

SIMONA TOMASSETTI

LE INDAGINI DIFENSIVE

SOMMARIO

1. *Considerazioni generali.* 2. *I soggetti legittimati alle investigazioni.* 3. *I limiti temporali dell'attività di indagine: l'attività investigativa preventiva.* 4. (Segue) *L'attività suppletiva e integrativa di indagine.* 5. *Le attività tipiche di investigazione: l'acquisizione di notizie da fonti dichiarative.* 6. (Segue) *Gli avvertimenti alla persona contattata.* 7. *Le dichiarazioni indizianti.* 8. *Il rifiuto di rispondere: la richiesta di audizione o di incidente probatorio.* 9. *La documentazione delle dichiarazioni ed informazioni.* 10. *Il potere di segretezza del pubblico ministero.* 11. *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione.* 12. *L'accesso ai luoghi.* 13. *Il fascicolo del difensore.* 14. *Utilizzabilità degli atti di investigazione.*

1. *Considerazioni generali*

L'esigenza di dotare la difesa di strumenti per svolgere attività investigative, esigenza essenziale ed irrinunciabile del processo *adversary*¹, era già avvertita durante i lavori preparatori del codice del 1988. Ciò determinò l'inserimento tra le disposizioni di attuazione di una previsione che consentisse al difensore di svolgere investigazioni, anche attraverso sostituti, consulenti tecnici e investigatori privati autorizzati, per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nonché di conferire con persone in grado di fornire informazioni².

L'art. 38 disp. att. risultò subito lacunoso poiché, oltre alla marginale collocazione topografica, non individuava le forme da osservare per la documentazione dell'attività investigativa, né determinava la valenza dei relativi atti. Proprio per la genericità della formulazione, la norma si prestò ad una interpretazione che riduceva ai minimi termini

¹ Per una lettura comparativa sul diritto alla prova e sull'indagine difensiva, V. FANCHIOTTI, *Il "difendersi provando" nella prospettiva statunitense*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1331; FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *Cass. pen.*, 1995, 430.

² Per i lavori preparatori dell'art. 38 disp. att. abrogato v. *Parere Commissione parlamentare al progetto preliminare delle disposizioni di attuazione*, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di Conso-Grevi-Neppi Modana, VI, Padova, 1990, 136.

il suo ambito di operatività: per la c.d. «teoria della canalizzazione»³ il difensore poteva solamente presentare i risultati della sua indagine al pubblico ministero. Lo squilibrio tra le parti divenne preoccupante allorché si consolidò definitivamente la figura del pubblico ministero – istruttore attraverso rivoluzionaria modifica dell'art. 500⁴, ad opera della l. 7 agosto 1992, n. 356⁵.

La situazione non migliorò di molto con la novella del 1995⁶ che implementò l'«anoressico» contenuto dell'art. 38 disp.att., introducendo due commi che consentirono di presentare direttamente al giudice gli atti di investigazione, la cui documentazione sarebbe poi confluita nel fascicolo d'indagine. La riforma, infatti, non prevedeva nulla in ordine al novero degli atti esperibili dal difensore, alle modalità di documentazione degli stessi e alla utilizzabilità oltre la fase delle indagini preliminari. Si trattava di un riconoscimento puramente formale del diritto di «difendersi investigando»⁷, che inevitabilmente si traduceva in una minore garanzia di veridicità del materiale raccolto dal difensore⁸.

Di fronte a tale realtà e nella sempre maggiore consapevolezza che una disciplina *ad hoc* dell'attività difensiva fosse necessaria anche per

³ V. Cass., sez. fer., 18 agosto 1992, Burrafato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1169, con nota di SCELLA, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*.

⁴ Per la ricostruzione storica dell'art. 500 dalla dichiarazione di incostituzionalità (v. Corte Cost., 18 maggio 1992, n. 255, in *Foro it.*, 1992, I, 2012) sulla base del «principio di non dispersione della prova», alla novella del 2001, fra i molti v. DI CHIARA, *La nuova istruttoria dibattimentale: attuazione del giusto processo, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 287.

⁵ Cfr. FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in ID., *Studi sul processo penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 87.

⁶ Il riferimento è alla legge 8 agosto 1995, n. 332, recante «*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*». A tal proposito V. CHIAVARO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori*, in *Legisl. pen.*, 1995, 565; AA.VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996.

⁷ Cfr. DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle nuove investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 6.

⁸ FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, 437; GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione della notizia di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, 216.

dare attuazione al principio di parità tra accusa e difesa, principio non solo richiamato dalla legge delega (art. 2, n. 3 legge delega 16 febbraio 1987, n. 81) ma anche costituzionalizzato, si diede vita ad una serie di iniziative legislative⁹ dirette all'emanazione di un *corpus* normativo che conferisse alle indagini difensive pari dignità di quelle del pubblico ministero.

Il «diritto di difendersi provando» trova finalmente riconoscimento con l'emanazione della l. 7 dicembre 2000, n. 397, i cui assetti strutturali si snodano nella tipizzazione delle attività investigative, nelle modalità di documentazione dei risultati e, infine, nei paradigmi di utilizzazione degli stessi¹⁰. Le nuove regole, allocate nel corpo del codice, al libro VI, che si arricchisce di un nuovo titolo, il VI *bis*, colmano, così, la precedente scarna disciplina, confinata nelle norme di attuazione, che viene contestualmente abrogata. Le «le finalità stabilite nel titolo VI *bis* del presente libro», precisazione contenuta nell'art. 327 *bis*, denotano, naturalmente, il diverso fine delle investigazioni della difesa rispetto a quelle degli organi pubblici¹¹.

Non sfugge come il «difendersi ricercando» è costruito in termini di «facoltà»¹² e «unidirezionalità» a fronte della «necessità» e «pluridirezionalità» che caratterizza, invece, l'indagine pubblica.

2. I soggetti legittimati alle investigazioni

Il nuovo art. 327 *bis* riconosce al difensore la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare elementi di prova a favore del proprio assistito – nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo V *bis* del libro V del codice di procedura penale¹³ – fin dal conferimento dell'incarico

⁹ Per l'analisi dei diversi progetti di riforma v. FRIGO, *Indagini difensive: un punto "di non ritorno" sulla strada del riequilibrio tra accusa e difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 667; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 1.

¹⁰ DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando"*, cit., 6.

¹¹ FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 55.

¹² La dottrina evidenzia che dal punto di vista deontologico tale «facoltà» costituisce un dovere. Infatti, il difensore «non può esimersi dal valutare, in relazione alle esigenze da soddisfare e agli obiettivi da raggiungere, l'opportunità di svolgere investigazioni»: così GUALTIERI, *Indagini difensive*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2004, 2.

¹³ V. *infra* § 5 e ss.

co professionale, che deve risultare da un atto scritto¹⁴. La norma, in altre parole, specifica che *condicio sine qua non*, perché l'attività di ricerca della prova possa dirsi «processualmente protetta», è l'assunzione formale della qualità di difensore nelle forme previste dall'art. 96 comma 2¹⁵. Non occorre, però, un esplicito mandato ad espletare le indagini difensive¹⁶, fatta eccezione per le investigazioni preventive¹⁷ e fermo restando la possibilità per l'assistito di vietarne il compimento

¹⁴ La dottrina ritiene che qualora la nomina venga fatta dai prossimi congiunti della persona *in vinculis*, il difensore è legittimato a svolgere le indagini difensive: PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397. Disposizioni in materia di indagini difensive*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 3491.

¹⁵ BRICCHETTI, *L'attività investigativa del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 111; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, Milano, 2001, 55. *Contra* V. CASTIGLIONE, *Art. 7 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2003, 53, il quale, dopo aver sottolineato che l'art. 327 *bis* comma 1, non richiama l'art. 96 comma 2, ritiene, anche considerando che «se il legislatore avesse voluto subordinare l'esercizio delle attività investigative del difensore ad un preventivo onere di comunicare la nomina all'autorità giudiziaria procedente» non avrebbe richiesto la redazione di un atto scritto da cui far risultare l'incarico professionale, non necessario rispettare le formalità di cui all'art. 96 comma 2. Dello stesso avviso è anche la Giunta delle camere penali la quale nell'art. 2 delle «Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive», approvate con delibera del 16 gennaio 2001 ha precisato che la legittimazione a svolgere le indagini è acquisita con la nomina a prescindere dalla effettiva assunzione della qualità processuale di difensore nel procedimento che avviene con il deposito o comunicazione della stessa all'autorità giudiziaria procedente, purché però l'atto di conferimento abbia data certa. Per un commento alle nuove regole deontologiche v. DOMINIONI, *Le regole di comportamento del penalista*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 265.

¹⁶ V. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, 59; TRANCHINA, *L'indagine difensiva*, in Siracusano-Galati - Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2004, 166. Dello stesso parere è la Giunta delle camere penali che nell'art. 2 comma 1 delle «Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive», approvate con delibera del 16 gennaio 2001 precisa che «il conferimento dell'incarico professionale rilasciato con atto scritto, legittima il difensore a svolgere le indagini difensive senza la necessità di specifico mandato». *Contra* PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3490, il quale evidenzia che la facoltà di svolgere le indagini difensive deve essere espressamente conferita al difensore, come si desume dall'*incipit* dell'art. 327 *bis* comma 2; SPANGHER, *I profili soggetti*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 153, ritiene opportuno, oltre al mandato difensivo, un ulteriore specifico accordo tra difensore e soggetto.

¹⁷ V. *infra* § 3.

in quanto, ai sensi dell'art. 99 comma 2, il difensore non può agire in contrasto con la volontà del primo anche se nel suo stesso interesse¹⁸.

L'espressione «risultante da atto scritto» evoca il disposto dell'art. 27 disp. att. poiché si richiede che la qualità di difensore emerga con assoluta certezza, non sono sufficienti elementi, ricavabili da comportamenti taciti, dai quali si possa desumere l'effettivo conferimento dell'incarico¹⁹.

La facoltà di espletare le indagini difensive, che non devono comunque intralciare quelle dell'accusa²⁰, è attribuita non solo al difensore dell'indagato/imputato, ma anche a quello delle altre parti private: ciò emerge chiaramente dal termine assistito di cui all'art. 327 *bis*, termine idoneo a ricomprendervi anche la persona offesa e le altre parti private.

