria strutturazione del modello processuale, contenendo l'art. 38 disp. att. c.p.p. una - soltanto - embrionale regolamentazione della materia.

L'art. 391-*bis* c.p.p., come è noto, contempla tre diverse modalità di contatto tra gli organi dell'investigazione privata e le «persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa»: il colloquio, la ricezione di dichiarazioni e l'assunzione di informazioni.

Si tratta di un modello acquisitivo caratterizzato dal fatto che tutte le forme di contatto sono connotate dal comune denominatore costituito dall'integrazione di un rapporto bilaterale - tra richiedente e destinatario - e dal perseguimento di un obiettivo di carattere generale - acquisire notizie utili per la conduzione delle stesse indagini difensive e per la determinazione delle conseguenti strategie - sebbene soltanto la seconda e la terza costituiscano la tipizzazione di attività formali destinate ad una eventuale valenza procedimentale, mentre la prima - non a caso l'unica accessibile a tutti gli ausiliari del difensore - configura un'attività investigativa del tutto informale e tendenzialmente preliminare rispetto alle altre.

L'art. 391-*bis*, comma 1, c.p.p. individua le persone contattabili nell'ambito dell'attività investigativa difensiva finalizzata all'acquisizione di dichiarazioni utilizzando una formula generica ed onnicomprensiva, talmente ampia da consentire di comprendervi qualsivoglia soggetto che appaia essere portatore di elementi conoscitivi che, ove acquisiti, apporterebbero un contributo positivo all'attività difensiva.

Sulla base di essa, dunque, è stata ritenuta senza dubbio alcuna consentita un'attività acquisitiva che si e-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

splicasse nei confronti di peculiari figure di dichiaranti, quali il soggetto minorenni.

L'audizione del minore

In relazione a quest'ultima evenienza, la disciplina originaria delle investigazioni difensive non prevedeva particolari cautele in ordine alla fase dell'assunzione di elementi dichiarativi¹, di talché non poteva che essere condivisa la tesi secondo la quale doveva ritenersi applicabile l'art. 498, comma 4, c.p.p., il quale prevede che l'esame del testimone minorenni possa svolgersi con l'ausilio di un familiare o di un esperto di psicologia infantile².

Tra l'altro, il carattere facoltativo del ricorso a siffatta forma di assistenza nel corso dell'esame - carattere che, stabilito dalla Corte di cassazione in relazione all'esame testimoniale³, non poteva non estendersi all'atto difensivo, soprattutto in assenza di specifiche disposizioni di segno contrario - era rafforzato dall'orientamento giurisprudenziale che riteneva le particolari cautele dettate dall'art. 498, comma 4, c.p.p. non applicabili alle dichiarazioni rese dal minore nel corso delle indagini preliminari, fermo restando che, da tale principio, non poteva ricavarsi un divieto alla partecipazione del genitore all'assunzione delle dichiarazioni del minorenni nella fase investigativa, né un tale divieto era sancito in qualche altra norma dell'ordinamento⁴.

Come si comprende da queste poche battute, il tema costituito dalla tutela dei minori che siano fonte di prova nel procedimento penale era stato completamente ignorato con riferimento alla fase delle indagini preliminari, durante la quale gli organi investigativi erano legittimati ad utilizzare, anche rispetto a siffatta categoria di dichiaranti, gli schemi e gli strumenti previsti per gli adulti.

L'esigenza di salvaguardare l'integrità psico-fisica del minore coinvolto in peculiari e delicatissimi procedimenti penali, alla quale si correla la necessità di assicurare la genuinità delle dichiarazioni acquisite, ha imposto una rivisitazione del quadro normativo, modificato dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

L'innovazione legislativa è molto complessa e necessariamente multidisciplinare.

Per quel che riguarda le forme acquisitive di contributi dichiarativi provenienti da persone minorenni, la legge si è preoccupata di salvaguardare, da un lato, la correttezza metodologica - sotto i profili dell'approccio, della comunicazione e della comprensibilità di essa - dell'interrelazione che si genera tra il soggetto investigante e la persona intervistata; dall'altro, l'integrità psico-fisica di quest'ultima rispetto ai possibili turbamenti connessi all'inserimento nel circuito processuale.

