

LA DISCIPLINA DELLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE  
ED IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO  
(legge 7 dicembre 2000 n.397)

Premessa.

Per comprendere la ratio delle investigazioni difensive è opportuno fare un breve cenno al valore che assume il diritto di difesa nel sistema processuale vigente.

Il diritto di difesa rappresenta in primis un diritto individuale. Risponde, infatti, ai criteri della moderna concezione penalistica che un soggetto accusato abbia diritto di difendersi. Il nostro sistema processuale mira all'accertamento circa la sussistenza di fatti che giustificano l'applicazione di una pena; di conseguenza, chi tale pena dovrebbe subire (imputato/indagato) dovrebbe avere - almeno in linea di principio - un ruolo paritetico rispetto a chi ha interesse alla punizione (accusa).

Inoltre ha una funzione di garanzia del corretto accertamento giudiziale. Ricordiamo brevemente che il processo non è un mezzo di ricerca di verità (materiali) perché 1) è un fatto umano e dunque imperfetto; 2) la metodologia propria di ogni accertamento processuale è un'indagine ex post, sicché è inidoneo a fornire conoscenze assolute ed incontestabili.

Non a caso è stato affermato che la decisione giudiziale non si fonda sui fatti, ma sull'asserzione su fatti. Il giudice, dunque, forma il proprio convincimento su affermazioni probatorie. E tali fatti saranno processualmente veri nella misura in cui risulteranno dimostrati. E i fatti verranno ritenuti processualmente dimostrati solo sulla base delle risultanze emerse nel contraddittorio delle parti: nella dialettica tra chi, avendo formulato un'accusa ha interesse a sostenerla (pubblico ministero) e chi, essendo di tale accusa il destinatario, ha interesse a confutarla (imputato attraverso il suo difensore). In questo senso si può affermare che la prova non dà certezza in ordine all'esistenza di un fatto, ma fornisce al giudice il motivo per considerare credibile l'affermazione di una parte in ordine alla sua esistenza o inesistenza.

Ecco che, quindi, in un sistema strutturalmente inidoneo a provare la "Verità", il principio del contraddittorio assume massima importanza quale metodo di conoscenza ritenuto dal legislatore come il più idoneo ad assicurare l'accertamento dei fatti nel modo più corretto possibile. Di qui, l'osservanza di tale principio quale garanzia di un giusto processo.

E' chiaro che in questa concezione del processo e in questa duplice funzione del diritto di difesa, solo chi ha pieno accesso alla prova dei fatti (o meglio alla prova sull'asserzione su determinati fatti) può affermare in sede processuale fatti principali e fatti probatori.

Ed in tale senso, solo fornendo alla difesa le possibilità di attingere al materiale probatorio alle stesse condizioni in cui ciò è riconosciuto all'accusa, è possibile realizzare una vera parità ed un vero contraddittorio.

Ma la parità sostanziale (e non meramente formale) tra accusa e difesa nella formazione della prova si ha allorché tali parti abbiano parità di accesso alle fonti di prova, cioè a quegli elementi che, reperiti o conosciuti in sede di indagini preliminari, diventano elementi conoscibili dal giudice in sede di giudizio

attraverso i meccanismi dell'acquisizione probatoria.

In tal senso le norme sulle investigazioni difensive e la riforma dell'art. 111 cost. hanno rappresentato una grande rivoluzione rispetto al sistema delineato in precedenza, consentendo al difensore, almeno (e, forse, solo) in linea di principio, di attingere al materiale probatorio con le stesse facoltà e gli stessi limiti del p.m. (salvo valutare le disponibilità di mezzi, non ultimo quelli economici).

Le fonti normative

### **I) Principi costituzionali**

### **II) Normativa precedente**

### **III) Norme sulle investigazioni difensive. Articolazione attività difensore**

#### **I) Principi costituzionali.**

Lo strumento concettuale con il quale la nostra Costituzione intende attuare il nuovo processo penale è il cd. Giusto processo.

Tale concetto era già presente anche se non dichiarato in termini espressi nella costituzione prima della riforma dell'art. 111 (I. cost. 2/1999).

La costituzione del 1948, inserendosi in un impianto processuale proprio del regime totalitario, poneva un modello di processo penale caratterizzato dal cd "garantismo inquisitorio" (= predisposizione di garanzie che controbilanciassero l'impronta inquisitoria del processo penale previsto dal Codice Rocco).

Con la riforma dell'art. 111 si è costituzionalizzato il modello accusatorio con l'introduzione del principio del "giusto" processo.