Il legislatore, infatti, ha disciplinato le indagini difensive di tutte le parti private senza alcuna distinzione al suo interno²¹. Quindi, legittimato è, sicuramente, il difensore della persona offesa²² nonostante l'art. 327 *bis* non la contempli a differenza dell'art. 38 disp. att. abrogato²³. Confermano la volontà del legislatore di ricomprendere l'offeso dal reato tra i titolari del potere di compiere attività investigativa difensiva anche preventiva, sia i lavori preparatori²⁴, ove l'attribuzione di

¹⁸ V. TANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 166.

¹⁹ V. TANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 166.

²⁰ Così PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3490, il quale afferma che se il difensore dovesse intralciare le indagini del pubblico ministero il suo comportamento potrebbe integrare le ipotesi di reato previste dagli artt. 374 e 378 c.p. ovvero frode processuale e favoreggiamento personale.

²¹ Cfr. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Le attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 207; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 91, il quale, a conferma della legittimazione *de qua* in capo a tutte le parti private, richiama l'art. 512 laddove prevede che gli atti di investigazione assunti «dai difensori delle parti private», possono essere letti in dibattimento, su istanza di parte, in caso di irripetibilità sopravvenuta.

²² Di contrario avviso è una parte della dottrina che sottolinea che il diritto di difesa è concepito come prerogativa dell'imputato e non della persona offesa la cui tutela opererebbe solo attraverso la costituzione di parte civile: così SANTALUCIA, *Persona offesa e attività di investigazione*, in *Giust. pen.*, 2001, III, 453.

²³ V. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 327, il quale, però, ritiene che la persona offesa non possa svolgere le indagini preventive poiché queste ultime attono al difensore che paventi l'instaurazione di un procedimento penale e quindi mal si concilia con la persona offesa.

²⁴ Per l'analisi degli atti preparatori si v. SANTALUCIA, *Persona offesa e attività di investigazione*, cit., 453.

tali poteri alla persona offesa è scontata, sia le disposizioni attinenti alle investigazioni che fanno sempre riferimento al difensore o al proprio assistito, senza nessuna limitazione soggettiva, nonché l'art. 391 *bis* comma 8 che vieta alla persona offesa di assistere all'assunzione delle informazioni.

Per la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato, l'attività di investigare va desunta dai loro tempi di intervento nel processo. Pertanto, venendo in gioco solo dopo la chiusura delle indagini preliminari, gli stessi non potranno svolgere indagini durante la fase del procedimento e, quindi, non sono legittimati al compimento delle indagini preventive²⁵. Resta, invece, problematica l'attribuzione del potere di cui all'art. 327 *bis* in capo all'ente esponenziale in considerazione dei limitati poteri probatori riconosciutegli; in ogni caso, tuttavia, tale potere non potrà che essere condizionato alle formalità previste dall'art. 93²⁶.

L'art. 327 *bis* comma 3 consente al difensore di avvalersi di ausiliari, sostituti, investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, di consulenti tecnici. Proprio perché questi ultimi agiscono su delega del difensore, il quale è responsabile del loro operato, è necessario un incarico scritto, che specifichi l'oggetto dell'indagine²⁷. Con riguardo alla figura del sostituto, a seguito della modifica apportata all'art. 102 dalla l. 6 marzo 2001, n. 60, il difensore può nominarlo a prescindere dall'esistenza di un suo impedimento. Sicché la nomina viene rimessa ad una valutazione discrezionale e di mera opportunità operata dal difensore²⁸.

²⁵ Per la legittimazione del mero danneggiato, potenziale parte civile, che non rivesta la qualità di persona offesa cfr., a favore, RUGGIERO, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 934; SCAPARONE, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2^a ed., 2003, 510; *contra* v. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 82. La giurisprudenza di merito ammette che le indagini difensive possano essere svolte dalla persona danneggiata dal reato ai fini della legittimazione alla costituzione di parte civile: v. Trib. Urbino, 7 luglio 2001, Fucili, in *D&G*, 2001, 42, 52, con nota di ANDREANO, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*.

²⁶ V. SPANGHER, *I profili soggetti*, cit., 2001, 153; *contra* v. RUGGIERO, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, cit., 934.

²⁷ La delibera dell'Unione camere penali stabilisce, in modo dettagliato, il contenuto che l'incarico deve avere, precisando anche i doveri che devono essere osservati dagli ausiliari (art. 3 regole deontologiche, approvate dalla Giunta con delibera del 16 gennaio 2001).

²⁸ V. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit. 116, il quale osserva che, a norma dell'art. 34 disp. att., per la designazione del sostituto si debbano osservare le forme previste dall'art. 96 comma 2 anche se tale procedura risulta essere poco compati-

Svolgere investigazioni è anche compito dei consulenti tecnici: l'art. 327 *bis* comma 3 prevede che il difensore può ricorrere a tali ausiliari ogni qualvolta siano necessarie «specifiche competenze»²⁹. Precisazione quest'ultima superflua e «per così dire estetica» e non certamente limitativa delle strategie difensive³⁰.

Quanto agli investigatori privati la norma richiede una previa autorizzazione rilasciata dall'organo prefettizio dopo aver accertato la specifica esperienza professionale³¹. Il difensore che se ne avvale, ai sensi dell'art. 222 disp. att., deve comunicare all'autorità giudiziaria procedente, il conferimento dell'incarico; adempimento non di poca importanza, in quanto da esso scaturisce il riconoscimento a tale soggetto delle garanzie previste per il difensore dall'art. 103.

3. I limiti temporali dell'attività di indagine: l'attività investigativa preventiva

L'art. 327 *bis* comma 2 precisa che la facoltà di svolgere le indagini è attribuita al difensore «in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione». L'attività investigativa può essere compiuta, quindi, non solo durante le indagini preliminari, ma anche nelle fasi successive, quali il giudizio di primo grado e di appello, la fase esecutiva e *post* esecutiva per pervenire ad una revisione del giudicato³².

bile in relazione alle investigazioni preventive. I sostituti vengono, poi, individuati con quei collaboratori interni ed esterni allo studio professionale. *Contra v.*, in relazione alla inapplicabilità dei requisiti di forma per la designazione del sostituto l'art. 34 disp. att., GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 88.

²⁹ Tale figura è stata oggetto di particolare attenzione nella l. 397/2000 con l'interpolazione dei commi *1bis* e *1ter* nell'art. 233, quale presa di posizione della novella circa il riconoscimento della necessità dell'ausilio degli esperti in ogni fase del procedimento penale, ai fini di una completa espansione del diritto di difesa. Cfr. FOCARDI, *Sempre più effettivo il diritto di difesa mediante esperti*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 75.

³⁰ Così RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 36.

³¹ Per un'analisi più approfondita cfr. ZACCHÉ, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*. Legge 7 Dicembre 2000, n. 397, in *Cass. pen.*, 2002, 2542.

³² Per una analisi più dettagliata si v. BRICCHETTI, *L'attività investigativa del difensore*, cit., 115; GUALTIERI, *Indagini difensive*, cit., 3; PIZIALI, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Legge 7 dicembre 2000, n. 397, Milano, 2001, 219; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 171.

Tale disposizione va, poi, correlata all'art. 391 *nonies*, il quale consente al difensore, munito di apposito mandato, di svolgere indagini per l'eventualità che si instauri un procedimento penale, con esclusione di quegli atti richiedenti l'intervento o l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Proprio perché l'art. 391 *nonies* comma 1 richiama l'art. 327 *bis* è da ritenere l'investigazione preventiva omogenea, strutturalmente e teleologicamente, a quella di cui all'art. 327 *bis* comma 1, sebbene consentita per l'eventualità che si instauri un procedimento penale³³. Ciò significa che *ex parte privati*, ci si potrà attivare in tal senso anche a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale. Più precisamente, l'investigazione risulta ammissibile qualora il mandante non sia a conoscenza dell'avvio di un procedimento perché o non risulta ancora indagato o, pur essendolo, non ne ha cognizione in quanto non ha ricevuto una formale comunicazione (informazione di garanzia)³⁴.

Occorre un apposito mandato scritto³⁵, rilasciato con sottoscrizione autentica del mandante, autentica che potrà essere effettuata dallo stesso difensore ai sensi dell'art. 39 disp. att., il quale deve contenere «la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce». Tale indicazione, che circoscrive l'ambito oggettivo delle investigazioni, attiene ai fatti dell'eventuale procedimento, che potrà, pertanto, essere generica e sommaria proprio per evitare di esternare il grado di coinvolgimento del proprio assistito e, quindi, tradursi in una sorta di atto confessorio³⁶.

Certamente, la finalità dell'indagine preventiva è la ricerca degli elementi favorevoli al proprio assistito nel rispetto della legge e delle

³³ RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Mrzaduri, Torino, 2003, 216.

³⁴ Cfr. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, cit., 326; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 218; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo*, cit., 37, il quale afferma che «spesso l'interessato sa, o sente, di essere indagato: si pensi a un sequestro "eloquente" operato nel suo studio; oppure a una persona informata che lo "informi di essere stato sentito dagli inquirenti"; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 193.

³⁵ Così anche la giurisprudenza, v. Trib. Latina, 17 febbraio 2004, in *D&G*, 2004, 15, 88.

³⁶ V. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando"*, cit., 11; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 105; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 221; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo*, cit., 37; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 207. Va ricorda-

regole deontologiche, ma non può tradursi nella manipolazione o sottrazione delle prove per le eventuali future indagini del pubblico ministero³⁷. Non è mancato, però, chi ha sottolineato che l'attività investigativa *de qua* è «tutt'altro che immune da rischi poliedrici»³⁸, ma a ciò si obietta che questo diritto se correttamente esercitato dal difensore «non è per nulla suscettibile di incidere irrimediabilmente sulla genuinità delle (eventuali) acquisizioni investigative degli organi inquirenti» e, pertanto, non determina nessun turbamento «alla funzione pubblica di accertamento dei fatti»³⁹.