Agisce su entrambi i versanti l'art. 5 della legge in discorso⁵, il quale ha modificato gli artt. 351, 362 e 391-bis c.p.p. inserendo in ciascuno uno specifico comma nel quale si prevede che l'autorità procedente - polizia giudiziaria, pubblico ministero ovvero difensore - in relazione ai delitti di cui agli artt. 572, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis c.p.⁶, deve avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile⁷.

¹ Sulla necessità di tutelare il minore nel procedimento penale v. Spangher, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, in AA.VV., *Studi in ricordo di G. D. Pisapia*, Milano, 2000, 703.

² Ventura, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 67.

³ Cass., 25 marzo 2003, n. 22066, in *C.E.D. Cass.*, n. 225325.

⁴ Cass., 9 novembre 2006, n. 3576, in *C.E.D. Cass.*, n. 236016; Cass., 19 ottobre 2000, n. 11615, in *C.E.D. Cass.*, n. 220807.

⁵ V., in *senso critico* rispetto ad una modifica che viene definita «inopportuna nel merito e confusa nel contenuto», Santoriello, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, II, 1.

⁶ Il richiamo della fattispecie di cui agli artt. 572 e 612-bis c.p. è stato aggiunto al testo originario dell'art. 351 c.p.p. dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 188, recante norme in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province. In dottrina non si era mancato di segnalare il carattere del tutto insoddisfacente dell'originaria elencazione, proprio in relazione alle ipotesi successivamente richiamate. V., tra gli altri, Tribisonna, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in questa *Rivista*, 2013, 274. Censura la scelta legislativa di circoscrivere la previsione della peculiare garanzia ai procedimenti indicati dalla norma, essendo preferibile, invece, un ambito di operatività esteso a qualsiasi procedimento indipendentemente dal titolo del reato contestato, Santoriello, *La presenza*, cit., 6.

⁷ Ritene che l'innovazione costituisca il punto dolente della riforma, nell'ambito di una valutazione, come già detto, complessivamente

Lo scopo della previsione legislativa, come si è già detto, è duplice, poiché alla finalità di garanzia della correttezza metodologica del rapporto comunicativo si affianca l'obiettivo di «creare un ambiente quanto meno traumatico possibile con il minore, consentendogli il confronto con soggetti, che per la loro peculiare preparazione professionale, dovrebbero meglio garantire l'approccio con lo stesso»⁸.

Coerentemente rispetto alle finalità perseguite, sembra corretto ritenere che l'esperto debba limitarsi a mediare la relazione investigativa, senza potersi intrattenere in valutazioni concernenti l'affidabilità del dichiarante e la genuinità delle dichiarazioni, né sostituire l'autorità procedente nell'esecuzione effettiva dell'audizione⁹.

Costituisce una sottolineatura del carattere unitario della funzione investigativa pubblica, comunque diretta dal pubblico ministero, e dell'autonomia del ruolo investigativo del difensore, la previsione¹⁰ secondo cui, mentre questi ultimi possono procedere direttamente alla designazione dell'esperto, l'ausiliario della polizia giudiziaria, ai sensi dell'art. 351, comma 1-ter, c.p.p., deve essere nominato dal pubblico ministero.

La legge introduttiva dell'obbligo di assistenza dell'esperto non contiene alcun riferimento alla necessità di predisporre specifici albi professionali, né contiene indicazioni circa eventuali connotati soggettivi da riscontrare nelle persone designate - quali, per esempio, specializzazioni, abilitazioni professionali o altro - di talché, fatta salva l'opportunità di ricorrere a figure dotate di puntuali abilitazioni nel settore sanitario, non sembra potersi configurare uno spazio di obbligatoria operatività della disposizione di cui all'art. 73 disp. att. c.p.p.¹¹.