Accanto, quindi, ai principi già introdotti dell'inviolabilità della difesa e della presunzione di non colpevolezza viene attuato il principio del giusto processo caratterizzato da :

ragionevole durata e diritto dell'indagato a conoscere al più presto le imputazioni a suo carico;  
parità delle armi tra accusa e difesa davanti ad un giudice terzo e imparziale  
diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la difesa diritto di acquisire ogni mezzo di prova a favore dell'accusato nelle stesse condizioni dell'accusa  
contraddittorio nella formazione della prova.

Riforma entrata a pieno regime il 6 aprile 2001 con il vigore della legge di attuazione del 111.

#### **II) Disciplina previgente**

Prima del C.P.P. Vassalli (e fatta eccezione per una felice parentesi del codice di procedura penale per il Regno d'Italia del 1807 in cui c'era una norma che prevedeva che: i testi a discarico "Saranno interrogati dopo i testimoni a carico sulla base delle ricerche fatte dall'accusato o dal suo difensore". E la fugace esperienza del codice del '13 di chiara impronta accusatoria), l'investigazione e la prova erano oggetto di un ferreo ed assoluto monopolio pubblico.

Gli investigatori privati potevano essere autorizzati a svolgere investigazioni limitatamente ai reati perseguibili a querela, nel solo caso in cui essa fosse stata proposta. Pena l'incriminazione per usurpazione di pubblica funzione.

L'attività del difensore era di natura confutativa: sulla base delle regole logiche doveva - e poteva - solo confutare la ricostruzione dei fatti descritta e dimostrata dal p.m.

Con il codice Vassalli venne gettato il seme di quelle che oggi rappresentano le attività del difensore.

Venne introdotto il diritto alla prova (art. 190 C.P.P.), inteso dalla dottrina come "il diritto dell'indagato/imputato di difendersi provando".

Si trattava, comunque, di una disciplina timida, retaggio della cultura inquisitoria propria del codice precedente.

Basti pensare che la regolamentazione dell'attività del difensore era prevista da disposizioni relegate nelle norme di attuazione e di coordinamento: art. 38 Disp. atto (facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova) e art. 222 Disp. coord. (investigatori privati). In particolare, l'art. 38 disp. atto dava al difensore la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che potessero dare informazioni.

Tuttavia mancava una tipizzazione delle investigazioni difensive.

Nulla si diceva in merito alle modalità di acquisizione dei risultati dell'investigazione, della conservazione, della verbalizzazione e della valenza processuale degli stessi.

La giurisprudenza aveva, così, gioco facile nel depotenziarne la "spendibilità" processuale.

#### Riforma del 1995.

Tale riforma ebbe una minima portata in concreto.

Venne modificato l'art. 95 che si limitava a precisare la facoltà del difensore anche della persona offesa di presentare direttamente al giudice gli elementi che egli reputava rilevanti ai fini della decisione. Ma non vi era alcun cenno ad una regolamentazione delle modalità di acquisizione della prova e della sua utilizzabilità processuale.

Tuttavia tale riforma ebbe il pregio di introdurre nella cultura dei giudici e dei difensori un principio non più legato alla necessaria canalizzazione degli elementi di prova attraverso il pubblico ministero

E, per la prima volta, si parlò di documentazione dell'attività di indagine difensiva, non come documento in senso stretto (rappresentativo di un fatto), che si forma al di fuori del procedimento, ma come documento che rappresenta l'atto, l'atto che per la prima volta è inteso come atto del procedimento.

Rimaneva, comunque, inalterato il "monopolio investigativo" del P.M. ed il "diritto alla prova veniva riconosciuto al difensore in proiezione esclusivamente dibattimentale".

Va osservato che la mancata tipizzazione delle investigazioni difensive rispondeva ad una precisa scelta del legislatore: al p.m. si attribuiva la funzione dinamica di organo propulsore dell'attività processuale, mentre al difensore veniva riconosciuta una funzione di controllo dell'operato del p.m., di garante dei diritti riconosciuti dalla legge all'imputato/indagato.

La giurisprudenza giustificava tale atteggiamento ricorrendo alla cosiddetta "presunzione di completezza" delle indagini preliminari prevista dall'art. 358 C.P.P. Tale norma, ponendo a carico del p. m. l'onere delle investigazioni anche a favore dell'imputato, sanciva di fatto il monopolio dell'attività investigativa in capo al Procuratore della Repubblica.

Il fondamento di tale obbligo veniva rinvenuto nella sua natura di "parte pubblica" ed in particolare di "parte imparziale" nella fase delle indagini preliminari: in tale fase agiva nell'interesse obiettivo dell'applicazione della legge penale.(cfr. C. Cass., sezione feriale, 1992, Buffarato).