La *querelle* sulla possibilità che per le attività previste dall'art. 391 *nonies* il difensore possa avvalersi della collaborazione dei sostituti, consulenti tecnici o di investigatori privati è stata risolta in termini positivi. Infatti, dalla non menzione di tali soggetti nell'art. 391 *nonies* non può attribuirsi il significato di un codificato divieto dell'avvocato di avvalersi di simili collaboratori giacché è naturale che la norma, in quanto attributiva di un potere investigativo (quello preventivo), si riferisca solamente al *dominus* delle investigazioni. Per il resto, poiché l'art. 391 *nonies* non è «norma di disciplina dell'esercizio del potere conferito», ad esclusione della prescrizione del mandato e dei suoi requisiti, la quale va ricavata da quella generale e cioè dall'art. 327 *bis*⁴⁰. D'altronde dal rinvio reciproco tra le due disposizioni, emerge

to che l'art. 2 comma 2 «regole del comportamento del penalista», approvate dalla Giunta delle camere penali il 16 gennaio 2001, espressamente prevede, in relazione all'ipotesi di cui all'art. 391 *nonies*, che il mandato indichi in modo sintetico i fatti ai quali esso si riferisce, ciò al fine di individuare l'oggetto di tale attività, senza l'indicazione delle ipotesi di reato; preoccupandosi, però, di differenziarne il contenuto, qualora tale potere fosse esercitato dal difensore della persona offesa: in tal caso l'art. 3 comma 3, consente, nella *littera* del mandato, una analitica descrizione dei fatti nonché l'indicazione dell'ipotesi di reato.

³⁷ Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 106.

³⁸ Così DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando"*, cit., 11. Per una prospettiva critica v. MADDALENA, *Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo*, in *Cor. giur.*, 2001, 3, 287; MADDALENA, *Per la difesa libera di investigare facoltà e diritti, nessun dovere*, in *D&G*, 2000, 40, 80; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, in *D&G*, 2001, 25, 8.

³⁹ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 107. L'autore sottolinea che tale potere è senza dubbio necessario quanto meno per bilanciare il ben più consistente potere che l'art. 330 attribuisce al pubblico ministero di prendere cognizione *motu proprio* delle notizie di reato che altro non è che «una attività pre-procedimentale di ricerca e acquisizione di elementi sufficienti a dare sostanza ad iniziali meri sospetti e a tradurli in una legittima *notitia criminis*».

⁴⁰ RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 222.

che il potere *de quo* debba essere esercitato nella medesima forma e per le stesse finalità di quello ordinario⁴¹.

I risultati degli atti di investigazione preventiva, documentati secondo i crismi previsti per l'attività investigativa endoprocessuale, sono spendibili nel procedimento successivamente instaurato⁴². Problemi sono sorti sull'utilizzazione delle dichiarazioni raccolte in quest'ambito poiché sembra che il soggetto che rende dichiarazioni *ex art. 391 bis*, in sede preventiva, non sia tenuto ad un obbligo di verità poiché la fattispecie *de qua* non rientra nella sfera di operatività dell'art. 371 *ter* c.p.⁴³. Ma, come ben sottolinea la dottrina⁴⁴, pur essendo questa una questione controversa, occorre distinguere il profilo della utilizzabilità delle dichiarazioni *ex art. 391 nonies* da quello del loro valore probatorio; ora è solo in relazione a quest'ultimo aspetto, nel quadro del libero convincimento del giudice, che viene in gioco la sanzione penale, mentre la questione dell'utilizzabilità è risolta dalla normativa processuale non prevedendo alcun divieto in tal senso per le dichiarazioni in esame. Pertanto, si dovrà ritenere che queste ultime saranno spendibili a norma degli artt. 500, 512 e 513⁴⁵.

4. (Segue) *L'attività suppletiva e integrativa di indagine*

Considerata la disposizione di carattere generale di cui all'art. 327 *bis* che consente al difensore di svolgere le indagini in ogni stato e grado del procedimento si è reso necessario modificare gli artt. 419 e

⁴¹ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 117; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 191; *contra* v. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, cit., 330, che interpreta il richiamo all'art. 327 *bis*, contenuto nell'art. 391 *nonies*, per individuare gli atti che il difensore può svolgere in sede di investigazioni preventive e non anche per specificare i soggetti legittimati.

⁴² Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 109; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 13; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 224.

⁴³ Sono favorevoli all'applicazione dell'art. 371 *ter* c.p. alle dichiarazioni raccolte in sede preventiva GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 109; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 13; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 224; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, cit., 9. *Contra* v. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, cit., 331; LONGOBARDO, *Le false dichiarazioni al difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferrioli, Milano, 2002, 394.

⁴⁴ RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 224.

⁴⁵ Per l'utilizzabilità degli atti di investigazione v. *infra* § 14.

430. Infatti, l'attività investigativa, pur avendo la sede naturale nelle indagini preliminari, può proseguire nell'asso di tempo intercorrente tra la richiesta di rinvio a giudizio e la celebrazione dell'udienza, nonché dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

L'intervento normativo sull'art. 419 comma 3 consente di superare definitivamente l'interpretazione restrittiva, fondata sulla locuzione, ora abrogata, «persona sottoposta alle indagini»⁴⁶, che non ammetteva l'esercizio del diritto difensivo nella fase processuale.

La novella del 2000 non ha specificatamente riconosciuto al difensore la possibilità di compiere indagini suppletive, ma tale facoltà la si ricava indirettamente dall'eliminazione dal *corpus* dell'art. 419 comma 3 dell'espressione «comunicato al pubblico ministero». Ciò implica che l'invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio, invito contenuto nell'avviso di fissazione dell'udienza, sia rivolto anche al difensore, il quale è quindi legittimato a svolgerle⁴⁷. È onere del difensore di depositare le risultanze dell'attività suppletiva, poiché diversamente non verranno inserite nel fascicolo del difensore e non potranno essere utilizzate⁴⁸. Va, comunque, detto che la documentazione dell'attività suppletiva può essere depositata fino al momento che precede

⁴⁶ Sotto la vigenza dell'art. 38 disp. att. una parte della dottrina aveva ritenuto che il difensore, proprio perché la norma faceva riferimento al solo indagato e alla persona offesa e non anche all'imputato, non fosse legittimato a presentare direttamente al giudice dell'udienza preliminare gli elementi di prova raccolti: cfr. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa*, cit., 213; VOENA, *La "prova privata": le indagini del difensore e la loro utilizzabilità*, in *La prova penale, Quaderni C.S.M.*, 1997, 98, 67. Mentre coloro che si basavano su un'interpretazione estensiva dell'articolo testé citato ammettevano tale possibilità facendo veicolare il tutto attraverso l'art. 419: così v. FRIGO, *La riforma dell'8 agosto 1995: come viene applicata, come viene discussa. Il dibattito sulle investigazioni difensive*, in *Dir. proc. pen.*, 1995, 1453.

⁴⁷ In argomento v. BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 71; ROMBI, *L'indagine suppletiva del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 409; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 178.

⁴⁸ SCALFATI, *Art. 419*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 1480, il quale ritiene, a differenza dell'organo dell'accusa che è gravato da un obbligo di trasmissione della documentazione ex art. 419 comma 3, che per le altre parti private si possa parlare invece di un onore; ROMBI, *L'indagine suppletiva del difensore*, cit., 415. *Contra* v. MANZIONE-MARZADURI, *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 61, che espressamente si chiedono se casomai da tale previsione «possa evincersi un vero e proprio obbligo di trasmissione; d'altronde, alla crescita dei diritti non può non corrispondere una crescita degli obblighi». V. *infra* § 13.

la discussione secondo la regola prevista dall'art. 421 comma 3, che consente alle parti di utilizzare, per le proprie conclusioni, gli atti e i documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione⁴⁹.

La l. 397/2000, proprio per garantire coerenza al sistema⁵⁰, ha modificato anche l'art. 430 comma 1, riconoscendo così al difensore di poter svolgere l'attività integrativa di indagine che è finalizzata alla formulazione delle richieste al giudice del dibattimento e non deve riguardare atti per i quali è stabilita la partecipazione dell'imputato o del suo difensore.

Il comma 2 però prevede l'immediato deposito della relativa documentazione presso la segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione ed estrarne copia. Sicuramente la locuzione «immediatamente» non può essere interpretata in modo letterale, poiché, se così fosse, si realizzerebbe una *discovery* coatta che mal si concilia con il diritto di difesa. Il pubblico ministero, titolare di una inchiesta pubblica, deve rendere noti gli elementi acquisiti e a tal dovere non può sottrarsi, mentre la difesa ha diritto di scegliere se e quando esternare i risultati delle proprie attività senza essere obbligata a depositare tutti gli elementi raccolti, anche quelli contenenti prove a carico⁵¹. Del resto poi,

⁴⁹ Così SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 66; ROMBI, *L'indagine suppletiva del difensore*, cit., 414.

⁵⁰ Secondo la dottrina tale interpolazione normativa colma una recente lacuna, di non poca evidenza, poiché l'art. 430 *bis*, introdotto dalla l. 479/1999, estende i divieti ivi previsti anche al difensore, a fronte, invece, del solo riferimento al pubblico ministero contenuto nell'art. 430. Se dalla espressa menzione del difensore, contenuta nella prima norma, ne poteva scaturire la legittimazione attiva allo svolgimento delle indagini integrative, rimaneva però un vuoto di tutela che «investiva strumenti, modalità di documentazione ed efficacia probatoria» di tali indagini: VIGONI RAINÒ, *Le nuove prospettive dell'attività d'indagine integrativa*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 417.

⁵¹ CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001, 119, non manca di sottolineare come non si possa ragionevolmente pensare che la semplice titolarità del diritto di investigazione integrativa, determini, in capo al difensore, l'obbligo di produrre i risultati, anche se in conflitto con l'interesse difensivo del proprio assistito; BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 128; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo*, cit., 38, il quale mette in evidenza che se si dovesse accogliere una interpretazione letterale dell'art. 430 comma 2 si dovrebbe riflettere come mai per l'indagine suppletiva il legislatore ha previsto una diversa disciplina; «non si può», afferma l'autore, «immaginare che la documentazione delle indagini svolte il giorno precedente il rinvio a giudizio possa liberamente prodursi se e quando l'avvocato lo ritenga utile mentre quella successiva debba subire una così grave compressione delle opzioni difensive».

non essendoci un'esplicita sanzione, l'inosservanza di tale prescrizione non dovrebbe comportare nessuna conseguenza processuale.