Le investigazioni difensive

Il nuovo art. 391-bis, comma 5-bis, c.p.p. presenta una serie di profili problematici che vanno esaminati, soprattutto in considerazione della delicatezza dell'atto di cui si discute, scaturente sia dalle peculiari condizioni del soggetto passivo, sia dalla gravità dei reati oggetto del procedimento.

Prima, però, s'impone un preliminare chiarimento alla luce della circostanza che l'atto difensivo potrebbe collocarsi nell'ambito di un'attività investigativa di tipo preventivo, la quale, come è noto, prescinde dalla pendenza di un procedimento penale.

Tra l'altro, potrebbe anche verificarsi il caso in cui l'investigante privato non abbia cognizione della pendenza di un procedimento concernente taluno dei delitti richiamati dall'art. 351 c.p.p., in ragione dell'operatività delle cautele previste dall'art. 335 c.p.p. o, diversamente, perché l'effetto conoscitivo dell'istanza è stato vanificato da una problematica individuazione dell'ufficio di procura procedente.

Ovviamente, ferma restando l'opportunità di un ricorso generalizzato alla figura dell'esperto¹², in tutti questi casi non potrà muoversi alcuna critica all'atto investigativo difensivo che, pur avendo interessato un minore, sia stato compiuto senza l'osservanza della regola di garanzia di cui all'art. 391-bis, comma 5-bis, c.p.p.

Detto questo, v'è in primo luogo da chiarire che la delimitazione oggettiva dell'ambito di operatività della norma non pregiudica l'applicazione di essa in relazione a procedimenti per reati diversi da quelli indicati dall'art. 351, comma 1-ter, c.p.p., essendo la previsione di obbligatorietà dell'adozione della cautela rispetto alle fattispecie criminose specificamente individuate perfettamente compatibile con un regime di facoltatività rispetto ad ogni altro, diverso procedimento.

Il richiamo della figura del difensore - di tutte le parti, ovviamente - sembra, poi, essere preordinato all'assolvimento di una funzione selettiva nell'ambito dei componenti l'ufficio investigativo privato, sottra-

te critica della stessa, Santoriello, *La presenza*, cit., 3.

⁸ Tribisonna, *Le modifiche*, cit., 273. Nello stesso senso v., inoltre, Santoriello, *La presenza*, cit., 5, per il quale l'ausilio dell'esperto si prefigge di «fungere da tramite tra la giustizia e la presunta vittima, facilitandone l'audizione al fine di rendere la deposizione pienamente utilizzabile per la decisione finale garantendo altresì le necessarie tutele del minore».

⁹ Secondo Tribisonna, *Le modifiche*, cit., 276, dovrebbe ritenersi consentito all'esperto di rivolgere direttamente domande alla persona sentita, ferma restando l'ineliminabile presenza dell'autorità investigante. In giurisprudenza v., rispetto all'esame testimoniale, Cass., 11 dicembre 2001, n. 11972, in *Guida dir.*, 2002, 23, 57, la quale consente che l'esame sia completamente e direttamente condotto dall'esperto, divenendo un dialogo tra questi ed il minore.

¹⁰ La *ratio* della quale non appare comprensibile a Santoriello, *La presenza*, cit., 11.

¹¹ Auspica l'applicazione estensiva della norma, ritenendo comunque opportuno un intervento in sede regolamentare, Tribisonna, *Le modifiche*, cit., 275.

¹² Tribisonna, *Le modifiche*, cit., 278.

endo finanche al sostituto la legittimazione al compimento di un atto che, evidentemente, si ritiene presenti aspetti di problematicità tali da meritare una riserva in favore del titolare della funzione investigativa¹³.

Quanto alla tipologia dell'intervento acquisitivo, la norma non estende l'adozione della garanzia al colloquio informale ed alla ricezione di dichiarazioni, limitando l'ambito di operatività di esse al "difensore" che "assume informazioni da persone minori".

Se l'esclusione della seconda modalità acquisitiva è giustificata dai caratteri di personalità ed autonomia dell'atto, meno comprensibile appare l'assenza di riferimenti al colloquio, trattandosi di una forma di contatto nel cui ambito il difensore ed il soggetto minore instaurano una relazione finalizzata comunque a realizzare un risultato comunicativo.