Non solo, la giurisprudenza (C. Cass. . Sez. II 1997, Nappa) riconosceva che il dovere di pluridirezionalità investigativa "non si traduce in un obbligo penalmente sanzionato e non toglie il carattere eminentemente discrezionale delle scelte investigative" del p.m.

Del resto anche la Corte Costituzionale (Ord. 97/1997) affermava che tale obbligo non era finalizzato alla realizzazione della parità tra accusa e difesa né alla garanzia dell'imputato, ma era correlato alla esigenza di un ordinato svolgimento e formazione dell'indagine penale.

Lasciando al p.m. e alla p.g. la totale gestione delle indagini preliminari, la previsione del "diritto alla prova", di cui all'art. 190 C.P.P., era riconosciuta in una proiezione (tendenzialmente) solo dibattimentale.

L'unica possibilità per il difensore di intervenire nella fase di indagini preliminari era rappresentata dall'art. 367 C.P.P., passando cioè attraverso il p.m. che, potendo omettere di rispondere o negare le richieste del difensore, di fatto rimaneva signore delle indagini preliminari ed era filtro dell'attività del difensore.

Era chiaro che la posizione di vantaggio dell'accusa in sede di acquisizione della prova si ripercuoteva nel dibattimento, luogo deputato alla formazione della prova. Come poteva il difensore legittimamente contraddire in condizioni di parità con l'accusa se non aveva possibilità di reperire egli stesso le fonti di prova utili? Se la sua attività si limitava ex art. 367 ad un suggerimento al p.m. che in ogni caso godeva di ampi margini di discrezionalità.

### **III. La legge 397/2000 .**

Nel tentativo di dare riconoscimento concreto alla cosiddetta "parità delle armi" tra accusa e difesa, la legge 397/2000 introduce una disciplina organica delle investigazioni difensive tipizzando le attività di indagine e le modalità con cui devono essere poste in essere da parte del difensore.

Viene valorizzato quell'aspetto del diritto di difesa che, come detto sopra, rappresenta il mezzo per realizzare un corretto accertamento giudiziale attraverso l'attuazione del principio del contraddittorio.

In tal senso il ruolo del difensore non è più solo quello del fine oratore che confuta, con argomentazioni di natura meramente logico formale la tesi accusatoria, ma diviene egli stesso soggetto dell'attività di indagine inerente all'esercizio della difesa penale.

La norma cardine è rappresentata dall'art. 327 bis C.P.P. che sancisce il diritto, del difensore nominato, di svolgere investigazioni "per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito".

Tale norma è opportunamente collocata tra gli art. 326/327 C.P.P. relativi alle indagini preliminari del p.m. e l'art. 328 relativo al g.i.p.: il difensore diviene attore delle indagini preliminari insieme ai magistrati.

Non a caso si è parlato di una funzione assertiva del difensore penale.

Si impone un ruolo attivo al difensore penale, non più statico e limitato alla demolizione dell'atto di indagine dell'accusa, ma egli stesso ricercatore della fonte di prova.

La facoltà/ diritto di investigare in molti casi potrebbe diventare un dovere, anche giuridico, rientrante nel dovere di difesa: in caso di inerzia che sia fonte di danno per il cliente, o in caso di manipolazione o inquinamento delle prove, o di altre infedeltà, potrebbe profilarsi per il difensore la responsabilità disciplinare, civile ed anche penale.

Però non si può certo pensare che occorra sempre e comunque procurarsi la prova dell'innocenza: non si deve mai dimenticare che è sempre onere dell'accusa provare la responsabilità dell'accusato. Ragionando in senso inverso, si rischierebbe di insinuare nel sistema una sostanziale inversione dell'onere della prova, con il rischio di far rientrare il sistema inquisitorio sotto mutate vesti.

Se l'accusa è congenitamente debole, rimane comunque in idonea a fondare una condanna (al di là di ogni ragionevole dubbio) indipendentemente dalle allegazioni probatorie del difensore.

E' evidente, dunque, la volontà del legislatore di creare un parallelismo fra le indagini dei difensori e le indagini del p.m..

Tuttavia l'intera disciplina sconta un vizio di fondo.

L'attività posta in essere dal p.m. è pur sempre un'attività concepita al fine di realizzare l'interesse pubblico al corretto esercizio dell'azione penale (non a caso l'obbligo per il p.m. di ricercare elementi a favore dell'indagato permane, pur con i limiti che sono sempre stati propri).