5. Le attività tipiche di investigazione: l'acquisizione di notizie da fonti dichiarative

L'art. 391 *bis* che rappresenta sicuramente il *clou* della novella, tipicizza una triplice modalità di raccolta della fonte dichiarativa: il colloquio non documentato⁵², la ricezione di una dichiarazione scritta preconfezionata, nonché l'assunzione di informazioni. Il difensore, i sostituti, gli investigatori privati autorizzati, e i consulenti tecnici possono, attraverso un colloquio informale⁵³, interloquire con persone che sono in grado di riferire circostanze utili all'attività investigativa. Ciò significa che il difensore e i suoi ausiliari possono conferire con persona in grado di riferire non solo fatti a favore del proprio assistito, ma anche qualsiasi conoscenza, ritenuta utile in vista dell'elaborazione della strategia difensiva. Infatti, in quest'ottica il legislatore ha previsto il colloquio come atto destinato soltanto ad orientare l'inchiesta difensiva: atto propedeutico ad una prosecuzione della linea investigativa, volto, cioè, a saggiare il grado del sapere della persona interpellata e l'utilità delle notizie in suo possesso⁵⁴. Pertanto, il colloquio non è alternativo alla dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni, ma

⁵² Tale attività investigativa viene fortemente criticata dalla dottrina poiché la possibilità di procedere ad un colloquio non documentato determina una disparità tra le parti: la difesa può conferire con le persone informate sui fatti, senza lasciar traccia alcuna, mentre ciò non può fare il pubblico ministero al quale è vietato qualsiasi contatto con potenziali testimoni cui «non segua la cristallizzazione in apposito verbale»: BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 213.

⁵³ La dottrina ritiene che la «peculiarità negativa della non documentazione» del colloquio, non deve essere letta in termini assoluti come se il legislatore avesse codificato un divieto di documentazione, ma è legata alla non rilevanza procedimentale dei suoi risultati. Pertanto nulla vieta al difensore di fare delle annotazioni o appunti sul colloquio: FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 207.

⁵⁴ V. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte e di informazioni nell'ambito dell'attività investigativa del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 156, che sottolinea come nulla vieta al difensore di conferire con diverse persone informate sui fatti per cui si procede e, solo successivamente, decidere di assumere informazioni o di ricevere una dichiarazione scritta da coloro che abbiano fornito, in sede di colloquio, informazioni utili al proprio assistito.

si atteggia come presupposto di esse⁵⁵. Per quanto attiene alle modalità del colloquio, nulla vieta al difensore di realizzare la conversazione attraverso il telefono e le vie telematiche, né il verbo «conferire» suggerisce una diversa conclusione⁵⁶. Anche se la dottrina ha rilevato che, pur non essendo il difensore legato a vincoli di luogo per assumere le informazioni, è preferibile che l'audizione avvenga presso lo studio di quest'ultimo a tutela del suo «decoro e della correttezza dell'atto»⁵⁷.

L'art. 391 *bis* comma 2 prevede, invece, che il difensore o il suo sostituto, e non l'investigatore o il consulente tecnico, possano chiedere alle persone informate una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni: entrambe concepite come tipiche attività formali. La locuzione «dichiarazione scritta» da adito a qualche dubbio interpretativo. Infatti, non è dato capire se essa debba essere redatta dal dichiarante o possa da lui essere unicamente sottoscritta. La dottrina propende per quest'ultima soluzione⁵⁸ e pone a carico del dichiarante il dovere di consegnarla personalmente al difensore, che ha il compito di autentica della firma ai sensi dell'art. 391 *ter* comma 1⁵⁹.

⁵⁵ BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 44; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 41; DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando"*, cit., 12; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 206; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 130, il quale parla del colloquio informale come una modalità di acquisizione di notizie per un impiego puramente interno all'ufficio difensivo che precede l'assunzione di informazioni ovvero il rilascio della dichiarazione scritta; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 227.

⁵⁶ FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 155; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 247.

⁵⁷ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 239.

⁵⁸ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 214, ritiene la dichiarazione un atto complesso poiché tale investigazione non si sostanzia nella sola ricezione dello scritto, ma viene preceduto da una richiesta che può essere fatta verbalmente o per iscritto; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., 251. *Contra v.* FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 160, il quale ritiene che se la materiale redazione «fosse consentita al difensore o ad un suo collaboratore si risolverebbe in una sorta di "verbalizzazione" che finirebbe per ricondurre l'attività nell'ambito dell'ipotesi alternativa dell'assunzione di informazioni». Quindi, continua l'autore, qualora il difensore non si fidi della capacità espositiva del dichiarante deve optare per l'assunzione di informazioni.

⁵⁹ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 215; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., 253, ammettendo, però, la consegna della dichiarazione a mezzo incaricato o attraverso il servizio postale allorché essa contenga

Le informazioni, essendo atti a struttura dialogica nei quali il difensore interloquisce con il dichiarante, sono senza dubbio più funzionali all'impiego procedimentale. Quanto alla loro esecuzione viene assimilata all'istituto dell'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero *ex art.* 362⁶⁰. Dal punto di vista contenutistico l'informazione si presenta come il colloquio non documentato, se ne differenzia solamente per il profilo formale, poiché è assoggettata a determinate modalità di documentazione⁶¹.

Se da un lato, il legislatore non si è preoccupato di specificare in che modo il difensore possa individuare le persone in grado di riferire circostanze utili, dall'altro, invece, ha posto puntuali limiti, di natura soggettiva, con riguardo a coloro che possono essere sentiti. L'art. 391 *bis* comma 1 sancisce il divieto, in capo al difensore, di conferire, a fini investigativi, con il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria e con coloro che nello stesso procedimento hanno svolto o svolgono la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario, nonché con il difensore che ha compiuto l'attività di investigazione difensiva o con chi l'abbia coadiuvato o sostituito nella redazione del verbale *ex art.* 391 *ter*. Poiché l'imputato può essere responsabile civile per il fatto del coindagato, nulla dovrebbe impedire al difensore di assumere da questi informazioni, osservando le maggiori garanzie previste per tali soggetti dal comma 5 dell'art. 391 *bis*. Occorre segnalare che nel rinvio alla cause di incompatibilità, operato dall'art. 391 *bis*, manca il richiamo alla lett. *a* e *b* dell'art. 197. Questo significa che gli imputati nello stesso procedimento o in altro connesso o per un reato collegato⁶² possono essere sentiti dal difensore a condi-

l'autentica effettuata dai soggetti ugualmente legittimati, ma diversi dal difensore, ad esempio il notaio. V. altresì FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 160.

⁶⁰ BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 218, il quale afferma che a tale modello di indagine si fa ricorso quando la fonte dichiarativa è capace di fornire elementi di prova utili all'esercizio del diritto di difendersi provando.

⁶¹ Per la documentazione degli atti della difesa v. *infra* § 9.

⁶² Si è sostenuto che le eventuali notizie *erga alios*, rese da tali soggetti, non comportano il mutamento del loro *status* e, quindi, essi non acquistano la qualità di testimoni, come invece averrebbe se le stesse dichiarazioni fossero rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria. V. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kosteris, Torino, 2002, 167.

zione, però, che il tutto si svolga alla presenza del loro patrocinatore, il quale deve essere avvisato⁶³ del compimento dell'atto almeno con ventiquattro ore di anticipo. Sicché, essendo necessaria la presenza di quest'ultimo⁶⁴, qualora la persona da sentire ne sia priva, spetterà al giudice su richiesta del difensore che procede all'investigazione, nominarne uno d'ufficio⁶⁵.

Il difensore può certamente conferire pure con il giudice, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria per acquisire informazioni circa lo stato delle indagini, non può, invece, avere con loro un colloquio finalizzato all'assunzione di informazioni sull'attività in concreto svolta.

Il legislatore prevedendo l'incompatibilità a prestare l'ufficio di testimone per il difensore⁶⁶ che ha espletato le indagini difensive e per coloro che hanno collaborato alla documentazione delle stesse, lascia aperta la possibilità di intervistarli su circostanze estranee alle investigazioni svolte ovvero qualora non hanno esercitato tale potere. Siffatti soggetti potrebbero apporre il segreto professionale *ex art. 200*, anche se le norme sui segreti non sono state richiamate dall'*art. 391 bis*⁶⁷. Ciò si spiega dal carattere eminentemente volontario della dichiarazione resa al difensore poiché la persona informata ha la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione. Allo stesso modo si giustifica la mancanza del richiamo dell'obbligo di avvertire i prossimi

⁶³ La dottrina evidenzia che l'avviso deve essere fatto tramite raccomandata, anche se esso può essere inoltrato a mezzo fax con conferma telefonica. Regole deontologiche, poi, impongono di concordare con il collega tempi, modi e luoghi del colloquio investigativo: così BOVIO, *L'attività espletabile*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 179.

⁶⁴ La presenza del difensore della persona coindagata interpellata ha lo scopo di evitare che la stessa faccia delle incontrollate ammissioni a sé sfavorevoli che possono poi confluire nel processo che la riguarda. V. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 113; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 169.

⁶⁵ Le regole deontologiche – art. 10 comma 4 – prevedono, in relazione all'*art. 391 bis* comma 5, che venga concesso un termine non inferiore a quello previsto dall'*art. 108* nel caso di nomina del difensore d'ufficio, qualora quest'ultimo ne faccia richiesta.

⁶⁶ Tale previsione costituisce un *novum* assoluto per il nostro ordinamento giuridico cfr. RANIERI, *L'incompatibilità a testimoniare del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 117.

⁶⁷ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 181; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 13, il quale ritiene che l'incompatibilità *de qua* comprende anche l'ipotesi in cui il «difensore si sia limitato a chiedere un documento alla pubblica amministrazione»; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, 14.

congiunti dell'imputato della facoltà di astenersi dal deporre *ex art.* 199 che, tuttavia, deve ritenersi applicabile⁶⁸ proprio perché attiene ad un principio di carattere generale⁶⁹, che esplica la sua funzione in tutti i casi in cui le dichiarazioni di tali soggetti assumono rilevanza processuale e, pertanto, anche nelle investigazioni difensive.

Nessun limite soggettivo è previsto, invece, per l'assunzione di informazioni da persona detenuta informata sui fatti, anche se il "contatto" può intervenire solo dopo che il patrocinatore si sia munito di una specifica autorizzazione, rilasciata dal giudice precedente⁷⁰, «sentiti il suo difensore e il pubblico ministero». Pertanto, il difensore della persona detenuta deve, alla stessa stregua del pubblico ministero, essere obbligatoriamente consultato dal giudice precedente affinché esprima un parere, che tuttavia non è vincolante⁷¹. Peraltro, non ha nessun diritto di presenziare al colloquio o all'eventuale assunzione di informazioni⁷². Se nei confronti della stessa persona in *vinculis* pendono più procedimenti occorreranno tante autorizzazioni quanti sono i titoli giustificativi della detenzione⁷³. La norma non distingue poi né titolo,

⁶⁸ GUALTIERI, *Le investigazioni difensive*, cit., 133.