Né può farsi leva, al fine di giustificare l'omissione, sul carattere informale del colloquio, quantomeno - e a tacere d'altro - in ragione del fatto che eventuali atteggiamenti suggestivi o manipolativi della fonte, sfuggiti ad un esperto sapientemente escluso dal compimento dell'atto, si rivelerebbero comunque essenziali in vista della definizione del contenuto del successivo contatto formalizzato e garantito¹⁴.

Fermo restando, allora, che la deprivatione di un sistema di garanzia è soltanto parziale, operando anche rispetto al colloquio informale il diritto all'assistenza assicurato dall'art. 609-*decies*, comma 2, c.p., è conveniente fare ricorso all'analogia e, in considerazione dell'indiscutibile sussistenza delle esigenze di tutela, garantite dalla legge, anche in relazione al colloquio informale, ritenere obbligatorio rispetto a siffatta formalità acquisitiva l'intervento dell'esperto.

Ha destato perplessità, in dottrina, la mancata previsione di forme peculiari di documentazione dell'atto d'indagine a contenuto dichiarativo che ha come protagonista persone minorenni¹⁵.

La considerazione vale, ovviamente, a prescindere dalla qualifica del soggetto investigante, posto che nessuna delle disposizioni processuali modificate dalla l. n. 172 del 2012 si occupa delle formalità documentative dell'atto.

Si tratti, quindi, di attività d'indagine preliminare ovvero di atti compiuti nell'ambito delle investigazioni difensive, operano in ogni caso le regole generali stabilite dal codice di procedura penale, con la conseguenza che l'utilizzo di strumenti documentativi maggiormente garantiti - quali, per esempio, la fonoregistrazione ovvero la ripresa audiovisiva del colloquio - costituisce una semplice facoltà, il cui esercizio è condizionato da valutazioni di mera opportunità di pertinenza del soggetto che procede.

Senza altro criticabile appare, infine, l'apparato normativo di garanzia dell'obbligatorietà delle cautele imposte dagli innovati artt. 351, 362 e 391-*bis* c.p.p., dal momento che è venuta meno la previsione di uno specifico sistema sanzionatorio correlato all'inosservanza di esse¹⁶.

Il silenzio legislativo sul punto, però, non è semplicemente rischioso sul piano dell'effettiva attuazione dell'appena predisposto sistema di protezione, trattandosi di un'omissione che, letta seguendo un'ottica di sistema, genera un'evidente, quanto ingiustificata, asimmetria fra il regime dell'atto d'indagine preliminare e quello dell'indagine difensiva.

Infatti, non sembra potersi dubitare del fatto che la collocazione topografica del nuovo comma 5-*bis* all'interno dell'art. 391-*bis* c.p.p., ancorché in ipotesi riconducibile ad una svista legislativa¹⁷, renda operativo, anche rispetto alla violazione della prescrizione che impone il ricorso all'esperto, il complesso reticolo di sanzioni previsto dal successivo comma 6¹⁸.

Fatta salva un'improponibile soluzione ermeneutica che intraveda nella norma appena richiamata un rinvio statico, il risultato è, allora, che «l'intervento dell'esperto appare imposto ringhiosamente alla difesa, ma so-

¹³ Tribisonna, *Le modifiche*, cit., 278, chiarisce come anche rispetto all'atto investigativo difensivo sia improponibile una situazione di delega all'esperto dell'atto, il quale «foss'anche solo per la rigorosità degli avvertimenti e la responsabilità della verbalizzazione, impone la presenza del tecnico del diritto».

¹⁴ Evidenzia questo rischio Cesari, *Il "minore informato sui fatti" nella legge 172/2012*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 165.

¹⁵ Cesari, *Il "minore informato sui fatti"*, cit., 174. Ma, anche, Santoriello, *La presenza*, cit., 19. Nonché, da ultimo, Tribisonna, *Non è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia infantile nell'esame del minore*, in questa *Rivista*, 2014, 65.