Per converso, la facoltà del difensore di attivarsi fin dalla fase iniziale del procedimento è contenuta nelle forme e con le finalità stabilite dalla legge ed in particolare quella della ricerca di elementi a favore del proprio assistito.

Non a caso la rubrica chiama investigazioni difensive quelle condotte dal difensore per distinguerle dalle indagini preliminari che sono dirette dal pubblico ministero.

In tal senso discussioni si sono aperte circa la natura privatistica ovvero pubblicistica delle attività investigative del difensore.

In linea di principio si dovrebbe dire che l'attività investigativa del difensore rimane attività privata di pubblica necessità.

Le indagini del PM assolvono ad una funzione pubblicistica di accertamento di responsabilità penali nell'interesse della collettività lesa dal reato.

Le investigazioni del difensore assolvono ad una funzione privata, che trae origine da un rapporto contrattuale tra cliente e avvocato, il cui ruolo è quello di curarne gli interessi.

La ricerca e l'individuazione degli elementi di prova a favore del proprio assistito (art.327 bis) mal si concilia con la necessaria imparzialità di chi ricopre il ruolo di pubblico ufficiale.

Tuttavia le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 32009/2006 hanno riconosciuto la qualifica di pubblico ufficiale al difensore nella fase di verbalizzazione di cui all'art. 391 bis.

A giudizio della Corte, anche se il difensore non ha l'obbligo di cooperare per la ricerca della verità, egli

comunque ha interesse che la sua attività difensiva sia affidabile quanto quella svolta dal p.m.; ne consegue che il suo diritto a difendersi non può arrivare alla manipolazione della prova, tanto più se si pensa che il difensore può liberamente decidere di non utilizzare processualmente il verbale di dichiarazioni che siano a lui sfavorevoli (391octies) o, ancor prima, può decidere di non verbalizzare le dichiarazioni rese in sede di colloquio preventivo. E' vero che la falsificazione è reato istantaneo, ma è anche vero che non esiste falsificazione punibile finché l'atto rimane nella esclusiva disponibilità dell'agente (C. Cass. n. 834 1993).

Secondo la Corte, per il principio della parità tra accusa e difesa, i verbali dei difensori hanno la stessa valenza processuale degli omologhi del p.m. e a questi ultimi senza dubbio si conferisce il valore di atti pubblici. L'esonero dei difensori dell'obbligo di denuncia (art. 334 bis C.P.P.) non vale ad escludere la loro configurabilità come pubblici ufficiali in quanto si può ritenere che un pubblico ufficiale, in determinate situazioni, possa essere eccezionalmente dispensato dall'obbligo di denuncia. Per di più la Cassazione ha ormai da tempo accolto una nozione oggettiva di funzione pubblica, non legata cioè al soggetto che pone in essere l'atto bensì alla natura dell'atto posto in essere da un determinato soggetto.

Sulla base di tali argomentazioni la Suprema Corte ha ritenuto che integri "il delitto di falso ideologico di cui all'art. 479 C.P. la condotta del difensore che utilizzi processualmente le dichiarazioni delle persone informate sui fatti, di cui all'art. 391 bis e ter, e verbalizzate in modo infedele".

Dunque, parità tra accusa e difesa; se il difensore pretende la medesima credibilità del p.m., allora di questo deve avere anche i doveri.

Ed è qui che sorge il problema: se l'avvocato ha le stesse responsabilità di un pubblico ufficiale, allora, del pubblico ufficiale, che è il suo legittimo contraddittore (il p.m.), dovrebbe averne i poteri e le facoltà.

Analizzando le disposizioni anche alla luce della giurisprudenza, invece, non può dirsi che ciò accada. Infatti:

1) colloqui, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni (art. 391 bis).

Il colloquio non documentato è attività riconosciuta al difensore. Ma non è certo agevole prendere contatti con un potenziale testimone senza il rischio di incorrere in responsabilità penali.

Già il difensore troppo sollecito nei confronti del proprio assistito rischia di vedersi piombare l'accusa di favoreggiamento personale. Forse, un difensore poco accorto con un potenziale testimone potrebbe vedersi recapitare un avviso ex art. 415.bis per intralcio alla giustizia?

A parte le provocazioni, sono gli aspetti strettamente processuali che possono rivelare delle incongruenze rispetto al principio della parità tra accusa e difesa.

Innanzitutto ex art 391 bis Co. 7 CPP, il difensore, quando deve procedere a colloquio o ricezione di dichiarazioni o assunzione di informazioni da parte di persona detenuta deve munirsi, preventivamente, di specifica autorizzazione del giudice che viene adottata con ordinanza.