⁶⁹ Cfr. SPANGHER, *Art. 199*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 455, il quale ritiene che la facoltà *ex art.* 199 è ispirata all'esigenza di salvaguardare i vincoli affettivi che attengono ai rapporti familiari e a non determinare un contrasto tra il dovere di dire la verità e quello morale di non arrecare un danno al soggetto cui si è legati.

⁷⁰ Se l'azione penale non è stata esercitata competente a rilasciare tale autorizzazione è il giudice per le indagini preliminari, mentre durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza. Tale previsione è l'espressione di un principio generale che comporta, a tutela delle esigenze dello *status detentionis*, che l'attività di «gestione (...) della custodia cautelare in carcere o della carcerazione per espiazione di pena spetta (...) agli organi giurisdizionali»: così TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 170. Per il contenuto, natura e potere del giudice in ordine all'ammissibilità della domanda e opportunità dell'atto v. FURGUUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 180. Cfr. altresì TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 271.

⁷¹ I pareri potrebbero integrarsi come semplici nulla-osta apposti in calce ad una comunicazione informativa: così DEAN, *Art. 391 bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, 2^a ed., II, Milano, 2001, 336.

⁷² BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 211; DEAN, *Art. 391 bis*, cit., 336; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 73. *Contra* v. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 113, per il quale la presenza del difensore nel caso in questione si configura come obbligatoria alla stregua dell'art. 391 *bis* comma 5, poiché in entrambi i casi si deve tutelare il soggetto interrogato che non deve essere esposto a nessun nocumento alla propria posizione.

⁷³ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 211.

né modalità della detenzione. Pertanto, essa viene in gioco oltre che per la custodia cautelare e per l'esecuzione di pena, nell'ipotesi di misura di sicurezza detentiva, nonché in relazione agli arresti domiciliari ovvero in luogo di cura. Pur essendo improbabile che la persona detenuta venga sentita senza la previa autorizzazione, qualche perplessità sorge nel caso che ciò si realizzi nei confronti della persona agli arresti domiciliari ovvero in detenzione domiciliare, poiché nessun controllo è previsto e l'attuale normativa non consente di ritenere inutilizzabili le informazioni raccolte ed eventualmente documentate in violazione della prescrizione. Infatti, l'art. 391 *bis* comma 6 ricollega la sanzione *de qua* alla violazione delle disposizioni «di cui ai commi precedenti» con esclusione del comma 7⁷⁴. Non è mancato chi ha sostenuto che la norma in esame sia espressione di un divieto sanzionato in via generale dal disposto dell'art. 191⁷⁵.

La persona offesa dal reato può essere liberamente contattata⁷⁶, anche se è improbabile che la stessa fornisca elementi *pro reo*⁷⁷. La dottrina ha fortemente criticato la scelta legislativa di consentire un simile contatto senza prevedere che tale soggetto possa essere assistito dal proprio difensore⁷⁸. A colmare la lacuna interviene il codice deontologico ove si prevede che il legale della persona offesa debba essere avvisato prima del compimento dell'atto e, se la parte ne è priva, invitarla a nominare un difensore che possa partecipare (art. 6 codice deontologico)⁷⁹.

Infine, un ulteriore limite soggettivo applicabile sia all'attività investigativa del pubblico ministero, sia a quella del difensore è quello co-

⁷⁴ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 211, secondo cui si tratta di una svista alla quale non è possibile porre rimedio, considerando il principio di tassatività vigente in materia; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3501.

⁷⁵ PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 74.

⁷⁶ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 212; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 87; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 206; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3498.

⁷⁷ BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42; MAGI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001, 53.

⁷⁸ GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Milano, 2001, 139; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, cit., 9; TRIGGIANI, *La legge 7 dicembre 2000*, n. 397 («Disposizioni in materia di indagini difensive»): *prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, 2272.

⁷⁹ Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive, approvate dalla Giunta con delibera del 16 gennaio 2001.

stituito dal divieto di assumere informazioni⁸⁰ dalla persona indicata nella richiesta di incidente probatorio, nelle liste testimoniali di cui all'art. 468, ovvero nel provvedimento che dispone *ex officio* l'audizione ai sensi degli artt. 422 e 507 (art. 430 *bis*). Si tratta, tuttavia, di un limite che è destinato a cessare dopo l'assunzione della prova ovvero se questa non è ammessa o non abbia luogo.

Comunque l'indagato, la persona offesa nonché le altre parti private non possono presenziare all'assunzione di informazioni effettuate dal proprio difensore: si tutela così la genuinità del risultato, poiché la compresenza del soggetto interessato al procedimento potrebbe interferire nello svolgimento dell'atto⁸¹. Naturalmente tale prescrizione, attesa la sua funzione di garanzia, che ha portata generale, deve operare in relazione a tutti e tre i modelli di acquisizione di notizie e non concernere solo l'assunzione di informazioni⁸². Non va poi trascurato che sul piano processuale la norma integra una «sbiadita *lex imperfecta*»⁸³: la sanzione dell'inutilizzabilità sancita nell'art. 391 *bis* comma 6

⁸⁰ L'espressione va intesa in senso ampio, comprensiva, cioè, anche del mero colloquio informale nonché del rilascio della dichiarazione scritta. Cfr. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 182; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 131.

⁸¹ DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 200; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 69; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 82, il divieto, afferma l'autore, potrebbe interdire addirittura i confronti tra futuro testimone e una o più persone indicate nella norma e ciò sempre per evitare che il soggetto fornisca informazioni più emotive che veritiere; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 305.

⁸² In tal senso v. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 46; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 101; MICONI, *Le indagini soggettive. Interrogatori, sommarie informazioni, confronti e individuazioni nell'investigazione penale*, Appendice di aggiornamento, Torino, 2001, 7; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3502; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 69. *Contra* v. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 200; SPANGHER, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 206; VENTURA, *Falsa documentazione di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 896. Cfr., altresì, DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14, il quale si meraviglia che tale divieto non si estenda *expressis verbis* anche al colloquio informale ove «i rischi di possibili compromissioni» anche se non immediatamente percepibili, stante l'assenza di ogni formalità documentativa, «si amplificano, in chiave prospettica, scaricandosi su ogni eventuale futuro accesso al sapere della potenziale fonte di prova».

⁸³ DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14.

non si estende all'inosservanza della disposizione di cui al comma 8 poiché ha il suo raggio di azione fino alle disposizioni menzionate dai commi 1 a 6 dell'art. 391 *bis*⁸⁴.

6. (Segue) *Gli avvertimenti alla persona contattata*

L'art. 391 *bis* comma 3 impone al difensore e agli altri soggetti legittimati a svolgere le indagini l'adempimento di alcune formalità propeedeutiche al colloquio, all'assunzione di informazioni e alla ricezione della dichiarazione scritta. La serie di avvertimenti analiticamente⁸⁵ indicati si sono resi necessari per consentire al materiale raccolto dalla difesa di accedere al procedimento con un grado di attendibilità pari a quello della pubblica accusa.

Innanzitutto, il difensore deve avvertire l'interlocutore della propria qualità e dello scopo del colloquio. *Ratio* di tale avvertimento è di fornire all'intervistato tutti gli elementi per decidere, consapevolmente, se acconsentire al compimento dell'atto. Non è necessario spendere il nome della persona assistita, né esibire il mandato, né tanto meno informare il "contattato" dell'esistenza di un procedimento penale⁸⁶. È essenziale, invece, che i destinatari manifestino se intendo-

⁸⁴ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 212, che si stupisce della poca logica della disciplina che, da un lato, vieta a determinati soggetti di presenziare all'atto, dall'altro, richiede di indicare nel verbale, a seguito del rinvio operato dall'art. 391 *ter* all'art. 136, che documenta le dichiarazioni raccolte, di indicare le generalità delle persone intervenute al colloquio, ma, al tempo stesso, non prevede nessuna invalidità per l'inosservanza delle prescrizioni *de quibus*; DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando"*, cit., 14.

⁸⁵ La dottrina ha messo in luce che l'eccessivo numero degli avvertimenti previsti dal legislatore possa, però, disincentivare i possibili detentori del sapere a collaborare con i soggetti della difesa: CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 108; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 197, anche se, l'autore, ben sottolinea che «una disciplina, per quanto cauta e per certi profili di non agevole praticabilità, costituisca un apprezzabile progresso rispetto all'indeterminatezza di quella anteriore»; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3499.

⁸⁶ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 214; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 187; FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 170; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 146; RANDAZZO, *Casi e quesiti*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 310. *Contra v.* BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 176; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 42, il quale, però, sottolinea che la legge non impone al difensore di esibire il mandato anche se è difficile negare che la persona contattata

no semplicemente conferire o assumere informazioni, indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione. Se a procedere è il difensore o il suo sostituto è possibile scegliere tra i tre modelli, se invece sono gli investigatori o i consulenti tecnici è consentito solo il colloquio documentato. Ne consegue che nel primo caso è necessario dare l'avvertimento di cui alla lett. *b* dell'art. 391 *bis* comma 3, nel secondo gli interessati possono soltanto «palesare che intendono conferire»⁸⁷. Non è mancato, però, chi ha sottolineato come la norma sembra imporre al difensore una scelta *a priori* della tipologia da seguire per lo svolgimento del colloquio tra quelle disciplinate dall'art. 391 *bis* commi 1 e 2, anche se non è in grado di sapere il bagaglio conoscitivo della persona invitata⁸⁸. Tuttavia, è prevedibile che l'avvertimento sarà generico o conterrà formule alternative tali da consentire, una volta optato per il colloquio non documentato, di procedere o all'assunzione di informazioni ovvero alla ricezione di dichiarazioni scritte.

Il terzo avviso rende edotta la persona interpellata dell'obbligo di riferire se è indagata o imputata nello stesso procedimento o in altro connesso o per un reato collegato. La previsione è strettamente legata alle speciali disposizioni che regolamentano i contatti con tali soggetti (art. 391 *bis* comma 5)⁸⁹ e, pertanto, presuppone che la persona abbia acquisito la qualità formale di indagato, con la conseguenza che non opererà nell'investigazione difensiva preventiva *ex art. 391 nonies* ove lo stesso difensore non è a conoscenza dell'esistenza di un procedimento a carico del proprio assistito⁹⁰. Certamente siffatto obbligo, in capo all'interlocutore, non rassicura sulla veridicità della risposta in quanto presuppone, *in primis*, che la persona interrogata sappia di essere indagata e, secondariamente, che sia in grado di comprendere il

possa prenderne visione; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 252; alla stessa stregua v. anche IADECOLA, *Le nuove indagini investigative da parte dell'avvocato*, in *Giur. merito*, 2001, 561.