¹⁶ In senso critico v. Cesari, *Il "minore informato sui fatti"*, cit., 164; Tribisonna, *Le modifiche*, cit., 273.

¹⁷ Come auspica Tribisonna, *Non è obbligatorio*, cit., 65.

¹⁸ Cesari, *Il "minore informato sui fatti"*, cit., 164 s. Nonché, poi, Tribisonna, *Le modifiche*, cit., 273. V., altresì, ed ovviamente in chiave critica rispetto ad una soluzione normativa non in linea con il principio di parità tra le parti processuali, Tribisonna, *Non è obbligatorio*, cit., 65.

lo caldamente consigliato al magistrato inquirente e ai suoi coadiutori»¹⁹.

Ed infatti, la Suprema Corte, nella prima occasione di applicazione concreta della norma, ha ritenuto che l'art. 351, comma 1-ter, c.p.p., non introduce un obbligo sanzionato, in caso di inosservanza, a pena di inutilizzabilità, ma soltanto una cautela il ricorso alla quale è rimesso ad una valutazione discrezionale²⁰.

Che sia privo di un plausibile fondamento - tale non sarebbe, ovviamente, un persistente atteggiamento di diffidenza rispetto al potere investigativo difensivo - un trattamento differenziato che affida alla buona volontà degli inquirenti ciò che alla difesa è imposto a pena di inutilizzabilità sembra evidente, così come sembra difficile ipotizzare il carattere discrezionale del ricorso alla garanzia da parte degli inquirenti pubblici.

Si rende, quindi, necessario superare la disparità di trattamento che il sistema normativo genera e lo strumento può rinvenirsi nell'applicazione della regola generale contenuta nell'art. 191 c.p.p. ad un meccanismo formativo dell'elemento dichiarativo - quello, cioè, che prescinde dal ricorso all'ausilio dell'esperto - lesivo di diritti fondamentali della persona - in questo caso, il diritto all'integrità psico-fisica - tutelati dalla Costituzione, secondo uno schema ricostruttivo dell'istituto dell'inutilizzabilità patologica sufficientemente collaudato²¹.

Il nuovo art. 609-decies, comma 2, c.p.

Analoghe considerazioni critiche possono essere espresse in relazione alla previsione, contenuta nell'art. 609-decies, comma 2, c.p. - come sostituito dall'art. 4 della legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote - di un diritto all'assistenza affettiva e psicologica in favore delle vittime minorenni di delitti a sfondo sessuale nell'ambito del procedimento in cui assumono la veste di persona offesa dal reato²².

Si tratta di una disposizione che, in via diretta e con modalità più marcate, realizza un risultato di protezione in parte corrispondente a quello perseguito mediante la previsione dell'obbligo di partecipazione dell'esperto agli atti investigativi a contenuto dichiarativo, guardando al patrimonio psichico ed affettivo del minore come ad un bene in sé fragile ma ulteriormente vulnerato dal reato, quindi da proteggere mediante la presenza dei genitori ovvero di altre persone idonee indicate dal minore, di gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative - iscritte in un apposito elenco - di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime di reati sessuali.

In relazione a queste ultime figure, la norma impone l'acquisizione del consenso del minore quale premessa di un provvedimento giudiziale di ammissione, di talché, stante la limitazione stabilita dall'art. 391-nonies c.p.p., potrebbe verificarsi un effetto preclusivo rispetto ai casi in cui l'intervento di siffatti soggetti si dovesse rendere necessario nell'ambito di un atto acquisitivo di elementi dichiarativi da svolgere, però, nel contesto di un'attività investigativa di tipo preventivo.

La disposizione, si badi, contiene una clausola di carattere generale, la cui operatività, pertanto, prescinde dal compimento di atti investigativi di carattere dichiarativo, essendo estesa ad ogni stato e grado del procedimento²³.