In base all'art. 391 bis Co. 3 CPP il soggetto che rilascia dichiarazioni al difensore deve informare il difensore che procede, se è sottoposta ad indagini o è imputato nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato. In tal caso egli assume la posizione di "teste assistito" e per l'effetto andrà data comunicazione tempestiva al suo difensore ovvero chiedere al giudice la nomina di uno

d'ufficio.

Ma come fa una persona a dichiarare il proprio status se non ha avuto "conoscenza legale" della esistenza di un procedimento a carico?

La conseguenza più evidente di un sistema così delineato è che, in caso di dichiarazione erronea, le stesse dichiarazioni rese non sono utilizzabili da parte del difensore che vede così frustrato il proprio diritto di difesa.

Il problema non si pone certo per il p.m. che nello svolgimento della propria attività di indagine potrà attingere sulla base di una semplice richiesta a tutte le fonti di cognizione a disposizione del Ministero della Giustizia!

Ex art. 391 bis Co. 10 CPP, quando una persona in grado di riferire circostanze utili alle investigazioni si sia avvalsa della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni al difensore ex art. 391 bis Co. 3 lett. d) CPP., quest'ultimo può richiederne l'audizione al p.m., che provvede a fissarla con decreto entro sette giorni.

E qui già si nota come il tramite del p.m. ritorni a d essere un necessario filtro per l'attività del difensore, in qualità di autorità giudiziaria e non in qualità di parte.

Nessuna sanzione processuale è prevista nell'ipotesi in cui il p.m. ometta di disporre l'audizione. Tale disposizione, del resto è coerente con la previsione dell'art. 367 C.P.P. che non prevede in capo al p.m. alcun obbligo di provvedere in ordine alle richieste presentate dal difensore.

Tale ruolo del p.m. di signore delle indagini preliminari viene, purtroppo, riconosciuto anche nella sentenza della II sezione della Cassazione n. 40232 del 23.11. 2006.

In tale sentenza la Corte afferma che *"poiché l'art. 391 bis individua come presupposto che la persona da sentire sia in grado di riferire su circostanze utili ai fini dell'attività difensiva, la richiesta non può limitarsi a rappresentare la legalità dell'avvenuta convocazione e l'esercizio da parte della persona convocata di avvalersi della facoltà di cui alla lettera d) comma 3, ma deve indicare al p.m. le circostanze in relazione alle quali vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali ritiene che esse siano utili ai fini delle indagini"*. Secondo la corte, il p.m., nel momento in cui riceve la richiesta deve essere posto in grado di valutare la ricorrenza di tale requisito. Sicché in mancanza di tale indicazione non sorge per il p.m. alcun obbligo di provvedere con la conseguente pronuncia di irricevibilità della richiesta.

Tale sentenza crea molte perplessità:

1) in pratica il difensore, se vuole ottenere un colloquio "coattivo", è costretto ad una discovery anticipata al p.m., sua parte contrapposta nel medesimo procedimento. E' facilmente intuibile che, se il difensore ricorre al p.m. per ottenere l'audizione di una persona, con ogni probabilità ritiene che questa persona sia un teste chiave ai fini della predisposizione della linea difensiva.

(Inoltre, ex art 391 decies, le dichiarazioni documentate possono essere usate per le contestazioni ex art.500 nonché ai sensi degli artt. 512 e 513). Non si vede, dunque, il perché egli sia costretto a svelare anticipatamente al p.m. la propria strategia difensiva indicando le circostanze in ordine alle quali vuole che questa persona sia sentita. E tale assunto vale ancor di più se si pensa che esiste l'art. 391 nonies che dà

facoltà al difensore di svolgere l'attività di investigazione preventiva: cioè in vista di un futuro eventuale procedimento penale. Tale attività parrebbe preclusa quando ci si trovi di fronte ad un potenziale testimone poco collaborativo, giacché l'articolo esclude che il difensore possa procedere ad investigazioni difensive quando si tratti di atti che richiedono il necessario intervento dell'autorità giudiziaria.

2) il fatto che il p.m. debba essere posto nelle condizioni di valutare se una persona sia in grado di riferire su circostanze utili alle investigazioni difensive, significa che ad esso è attribuito un potere discrezionale nella valutazione delle fonti di prova e nella loro eventuale esclusione in caso di esito negativo del controllo. E' evidente la disparità della posizione tra p.m. e difensore: un avvocato potrebbe vedersi preclusa la possibilità di acquisire al procedimento le dichiarazioni di una persona da lui ritenuta fondamentale per la difesa, per il semplice fatto che il p.m. la ritiene irrilevante o superflua.

L'alternativa prevista dalla legge è quella della richiesta di incidente probatorio al G.I.P. a norma del Co. 11 del medesimo art. 391 bis.