⁸⁷ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 189; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 287.

⁸⁸ PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 63.

⁸⁹ Per l'analisi si v. *retro* § 5.

⁹⁰ FURGUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 171, il quale evidenzia che se successivamente emerge che la persona contattata si trovasse nella condizione di cui all'avvertimento, il mancato rispetto della previsione prevista dell'art. 391 *bis* comma 5 non può essere sanzionato con l'inutilizzabilità *ex art. 391 bis* comma 6. Infatti, sostiene, l'autore, «tale sanzione presuppone la violazione di una delle precedenti disposizioni, che nel caso in questione non si sarebbe verificata».

significato tecnico di «procedimento connesso» e «di reato collegato»⁹¹.

Di gran lunga più importante è la necessità di informare la persona contattata della facoltà di non rispondere ovvero di non rendere dichiarazioni. Nonostante la locuzione alquanto approssimativa, il diritto al silenzio opera indistintamente per tutti e tre i modelli di acquisizione di notizie e può essere generale o relativo a singole domande⁹². D'altronde, la libertà di non rispondere non è mai stata posta in dubbio negli ordinamenti in cui le investigazioni del difensore costituiscono una tradizione⁹³. *Ratio legis* di tale facoltà è quella di non consentire a chi esercita il diritto di difesa di avere una posizione di supremazia rispetto ai potenziali intervistati⁹⁴. Importante è, comunque, documentare il rifiuto poiché ciò consentirà al difensore di adire l'autorità giudiziaria⁹⁵.

Gli ultimi avvertimenti necessari riguardano sia il divieto di rivelare le domande formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date, sia le responsabilità penali conseguenti alle false dichiarazioni con specificazione della sanzione comminata dall'art. 371 *ter* c.p. La prima preclusione, speculare alle modifiche apportate all'art. 362, trova la sua ragion d'essere nella segretezza delle indagini preliminari⁹⁶. Il divieto ovviamente non impedisce all'intervistato di ri-

⁹¹ Così CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 110.

⁹² Secondo FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 173, è legittimo rifiutare di rispondere dopo aver acconsentito a farlo. V., anche, FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 194.

⁹³ FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, cit., 433.

⁹⁴ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 195; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 64.

⁹⁵ La legge non stabilisce peraltro in capo al difensore l'obbligo di informare il soggetto circa la possibilità di richiedere la sua audizione al pubblico ministero o al giudice qualora optasse per la facoltà di non rispondere. Per l'analisi v. *infra* § 8. Sull'opportunità di tale avvertimento v., BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 178; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 44; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 197.

⁹⁶ V. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 44; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 197; GARUTI, *Il divieto di chiedere informazioni o notizie sull'attività investigativa dell'avversario*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 131. *Contra* v. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 174, il quale afferma che vi è una logica comune sottesa alle previsioni di cui agli artt. 362 e 391 *bis* comma 6 che è quella di «impedire interferenze nelle indagini condotte da entrambe le parti; nel senso che le attività svolte debbano procedere su binari paralleli e non possono essere

petere al difensore le dichiarazioni già rese al pubblico ministero in risposta a sue domande autonome⁹⁷.

7. Le dichiarazioni indizianti

Il comma 9 dell'art. 391 *bis*, ricalcando il disposto dell'art. 63, impone al difensore o al sostituto di interrompere l'assunzione di informazioni da parte della persona non imputata o non indagata, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese⁹⁸. L'operatività di tale disposizione è esclusa sia nel colloquio informale in quanto non è documentato e può essere condotto anche dal consulente tecnico e dall'investigatore privato, sia nella ricezione di dichiarazioni poiché essa non è passiva di nessuna interferenza difensiva, con la conseguenza che la responsabilità della stessa ricade interamente sul soggetto che l'ha sottoscritta⁹⁹.

In proposito, però, suscita qualche perplessità il non aver riprodotto nel comma 9 dell'art. 391 *bis* il contenuto del comma 2 dell'art. 63, in base al quale se la persona doveva essere sentita fin dall'inizio in qualità di imputato o indagato, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate. Forse l'omissione si giustifica considerando che il dichiarante è tenuto ad informare il difensore se è indagato o imputato nello stesso procedimento o in altro connesso o collegato, per cui non è imputabile all'investigatore la mancata attuazione delle garanzie difensive fin dall'inizio dell'ipotetico colloquio. La dottrina¹⁰⁰, tuttavia,

strumentalmente finalizzate a conoscere ed interferire sulle iniziative adottate dall'altra parte». Sull'inosservanza dell'avviso *ex art.* 391 *bis* comma 3 lett. *e* in giurisprudenza v. Trib. Bari, 12 marzo 2001, in *Giur. merito*, 2001, 685.

⁹⁷ GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 71; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 147; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 249.

⁹⁸ Da tale divieto si desume che esse possono essere utilizzate nei confronti dei terzi: così BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 183.

⁹⁹ PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 32, il quale evidenzia che non può essere casuale l'utilizzo della locuzione «informazioni» nel contesto della formula «interrompono l'assunzione di informazioni»; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 69. Per la tesi estensiva v. SCAPARONE, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 512.

¹⁰⁰ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 210; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 46; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 82.

ritiene applicabile anche al difensore le prescrizioni *ex art.* 63 comma 2. Del resto, ai sensi dell'art. 391 *bis* commi 5 e 6 le dichiarazioni provenienti dall'indagato o imputato senza la presenza del suo difensore sono comunque inutilizzabili.

Non può, peraltro, trascurarsi che il difensore non è, di regola, in possesso di un bagaglio conoscitivo sufficiente per formulare una simile valutazione, non essendo previsto che esso venga informato delle acquisizioni procedurali del pubblico ministero. Pertanto la norma è stata dettata più per esigenze di simmetria che per una effettiva tutela del diritto a *non edere contra se*.

8. Il rifiuto di rispondere: la richiesta di audizione o di incidente probatorio

Nell'attribuire ai soggetti contattati dal difensore la facoltà di non rispondere, il legislatore si è preoccupato, per evitare il rischio di inopportune dispersioni di materiale utile ai fini dell'esercizio del difendersi provando, di predisporre degli strumenti che consentano al difensore di acquisire comunque le informazioni. Pertanto, quando la persona informata sui fatti, ovvero il potenziale testimone, interpellata si sia rifiutata di rendere dichiarazioni, il difensore può chiedere al pubblico ministero¹⁰¹ di disporre l'audizione. La norma non si applica quando la fonte dichiarativa è una persona sottoposta ad indagini o imputata in un diverso procedimento *ex art.* 210, ove l'unica possibilità in capo al difensore per modificare l'atteggiamento silente di tale soggetto è quella di instaurare l'incidente probatorio.

La disposizione *de qua* opera anche nell'ipotesi in cui il rifiuto di collaborazione attiene al colloquio non documentato non essendoci

¹⁰¹ Non è chiaro se il pubblico ministero può o meno delegare alla polizia giudiziaria il compimento dell'atto. In senso favorevole v. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 104; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 88; MENNA, *Art. 11 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2003, 123; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 313. *Contra* v. MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 65, per il quale proprio perché non c'è nessuna previsione espressa in tal senso e data la particolare natura dell'atto non rientra tra quelli delegabili *ex art.* 370; PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, cit., 36.

nessuna preclusione in merito¹⁰², mentre non è esperibile allorché il difensore stia procedendo ad attività di investigazione preventiva¹⁰³.

Una interpretazione rigida del presupposto necessario per sollecitare il pubblico ministero *ex art. 391 bis* comma 10, e cioè l'esercizio della facoltà di non rispondere¹⁰⁴, comporta, nell'ipotesi in cui la persona convocata dal difensore non si sia presentata, la preclusione al ricorso all'audizione coatta, poiché non si tratta di un caso di rifiuto di rispondere¹⁰⁵.

L'audizione deve essere fissata entro sette giorni dalla richiesta avanzata dal difensore¹⁰⁶ e l'organo dell'accusa è tenuto a darvi corso senza la possibilità di respingerla o dichiararla inammissibile¹⁰⁷, anche

¹⁰² Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 160; *contra v.* GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 51; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3222.

¹⁰³ L'art. 391 *nonies* esclude che tale attività possa avere ad oggetto atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria.

¹⁰⁴ *V. retro § 6.*

¹⁰⁵ La dottrina è concorde nel ritenere esperibile in tal caso i congegni previsti nei commi 10 e 11 dell'art. 391 *bis*. *V.* BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale*, cit., 3222; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 161; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 75. Non altrettanto pacifica, invece, è la possibilità di ricorrere al pubblico ministero o al giudice quando l'intervistato ometta di rispondere a singole domande. In senso favorevole *v.* TONINI, *Manuale di procedura penale*, 3^a ed., Milano, 2001, 484, per il quale, diversamente opinando, «una persona, che rispondesse soltanto a domande di scarso valore probatorio e rifiutasse di rispondere a quesiti fondamentali, potrebbe impunemente compromettere il diritto alla prova spettante alla difesa»; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 315; *contra v.* FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 231.

¹⁰⁶ Istanza che non sembra vincolata da nessun limite temporale e, pertanto, è proponibile nell'intera fase processuale: così FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 230. *Contra* BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., 47, l'autore, a sostegno della sua tesi, evidenzia che l'audizione si pone come alternativa all'incidente probatorio che si colloca necessariamente nella fase delle indagini preliminari.

¹⁰⁷ Fortemente critico è CORDERO, *Procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2003, 897, il quale ammette che «sarebbe meglio lasciargli decidere se l'atto richiesto sia utile, salvo reclamo al giudice contro il provvedimento negativo»; *v.*, anche, CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 113, che afferma la necessità che la richiesta sia in qualche modo motivata sull'*an* e sul *quomodo*; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 64, che pur ritenendo la meccanicità della formula *legis*, nulla vieta al pubblico ministero di non accogliere la richiesta qualora vi sia un difetto di rilevanza «non potendo costringere un soggetto pro-

se la norma non stabilisce alcuna sanzione in caso di inerzia del pubblico ministero¹⁰⁸. Non essendo, inoltre, previsto nessun mezzo di impugnazione avverso il diniego di procedere all'audizione, la violazione dell'obbligo, tutt'al più, potrebbe rilevare in sede disciplinare *ex art.* 124. La sola ragione che legittimerebbe l'organo dell'accusa a porre il veto alla richiesta difensiva è l'aver esercitato il potere di segretezza *ex art.* 391 *quienquies*¹⁰⁹.