Il diverso ambito operativo della disposizione di protezione - circoscritto, come già detto, alla ricorrenza di specifiche fattispecie delittuose ed all'assunzione della qualità di persona offesa dal reato nei relativi procedimenti - non impedisce una tendenziale sovrapposizione con il meccanismo di tutela previsto dall'art. 391-bis, comma 5-bis, c.p.p. tutte le volte in cui la vittima di un reato a sfondo sessuale sia chiamata a rendere

¹⁹ Cesari, *Il "minore informato sui fatti"*, cit., 165.

²⁰ Cass., 12 marzo 2013, n. 16981, in *Guida dir.*, 2013, 21, 74. «In poche battute» - rileva Tribisonna, *Non è obbligatorio*, cit., 65 - «a Corte liquida con un "nulla di fatto" mesi e mesi di *querelles* dottrinarie, che non avevano mancato di ravvisare l'assenza di un'espressa sanzione alla nuova previsione normativa, la quale, però, per come formulata, pareva connotarsi di portata obbligatoria e non meramente facoltativa».

²¹ Ci si riferisce, evidentemente, alla teoria della c.d. prova incostituzionale, la quale, affacciata in C. cost., 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 316, è stata accolta dalle Sezioni unite della Suprema Corte. V., infatti, Cass., 21 giugno 2000, n. 16, in *Guida dir.*, 2000, 31, 73; Cass., 23 febbraio 2000, n. 6, in *Cass. pen.*, 2000, 3245; Cass., 13 luglio 1998, n. 21, *ivi*, 465; Cass., 27 marzo 1996, n. 5021, *ivi*, 1996, 3268.

²² Si tratta, in particolare, dei delitti di cui agli artt. 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter, 609-quarter, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies c.p. Per effetto dell'integrazione operata dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 188, il sistema di protezione è stato esteso ai delitti di cui agli artt. 609-quarter, 572 e 612-bis cp., anche se commessi da uno dei genitori di un minorenne in danno dell'altro genitore.

²³ La portata generale della garanzia è messa in evidenza da Cesari, *Il "minore informato sui fatti"*, cit., 162.

una dichiarazione.

Cumulo, però, come appena detto soltanto tendenziale, dal momento che la previsione contenuta nell'art. 609-*decies* c.p. delinea l'unico adempimento garantistico obbligatorio - anche se, v'è da dire, sprovvisto di sanzione - in relazione al caso in cui il difensore voglia sondare la natura ed il grado delle conoscenze del minore mediante un colloquio informale.

Il compimento dell'atto investigativo difensivo, nell'evenienza presa in esame dalla norma sostanziale, appare particolarmente complesso sul versante degli adempimenti preliminari, essendo onere del difensore, innanzitutto, informare i genitori della persona minorenni, ovvero la persona diversa che quest'ultimo abbia indicato, verosimilmente a seguito della ricezione di un invito compendiate l'esplicito avvertimento circa la relativa facoltà assistenziale.

La struttura composita della garanzia, inoltre, sembra porre in capo al difensore l'obbligo di instaurare un momento di contatto con l'autorità giudiziaria procedente - precluso, appunto, nel caso di investigazioni preventive - affinché, previa acquisizione del consenso del minore, disponga l'eventuale ammissione degli enti indicati nella seconda parte dell'art. 609-*decies*, comma 2, c.p.p.

La circolazione degli atti d'investigazione difensiva

La possibile valenza probatoria dei risultati delle investigazioni difensive nell'ambito del processo penale pone sul tappeto la necessità di relazionarsi, rispetto ad essi, con le regole concernenti l'instaurazione di canali comunicativi tra procedimenti penali diversi.

«La possibilità - è stato efficacemente rilevato in dottrina - di acquisire e utilizzare in un procedimento atti formati in un altro si colloca emblematicamente al crocevia tra differenti concezioni del processo: materia di regole minime e fortemente instabili, la tipologia dei filtri apposti alla circolazione contribuisce a far luce sulla natura stessa del sistema, il quale, nonostante l'aspirazione ad una certa autonomia dei singoli giudizi, non ne assicura la reciproca autosufficienza»²⁴.