Il combinato disposto di tale norma con quello di cui all'art. 391 octies co.3 CPP presenta rilevanti contraddizioni. Infatti, ai sensi dell'art. 391 octies Co. 3 CPP, il p.m. può prendere visione ed estrarre copia del fascicolo del difensore (depositato presso il GIP) prima ancora che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento.

In un sistema così delineato, se il difensore formula richiesta di incidente probatorio, il p.m. ha diritto di prendere visione del suo fascicolo e di estrarne copia. Tuttavia una norma speculare per il p.m. non esiste: se è il p.m. ad avanzare richiesta di incidente probatorio, del suo fascicolo il difensore non può prendere visione né estrarne copia. Tale facoltà è riconosciuta al difensore solo nei casi di cui all'art. 392 Co. 1-bis CPP (assunzione di testimonianza di persona minore degli anni sedici, procedimenti per reati sessuali) e solo se il G.I.P. accoglie la richiesta di incidente probatorio formulata dal P. M., ai sensi dell'art. 398 Co. 3 bis CPP. (Sopraffacciamo in ordine al fatto che non appare coerente con il sistema, la *discovery* del p.m., in caso di sua richiesta di incidente probatorio, limitata ai reati cosiddetti sessuali e per l'ascolto di persona minore degli anni sedici e non per tutti i casi di incidente probatorio a richiesta di una delle parti).

La disparità di trattamento in un procedimento di parti è di tutta evidenza, in quanto il difensore è obbligato, se vuole raccogliere una dichiarazione formale di un futuro teste, ad un'anticipata ostensione degli elementi probatori raccolti.

L'unica alternativa che rimane al difensore, è quella del colloquio informale (con le dovute cautele che la situazione richiede) con la persona informata sui fatti a lui utili e citarla come teste a difesa nel dibattimento. E' di tutta evidenza la posizione di svantaggio del difensore rispetto al p.m.: quest'ultimo potrà utilizzare i verbali delle s.i.t. ai fini delle contestazioni; ma il difensore cosa potrà fare di fronte ad un teste che, chiamato a difesa, rende dichiarazioni non coincidenti con ciò che aveva dichiarato in sede di colloquio non documentato?

## **2) Richiesta di documentazione. (art.391 quater).**

Il difensore ha facoltà di richiedere gli atti solo se siano in possesso della P.A..

Alla P.A. si possono chiedere gli atti. Ma la dottrina ha affermato che in tal caso restano salve le norme che tutelano il segreto di Stato o quelle che altrimenti prevedono il segreto o il divieto di divulgazione.

Qualche dubbio è stato avanzato se tra la P.A. sia compresa anche la Polizia Giudiziaria.

Nulla vieta in linea di principio la richiesta di informazioni e documentazione alle Questure o Uffici di Polizia ma ciò non significa che l'esito sia positivo.

Certo è che la P.A. non è obbligata a ottemperare alla richiesta del difensore il quale può agire ai sensi degli art. 367 e art 368. Il p.m. può accogliere l'eventuale richiesta di sequestro oppure, se non ritiene, trasmettere la richiesta al G.I.P. con il proprio parere, il quale provvederà.

Anche in questo caso è evidente che, laddove il difensore incorra in un rifiuto, è al p.m. che si deve rivolgere in prima istanza, con ciò evidenziandosi l'intima contraddizione di tale previsione. Anche in questo caso infatti la difesa è costretta ad indicare anticipatamente al p.m. i documenti che intendeva acquisire, lasciandolo addirittura arbitro di decidere se il sequestro sia utile o meno alle indagini.

Anche qui la via del dibattimento e la richiesta di acquisizione ex art 507 C.P.P. rimane l'unico strumento per evitare un'anticipata ostensione della propria linea difensiva. Anche se con il grande limite della valutazione di assoluta necessità rimessa alla discrezionalità del giudice.

E' da notare al riguardo che per un mancato coordinamento con la legge sulla trasparenza amministrativa e con la legge sulla privacy il difensore ha minori poteri verso la P.A., in sede di investigazioni difensive che in sede di procedimento amministrativo. Infatti ai sensi della legge sulla indagini difensive la P.A. non ha l'obbligo di collaborare con il difensore richiedente il documento, cosa che invece le è imposta dalla legge 241/90, salvi dinieghi connessi al segreto d'ufficio, con onere comunque di rispondere alla richiesta entro determinati termini (a pena di sanzione anche penale) e di motivare l'eventuale diniego.