Quanto alle modalità di esecuzione, la norma precisa che, nonostante il silenzio, l'audizione deve avvenire alla presenza del difensore o del suo sostituto, il quale dovrà svolgere le domande per primo. Da ciò si ricava che al pubblico ministero è consentito interloquire in seconda battuta¹¹⁰. Nulla vieta poi all'organo dell'accusa di ripetere la medesima attività investigativa in maniera autonoma: infatti, all'art. 391 *bis* comma 10 nessuna preclusione è prevista in tal senso¹¹¹.

L'esame davanti al pubblico ministero, c.d. «audizione in condominio»¹¹², non avendo nulla delle caratteristiche proprie delle investigazioni difensive, rappresenterebbe, solamente, un ritorno alla teoria della canalizzazione sul pubblico ministero dell'attività investigativa del difensore¹¹³.

In alternativa¹¹⁴ all'audizione da parte del pubblico ministero, il

cessuale a cooperare alla formazione di un atto del tutto estraneo dai limiti conoscitivi che orientano qualunque potere di ricostruzione (*ex art.* 187 c.p.p.).».

¹⁰⁸ L'inerzia o il rigetto della richiesta, al di fuori dell'ipotesi di segretezza, consente al difensore di ricorrere all'altra alternativa contemplata nel comma 11: così BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 104; BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 184, il quale addirittura ritiene che se il termine di sette giorni è decorso inutilmente, il difensore potrà revocare la scelta effettuata e optare per l'incidente probatorio; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 162; *contra* cfr. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 190.

¹⁰⁹ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 229; FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 189; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 161.

¹¹⁰ Parlano di «una strana *cross-examination* senza giudice», NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, 13, e PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, cit., 35.

¹¹¹ Sicuramente è da ritenere che il *dominus* dell'azione penale privilegi tale possibilità: cfr. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 228; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3504.

¹¹² Così PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, cit., 34.

¹¹³ DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando"*, cit., 15.

¹¹⁴ Di alternativa si può solo parlare in relazione al potenziale testimone poiché

difensore può chiedere al giudice per le indagini preliminari che si proceda con incidente probatorio. L'istituto *de quo* è totalmente sganciato dal requisito della non rinviabilità o irripetibilità dell'atto: la difesa dovrà semplicemente dimostrare che la fonte dichiarativa ha esercitato il suo diritto di non rispondere. Ciò lo si desume dalla locuzione «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392 comma 1» utilizzata dal legislatore nell'art. 391 *bis* comma 11.

È una ennesima dilatazione dei casi di incidente probatorio, potendo, peraltro, essere richiesto anche dalla persona offesa che nell'ipotesi ordinaria ha soltanto un "potere di sollecitazione". La richiesta di incidente probatorio non deve contenere tutti i requisiti che l'art. 393 menziona quant'anche a pena di inammissibilità. Infatti, mentre si dovrà indicare l'atto di indagine da svolgere con la relativa prova dell'esercizio della facoltà di non rispondere del soggetto depositario di notizie, non sarà necessario, invece, specificare le ragioni della sua rilevanza per la decisione dibattimentale poiché l'istituto *de quo*, sostituendo l'atto investigativo che non si è potuto compiere, dovrebbe conformarsi non già alle future esigenze del dibattimento ma a quelle attuali dell'investigazione difensiva¹¹⁵.

L'assunzione della prova richiesta avviene secondo le regole generali *ex art.* 401 comma 5, il che comporta che l'escussione della fonte verrà condotta dal difensore che l'ha richiesta, spettando al pubblico ministero il controesame¹¹⁶.

Dubbia, inoltre, è l'applicazione all'istituto *de quo* della disposizione dell'art. 397 e cioè il potere del pubblico ministero di chiedere il differimento: ciò sarebbe ammissibile solo se tale organo ha segreto la fonte¹¹⁷.

nel caso di persona indagata o imputata in un procedimento connesso o collegato, questa è l'unica strada percorribile.

¹¹⁵ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 233; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 165. In senso difforme v. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 193, il quale sostiene che il richiamo operato dal comma 11 va inteso in *toto*, «con la sola esclusione espressa, menzionata nel comma 11 dell'art. 391 *bis* c.pp» e cioè ad eccezione della spiegazione della non rinviabilità al dibattimento; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 87.

¹¹⁶ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 233, il quale ritiene che non trova applicazione la disposizione dell'art. 401 comma 5 secondo periodo poiché il difensore della persona offesa che ha richiesto l'incidente probatorio deve essere legittimato a condurre l'esame.

¹¹⁷ Così FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 234; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 166.

Ugualmente estraneo alla finalità propria dell'incidente probatorio richiesto ai sensi del comma 11 dell'art. 391 *bis*, è il potere del giudice di operare l'estensione soggettiva *ex art.* 398 comma 2 lett. *b* in base alle osservazioni del controinteressato¹¹⁸.

Secondo parte della dottrina¹¹⁹ la previsione del comma 11 potrebbe essere soggetta al vaglio di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost., non avendo il pubblico ministero la stessa opportunità di accedere all'acquisizione anticipata della prova al di fuori dei casi stabiliti dall'art. 392. Altra parte, viceversa, sostiene che profili di illegittimità costituzionale si potrebbero ipotizzare in relazione agli artt. 24 e 111 Cost. poiché il legislatore non ha previsto nessun controllo del provvedimento giudiziale di rigetto della richiesta di incidente probatorio¹²⁰.

9. La documentazione delle dichiarazioni ed informazioni

Il legislatore ha disciplinato due differenti modalità di documentazione esperibili solo dal difensore o dal suo assistito non anche dall'investigatore¹²¹: l'una innovativa – la dichiarazione scritta – l'altra omologabile alle forme del verbale giudiziario¹²².

La dichiarazione scritta¹²³, redatta dal soggetto che la rende e da

¹¹⁸ Così GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 168; in giurisprudenza v. Trib. Palermo, 25 febbraio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, 308.

¹¹⁹ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 216; LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il «modello perduto»*, in *Quest. giust.*, 2001, 1104. *Contra* v. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 232; FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 193; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 484.

¹²⁰ FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 235; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 171, il quale mette in evidenza tale possibilità soprattutto alla luce della giurisprudenza del giudice di legittimità che non ammette il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza *ex art.* 391 *bis* comma 11, sia per il principio di tassatività delle impugnazioni, sia per l'incompatibilità di tale gravame con le esigenze di speditezza che impernia l'istituto *de quo*: Cass., sez. III, 9 aprile, 2002, Mondatori, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, 397.

¹²¹ DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale*, cit., 3222.

¹²² Le due alternative si giustificano, secondo alcuni, dalla necessità del difensore di tenersi distante dai rischi derivanti dall'attività di verbalizzazione: così MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 60.

¹²³ Secondo CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 114, il contenuto della dichiarazione è a forma libera, in quanto i requisiti pro validità sono riferiti alla sola relazione allegata, tuttavia, ai fini pratici, «requisiti come la data, le generalità del di-

questi sottoscritta, deve essere autenticata dal difensore¹²⁴ o da un suo sostituto per certificarne la provenienza soggettiva. Atto proprio del difensore è, invece, la relazione alla quale la dichiarazione va allegata formando così nell'insieme un atto complesso¹²⁵, ove risultano le circostanze di luogo, di tempo, di modo e l'oggetto della dichiarazione. Il suo contenuto è analiticamente descritto dal comma 1: data della ricezione della dichiarazione¹²⁶, generalità del difensore e di colui che rende la dichiarazione, fatti sui quali verte la dichiarazione, nonché l'attestazione di aver rivolto al dichiarante gli avvertimenti di cui all'art. 391 *bis* comma 3¹²⁷.

I fatti non possono che essere quelli contenuti nella dichiarazione e la sua *ratio* consiste semplicemente nel fissarne i punti essenziali in chiave di pertinenza poiché potrebbe contenere elementi di scarsa rilevanza, trattandosi di una narrazione non filtrata da specifiche domande¹²⁸.

chiarante, l'attestazione di aver ricevuto gli avvertimenti potranno essere indicati nella premessa per armonizzarli con la relazione, che resta un atto giuridico distinto, che la legge non specifica come cronologicamente contestuale».

¹²⁴ Per PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 84, oggetto dell'attività certificatoria non è solo la sottoscrizione ma anche la dichiarazione; secondo BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 217, l'autenticazione del difensore, però, assume solo il carattere di attestazione del fatto dell'avvenuta dichiarazione non quindi della corrispondenza al vero dei suoi contenuti; cfr., anche, CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 104.

¹²⁵ Così F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2003, 143.

¹²⁶ La data normalmente coincide con quella di autentica della sottoscrizione, cfr. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 216.

¹²⁷ V. *retro* § 6. La giurisprudenza ha rilevato che non vi sono modalità specifiche previste dalla legge per documentare gli avvisi *ex art.* 391 *bis* comma 3. Infatti, la disciplina codicistica non richiede che i verbali redatti dal difensore contengano l'analitica enunciazione dei singoli avvertimenti di legge. Al contrario, quel che rileva ai fini dell'utilizzazione delle informazioni assunte è che siano stati effettivamente dati gli avvertimenti di cui al comma 3 dell'art. 391 *bis* e «l'attestazione data in tal senso, in assenza di norme che dispongano formule sacramentali, è sicuramente idonea a rendere l'atto utilizzabile»: Cass., sez. II, 14 novembre 2002, Mancuso, in *C.E.D. Cass.*, n. 223509. *Contra v.*, di recente, per la documentazione in modo analitico degli avvertimenti Cass., sez. III, 15 luglio 2003, Larghezza, in *C.E.D. Cass.*, n. 227390; Cass., sez. fer., 25 luglio 7 2003, Jovanovic, in *C.E.D. Cass.*, n. 228394. La dottrina ritiene che se la richiesta di rilasciare la dichiarazione è stata fatta con atto scritto, ove sono stati indicati tutti gli avvertimenti *de quibus*, è sufficiente richiamarla: così FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 216.

¹²⁸ F. SIRACUSANO, *Art. 11 l.397/2000*, cit., 142; FRIGO, *L'indagine difensiva da*

Il legislatore non ha previsto nessuna conseguenza per il non rispetto delle forme richieste per la documentazione se non relativamente alla mancata attestazione di aver rivolto gli avvertimenti *ex art. 391 bis* comma 3, che dovrebbe integrare, oltre ad un illecito disciplinare, anche l'inutilizzabilità della dichiarazione ricevuta e ciò ai sensi dell'art. 391 *bis* comma 6. Pertanto l'inosservanza delle disposizioni di cui alle lett. *a*, *b* e *d* dell'art. 391 *ter* comma 1 si risolve in una mera irregolarità non sanzionabile disciplinarmente, con ricadute soltanto sull'attendibilità dell'atto.