Il sistema di circolazione di atti tra procedimenti delineato dall'art. 238 c.p.p. non riguarda soltanto le prove in senso stretto, potendo avere per oggetto, altresì, atti di natura investigativa e, addirittura, sentenze.

Prendendo in considerazione i canali comunicativi concernenti le prove, viene in rilievo la disciplina contenuta in una disposizione - quella, appunto, appena richiamata - che, «strutturat[a] per regole ed eccezioni, rappresenta uno spaccato dell'intero sistema probatorio»²⁵.

L'art. 238, comma 1, c.p.p. dispone, infatti, che è ammessa l'acquisizione di verbali di prove di un procedimento penale diverso²⁶ qualora si tratti di prove assunte con le forme dell'incidente probatorio - anche, ovviamente, nella versione parainvestigativa disciplinata dall'art. 391-*bis*, comma 10, c.p.p. - o nel dibattimento.

Stabilita la regola generale, il sistema comunicativo tra procedimenti penali è organizzato secondo accorgimenti diretti a presidiare, sebbene in maniera non impeccabile²⁷, la garanzia del contraddittorio (art. 238, comma 3, c.p.p.) ed i principi fondamentali di oralità e immediatezza (art. 238, comma 5, c.p.p.).

In relazione agli atti d'indagine, destinati a circolare con più facilità rispetto alle prove in senso stretto nella misura in cui sono destinati a favorire l'attività d'indagine e non l'emissione del giudizio sull'imputazione²⁸, i canali comunicativi sono predisposti, in relazione alla fase delle indagini preliminari, da due fondamentali disposizioni.

L'art. 371 c.p.p., innanzitutto, prevede che gli uffici diversi del pubblico ministero che procedono ad inda-

²⁴ Belluta, *Circolazione della prova*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2008, 953. Fa notare, tra gli altri, La Regina, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da Spangher), III, Milano, 2009, 551, come «[l]a materia della circolazione extra-procedimentale della prova rappresenta uno tra i contesti in cui maggiormente si avverte la tensione tra esigenze contrapposte. Se, infatti, i principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio imporrebbero di preservare il procedimento dagli apporti conoscitivi formati altrove, "le esigenze di economia e di non dispersione" sollecitano, al contrario, "a favorire la libera migrazione delle prove da un procedimento all'altro».

²⁵ Belluta, *Circolazione della prova*, cit., 953.

²⁶ Chiarisce Cass., 12 febbraio 1999, n. 2954, in *Cass. pen.*, 2000, 2010, che l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento non presuppone che questo sia stato definito con sentenza irrevocabile.

²⁷ Belluta, *Circolazione della prova*, cit., 958.

²⁸ Belluta, *Circolazione della prova*, cit., 954.

gini collegate²⁹ si coordinano tra loro per la speditezza, economia ed efficacia delle indagini medesime, a tali fini potendo procedere al compimento congiunto di specifici atti, allo scambio di atti e di informazioni nonché alla comunicazione delle direttive rispettivamente impartite alla polizia giudiziaria.

L'art. 117 c.p.p., a sua volta, stabilisce che, quando è necessario per il compimento delle proprie indagini, il pubblico ministero può ottenere dall'autorità giudiziaria competente, anche in deroga al divieto stabilito dall'art. 329 c.p.p., copie di atti relativi ad altri procedimenti penali ed informazioni scritte sul loro contenuto, fermo restando che l'autorità giudiziaria può trasmettere le copie e le informazioni anche di propria iniziativa.

L'acquisizione ai fini del giudizio di atti d'indagine di natura dichiarativa, tuttavia, è condizionata alla manifestazione di un esplicito consenso da parte dell'imputato, in assenza del quale, e fatto salvo il peculiare regime afferente agli atti irripetibili delineato dall'art. 238, comma 3, c.p.p., permane uno spazio di utilizzazione limitato alle contestazioni previste dagli artt. 500 e 503 c.p.p.