A tale proposito il TAR Lombardia 17.10.2006 con sentenza n. 2013 ha ribadito le diversità dei due istituti. L'istituto dell'accesso agli atti del procedimento amministrativo ha finalità di verifica dell'imparzialità e trasparenza dell'attività della p.a. e l'accesso agli atti del procedimento e riconosce tale diritto solo a chi sia titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente alla posizione giuridicamente tutelata e collegata alla documentazione richiesta. Le investigazioni difensive hanno la finalità di individuare elementi di prova per un instaurato o instaurando processo penale.

Di conseguenza il procedimento penale, ancorché non sia ancora instaurato, non può essere equiparato al procedimento amministrativo.

Quando dunque, il difensore agisca per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, dovrà procedere secondo gli strumenti previsti dall'art. 391 quater C.P.P. A meno che, in presenza di un procedimento amministrativo, lo stesso non assuma altresì la posizione di soggetto contro interessato; in tal caso l'acquisizione di documenti potrà essere consentita sulla base del principio generale dell'accesso agli atti amministrativi.

Per la richiesta di documentazione ai privati, invece, non è prevista una disciplina specifica. Si dovrà dunque procedere, come sopra, per l'assunzione di informazioni.

Non è mancato qualche difensore che abbia utilizzato la norma dell'art. 391 septies (relativa all'accesso ai

luoghi privati) per sostenere che tale facoltà di accesso comprende anche l'acquisizione dei documenti che in quel luogo si trovano assumendo che sia connaturato al potere ispettivo quello di prendere visione ed estrarre copia. La Corte di Cassazione sez. II con sentenza N. 42588/2005 (sul punto non ci sono precedenti) ha fermamente negato tale possibilità affermando che l'ipotesi di accesso agli atti da altri posseduti è tassativamente limitata agli atti della P.A..

D'altra parte sostenere che l'art. 391 septies nel dar facoltà di accesso al difensore include anche quella di prendere visione ed estrarre copia dei documenti finirebbe (secondo la corte) per sovvertire i principi che presidono il sequestro penale.

La Corte si colloca nella medesima posizione della dottrina concludendo che, se il difensore voglia accedere agli atti posseduti dai privati, potrà utilizzare gli strumenti previsti dagli art. 367 e 368 C.P.P. con le conseguenze che ho poc'anzi evidenziate.

### **3) Accesso ai luoghi (art.391 sexies e septies).**

Entrambe le norme presuppongono che le cose oggetto di accertamento non siano sottoposte a sequestro, trovando in tal caso applicazione gli artt. 233 bis e 366 C.P.P.

L'attività consentita al difensore è quella di natura ispettivo-descrittiva (visione, descrizione di cose o luoghi compimento di rilievi tecnici) di cui può essere redatto verbale: è consigliabile farlo, come è consigliabile anche la videoregistrazione delle operazioni. Si potrà decidere eventualmente di non depositare il verbale, salvo che non documenti accertamenti tecnici non ripetibili o altri atti non ripetibili rispetto ai quali il PM abbia esercitato la facoltà di assistervi

Per gli accertamenti tecnici non ripetibili è obbligatorio avvisare il PM. In quanto entrano nel fascicolo del dibattimento.

Per altri atti non ripetibili non v'è analogo dovere. Infatti i relativi verbali entrano nel fascicolo del dibattimento se il PM ha esercitato la facoltà di assistere all'atto.

Anche in questa sede il passaggio attraverso l'autorità giudiziaria è d'obbligo:

se si vogliono acquisire cose o documenti, si dovrà presentare richiesta al p.m. ex art. 367 e 368 C.P.P.

nell'ipotesi di accesso a luoghi privati, qualora non vi sia il consenso di chi vi ha la disponibilità, si deve ottenere l'autorizzazione del giudice.

Anche qui si può notare la differenza tra i poteri del p.m. e quelli del difensore.

L'unica eccezione a tale metodologia è costituita dall'accesso del difensore nei locali aperti al pubblico, circostanza, questa, del tutto ovvia.

Non è invece consentito al difensore ed agli altri soggetti di cui all'art. 391 bis Co. 1, l'accesso ai luoghi di abitazione e loro pertinenze, "salvo che sia necessario per l'accertamento di tracce e gli altri effetti materiali del reato" (Co. 3 art. 391 decies).

La norma è poco chiara.

Innanzitutto non fa riferimento alla richiesta di autorizzazione del giudice. Il problema che ci si deve porre è

se, quando si tratti di luoghi di privata dimora, sia sempre e comunque necessaria l'autorizzazione del giudice anche in presenza del consenso all'accesso prestato dall'avente diritto.

Al riguardo ci si chiede in base a quale principio sarebbe necessario l'intervento del giudice quando l'avente diritto abbia volontariamente concesso al difensore di accedere nella propria abitazione.

La norma andrebbe dunque intesa nel senso che, quando si tratta di privata dimora, neppure l'autorizzazione del giudice può superare il difetto di consenso di chi ne ha la disponibilità, a meno che non si tratti di necessario accertamento di cose e tracce del reato. Sarà, naturalmente, il giudice a valutare non solo il tipo di atto che andrà compiuto ma anche se questo sia necessario o meno.

Anche in questa sede l'intervento del giudice è filtro dell'attività del difensore.

Tuttavia si deve ammettere che questa norma è più coerente agli intendimenti del legislatore di quanto non lo siano le altre: infatti in questo caso diretto interlocutore del difensore è il giudice terzo e non il p.m.

Infine un altro commento all'art. 391 decies al comma 3 è previsto che, quando il difensore deve compiere accertamenti tecnici non ripetibili, deve dare avviso, senza ritardo, al p.m. per l'esercizio delle facoltà previste dall'art. 360 CPP.

Sino qui la norma è ragionevole, in quanto attribuisce al p.m. le stesse facoltà che attribuisce art. 360 CPP al difensore e, pertanto, il parallelismo è evidente.

Non altrettanto può dirsi, invece, per la seconda parte della norma citata, in virtù della quale, per gli atti non ripetibili, diversi dagli accertamenti tecnici, compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, il difensore deve comunque dare avviso al p.m. affinché eserciti la facoltà di assistere al compimento di tali atti. La disposizione non è coerente, in quanto non esiste una analoga disposizione che obbliga il p.m., nel compimento della stessa attività di indagine, di dare avviso al difensore.

Forse nella idea del legislatore l'intervento dell'Autorità pubblica investigativa ha lo scopo di attribuire valenza probatoria all'atto irripetibile raccolto dal difensore.

Ma anche qui è evidente l'irragionevole delegittimazione della difesa.

#### **4) investigazione preventiva (art. 391 nonies)**

La legge conferisce al difensore il potere di compiere l'investigazione difensiva non solo in un momento successivo all'iscrizione dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 C.P.P. ma può essere anche preventiva e cioè prima che le indagini preliminari abbiano inizio.

E' indubitabile che, almeno in linea teorica, sia possibile svolgere - su incarico del cliente - attività diretta all'acquisizione di notizie, dati, prove a carico di ignare persone, senza limiti di tempo e senza che vi sia alcun controllo da parte di un giudice su tale attività. Ed è altresì chiaro il limite di tale attività: non può comprendere atti che richiedono l'intervento o l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

Atteso il diverso atteggiarsi delle due forme di attività investigative sarebbe quanto mai utile che l'indagato o il suo difensore fossero in grado di valutare se l'attività svolta appartiene all'investigazione "preventiva" o all'investigazione "successiva".

Come fa il cittadino a conferire mandato al proprio difensore se non viene a conoscenza che nei suoi

confronti si svolgono indagini?

Ma quando il cittadino viene a conoscenza del suo status di indagato secondo l'attuale sistema?

Solo nei seguenti casi:

- 1) con la richiesta indirizzata al Pubblico Ministero, ai sensi dell'art. 335 comma 3 CPP. Ma tale richiesta non è ammissibile qualora si procede per uno dei delitti di cui all'art.407 co.2 lett. a) CPP. Inoltre, il Pubblico Ministero può disporre con decreto motivato il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile (ari. 335 comma 3 bis CPP).
- 2) in caso di provvedimenti *de liberate* o di misure cautelari reali ed in caso di ispezioni, perquisizioni e sequestri.
- 3) in caso di incidente probatorio richiesto dal p.m..
- 4) in caso di richiesta del p.m. al GIP di proroga delle indagini.
- 5) con l'informazione di garanzia.
- 6) quando il p.m. invia l'avviso all' indagato della conclusione delle indagini preliminari.

Si comprende, dunque, che per la fase di indagine preliminare, il difensore è nell'impossibilità, quando non sia posto in grado di conoscere la pendenza del procedimento, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone nonché l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a discarico nelle stesse condizioni dell'accusa. Ed è evidente anche in tal caso la posizione di svantaggio del difensore rispetto al p.m. Egli infatti non potrà svolgere appieno la propria attività difensiva, presentando, ad esempio -anche anticipatamente - al GIP gli elementi acquisiti a seguito dell'indagine difensiva per porlo nella condizione di meglio valutare e decidere in ordine all'eventuale richiesta del p.m. di un provvedimento cautelare.