Se la disciplina delle interrelazioni procedurali è sufficientemente delineata rispetto agli atti investigativi del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, la materia delle investigazioni difensive non è, invece, interessata da una specifica regolamentazione, di talché non è possibile ricostruire il sistema comunicativo se non facendo ricorso al criterio sistematico e, ovviamente, secondo un metodo di coerente simmetria.

Pertanto, in assenza di disposizioni speciali o, altresì, di norme dotate di efficacia preclusiva, deve ritenersi pienamente compatibile con il sistema - stante, inoltre, la mancanza di puntuali riferimenti alla provenienza degli atti d'indagine - l'estensione agli atti investigativi difensivi della disciplina prevista dall'art. 238, commi 3 e 4, c.p.p., la quale, tra le altre cose, configura un regime coerente con le regole di utilizzabilità contenute nell'art. 391-*decies* c.p.p.

Al di là, infatti, di ogni considerazione circa la conformità costituzionale di un sistema che vietasse qualsiasi forma di interrelazione tra i diversi procedimenti in cui si dovesse manifestare l'utilità dell'impiego di materiali formati nell'ambito di uno solo di essi, v'è da dire che sarebbe inutilmente dispendioso imporre al difensore la sistematica rinnovazione di un atto d'indagine contenente elementi favorevoli ad una posizione - o, magari, a diverse posizioni - coinvolte in ambiti processuali differenti.

È chiaro, in ogni caso, che l'atto difensivo, oltre che essere stato acquisito al fascicolo del difensore formatosi nel procedimento di destinazione - fatta comunque salva l'ipotesi di inserimento diretto nel fascicolo del pubblico ministero - non deve presentare aspetti di illegittimità idonei a scalfirne l'utilizzabilità.

Fermo restando, inoltre, che il regime circolatorio dell'atto investigativo difensivo non può risentire, in mancanza di regole limitative speciali, delle peculiari modalità di svolgimento prescritte in relazione alle specifiche vicende oggetto del procedimento di destinazione e la puntualizzazione, apparentemente priva di risvolti sul piano pratico, si rende invece necessaria proprio alla luce delle innovazioni introdotte dall'art. 5, l. 1 ottobre 2012, n. 172.

Se il problema, come già visto, si stempera alla luce dell'orientamento espresso dalla Suprema Corte in relazione agli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria - della speciale cautela, infatti, si può fare a meno indipendentemente dalla qualificazione del reato - esso assume autonomo rilievo rispetto al corrispondente atto difensivo, dal momento che, come già detto, la sanzione dell'inutilizzabilità prevista dall'art. 391-*bis*, comma 6, c.p.p. opera anche rispetto alla violazione della prescrizione che impone il ricorso alla figura dell'esperto.

Nel caso in cui l'atto difensivo si collochi nell'ambito di un'attività investigativa di tipo preventivo, si è già visto che nessuna censura potrebbe muoversi all'operato del difensore che, pur avendo assunto informazioni da una persona minorenni, non abbia osservato la regola di garanzia posta dall'art. 391-*bis*, comma 5-*bis*, c.p.p.

Alla stessa conclusione deve pervenirsi, altresì, nel caso in cui l'atto difensivo che si vuole utilizzare nell'ambito di un procedimento concernente taluno dei delitti sopra indicati sia stato compiuto, in assenza dell'esperto, nel corso di un diverso procedimento penale, avente come oggetto tipologie di reati rispetto alle quali l'adempimento di garanzia non è imposto.

Per evitare, tuttavia, che il coinvolgimento dell'assistito in procedimenti diversi sia utilizzato come espediente al fine di aggirare la neo introdotta regola di protezione, è auspicabile che, nel contesto di una regolamentazione complessiva ed autonoma della materia della circolazione degli atti investigativi difensivi,

²⁹ Sul collegamento investigativo v., tra i tanti, Cecanese, *Indagini collegate*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, t. I, 552.

venga configurato, in relazione all'evenienza particolare appena presa in esame, un meccanismo giudiziale di verifica - la delicatezza e la problematicità del quale non possono sfuggire a nessuno - della pertinenza delle informazioni richieste alla persona minorenni con l'oggetto del procedimento in cui le stesse sono state acquisite.