Quanto alle informazioni assunte oralmente a norma dell'art. 391 *bis* comma 2 esse sono documentate dallo stesso difensore o da un suo sostituto, il quale può, per la materiale redazione dell'atto, avvalersi di persone di propria fiducia¹²⁹ senza però mutare, in tal caso, la paternità dell'atto che resta sempre del difensore o del suo sostituto. Ciò significa che tale «assistente» non è figura speculare all'ausiliario collaboratore dell'autorità giudiziaria e può essere assimilata a quella del personale tecnico previsto dall'art. 135 comma 2. Per questi soggetti come per il difensore e il sostituto scattano le incompatibilità a testimoniare indicate dall'art. 197 lett. *d*.

Proprio nella consapevolezza che il rigore delle forme garantisce la genuinità della documentazione e l'eguale valore processuale degli atti compiuti della difesa e dell'autorità giudiziaria, il comma 3 dell'art. 391 *bis* rende applicabile all'ufficio di difesa, in quanto compatibili, le disposizioni dettate in materia di documentazione degli atti dagli artt. 134-142¹³⁰. È evidente, però, che tale richiamo ha contenuto precetti-

fonti dichiarative, cit., 217, il quale, dopo aver evidenziato la non facile individuazione dello scopo di tale indicazione, sostiene che «l'indicazione dei fatti» è un ulteriore elemento identificativo della dichiarazione al «fine di poterla inequivocabilmente collegare alla relazione, cui deve poi essere allegata».

¹²⁹ La legge non ha previsto per tali soggetti nessun requisito soggettivo di idoneità. Sicuramente saranno persone appartenenti allo studio legale o persone legate al difensore da un particolare rapporto fiduciario. Cfr. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 217. Secondo BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 189, in tale categoria sono inclusi anche l'investigatore autorizzato e il consulente tecnico.

¹³⁰ Anche se il rinvio è solo alle norme del codice è logico estenderlo alle disposizioni di attuazione, in quanto applicabili. Cfr. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 222, il quale afferma che la scelta del legislatore di prevedere per l'atto di indagine la sola forma dell'autodocumentazione è troppo rigida poiché sarebbe stato preferibile consentire anche una eterodocumentazione da affidare ad un notaio, al segretario comunale o altro soggetto qualificato, fermo restando la paternità dell'atto in capo al difensore. *Contra v.* BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 217.

vo e non di semplice decalogo di consigli per il difensore, anche se calibrato sulle innegabili diversità soggettive dei protagonisti. Il rinvio alle norme generali sulla documentazione va inteso, pertanto, con riguardo alle modalità, ai contenuti e alla sottoscrizione. Il recupero delle modalità di documentazione previste per il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, però, concerne solo il verbale e le operazioni tecniche di riproduzione fonografica ed audiovisiva, e non l'annotazione, cioè quella particolare forma di documentazione simile al verbale ma meno garantita¹³¹ che il legislatore disciplina per gli atti di indagini a contenuto semplice o di limitata rilevanza¹³².

Nessun problema di adattabilità pone l'art. 134 che disciplina le modalità di documentazione: alla documentazione delle informazioni provenienti dalla fonte dichiarativa si procede mediante verbale redatto in forma integrale o riassuntiva¹³³ con la stenotipia o con altro strumento meccanico, ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, con la scrittura manuale. Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva è effettuata anche la riproduzione fonografica, mentre il ricorso alla riproduzione audiovisiva è imposto ove appaia assolutamente indispensabile e qualora le altre modalità di documentazione siano ritenute insufficienti.

Sembra opportuno, pur non essendoci un obbligo in tal senso, che si proceda sempre alla fonoregistrazione sia per una maggiore attendibilità della documentazione, sia per tutelarsi verso dubbi sulla correttezza ed integrale raccolta delle informazioni¹³⁴.

Il verbale dovrà contenere i riferimenti circa il luogo, la data e l'orario delle operazioni svolte, nonché le generalità di tutti i soggetti intervenuti e delle cause, se note, dell'assenza di coloro che sarebbero dovuti intervenire. Nella parte descrittiva del verbale, il difensore indi-

¹³¹ V. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dir. pen.*, 1990, IV, 165.

¹³² BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 112; CONFALONIERI, *Art. 391 ter*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, 2^a ed., II, Milano, 2001, 343; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 147.

¹³³ Secondo PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3507, la formula «in quanto applicabili» porta a ritenere che il verbale delle informazioni debba essere redatto solo in forma integrale poiché quella riassuntiva «contrasterebbe con la natura di sommaria informazione testimoniale rivestita dall'atto». Così anche CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 104.

¹³⁴ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 218; BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 189; KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, cit., 259.

ca tutto ciò che ha fatto¹³⁵ o constatato ovvero quanto è avvenuto in sua presenza e di aver dato gli avvertimenti *ex art. 391 bis* comma 3, pur non essendo espressamente stabilito. Inoltre, bisogna specificare ogni elemento che possa influire sulla credibilità della dichiarazione stessa: occorre precisare se la dichiarazione è stata spontanea o sollecitata e, in tal caso, si deve riprodurre anche la domanda.

Il verbale, previa lettura, è sottoscritto¹³⁶ dal difensore o da un suo sostituto nonché dalle persone intervenute e sarà nullo *ex art. 142* in caso di incertezza assoluta sulle persone intervenute e qualora non sia stato sottoscritto dal difensore o dal suo sostituto¹³⁷.

Quando il difensore conferisce con una persona *in vinculis*, il legislatore ha previsto a pena di inutilizzabilità, la integrale documentazione del colloquio con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva ai sensi dell'art. 141 *bis*¹³⁸.

¹³⁵ Il difensore è tenuto, in ogni caso, a verbalizzare integralmente quanto riferitogli dal dichiarante senza la possibilità di omettere quelle sfavorevoli al proprio assistito poiché in caso contrario il suo comportamento integrerebbe, oltre che un illecito deontologico, il reato di falso e di favoreggiamento. In tali termini v., in giurisprudenza, Trib. Torino, 26 febbraio 2003, Balzaretti, in *D&G*, 2003, 23, 76, con nota di BATTISTA, *Quando indaga ex articolo 327 bis Cpp l'avvocato è un pubblico ufficiale e i verbali da lui redatti sono considerati atti pubblici*. V., in dottrina, GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 217; VENTURA, *Falsa documentazione di indagini difensive*, cit., 900.

¹³⁶ La firma deve essere apposta alla fine di ciascun foglio che compone il verbale. Sul punto è intervenuta la cassazione, anche se in relazione all'atto confezionato dal pubblico ministero, la quale ha ribadito che l'atto conserverà la sua validità, integrando una semplice irregolarità, anche se la firma è stata apposta solo nell'ultima pagina del verbale: Cass., sez II, 9 novembre 1990, Montinari, in *Cass. pen.*, 1992, 2776.

¹³⁷ FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, Milano, 2004, 38, il quale sottolinea, tra l'altro, che «l'art. 391-bis co. 2 c.p.p. richiama l'art. 391-ter solo per le modalità di documentazione e non anche alle sanzioni che la normativa richiamata prevede per la violazione di dette modalità». In realtà, però, l'art. 391 *ter* comma 2 effettua un rinvio *in toto* alle disposizioni contenute «nel titolo III del libro secondo» senza nessun *distinguo* tra modalità e sanzioni.

¹³⁸ La dottrina ritiene, sul presupposto che l'art. 141 *bis* fa riferimento all'interrogatorio e l'atto che pone in essere il difensore non può qualificarsi come tale, la inapplicabilità della norma al caso di specie. Anche se per ragioni di cautela e di tutela della stessa persona del dichiarante è opportuno ritenere l'applicabilità: FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 222. In senso affermativo sia come garanzia del dichiarante che della legittimità dell'atto di provenienza difensiva v. BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 218; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale*, cit., 3224; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 218; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 87; TRIGGIANI, *La legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 2284. La CONFALONIERI, *Art. 391 ter*, cit., 345, mette in dubbio l'operatività

10. Il potere di segretezza del pubblico ministero

L'art. 391 *quinquies*¹³⁹ attribuisce all'organo dell'accusa il potere di vietare alle persone sentite¹⁴⁰ di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. La segretezza si fonda sull'esigenza di tutelare le investigazioni del pubblico ministero che potrebbero essere compromesse dalla loro diffusione. Oggetto di tutela non è il singolo atto di indagine ma l'intera investigazione dell'organo dell'accusa e riguarda pertanto, non soltanto le domande formulate e le risposte date, ma si estende a tutti i fatti e circostanze oggetto delle indagini di cui il soggetto è depositario¹⁴¹.

Destinatari del divieto sono tutti i soggetti¹⁴² sentiti dall'accusa. Il divieto ha un raggio d'azione ampio poiché non opera solo nei confronti di coloro che verranno contattati dal difensore ed in relazione alle modalità consacrate nell'art. 391 *bis*, ma vale *erga omnes*.

della sanzione dell'inutilizzabilità «dal momento in cui il difensore deve fare i conti con la burocrazia dei luoghi in cui si trova il suo informatore».

¹³⁹ Per CORDERO, *Procedura penale*, cit., 898, si tratta di una norma che «spira garantismo tardo-inquisitorio in qualche aspetto delle indagini preliminari, quasi reincarnassero quel rito sommario d'antica memoria».

¹⁴⁰ La pubblica accusa può differire l'emanazione del decreto anche in un momento successivo rispetto a quello dell'assunzione della dichiarazione. Ciò perché non è escluso dalla *litteras* della norma e la *ratio* del divieto è quella di rimediare ad un pericolo reale e concreto che ben può emergere in un momento successivo all'audizione, v. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 259.

¹⁴¹ Critico è FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 185, che definisce la norma alquanto stravagante, estranea alla logica del sistema penale e processuale, nonché fonte di una palese disparità tra parte pubblica e privata ed è la prima volta che si «pretende di porre a oggetto di segretezza non un atto o il suo contenuto ma l'intero sapere di un soggetto». Si meraviglia BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 219, il quale sottolinea che la segretezza qui è volta a conseguire «l'«esclusiva» sul patrimonio conoscitivo di un soggetto», evenienza singolare dato che l'istituto *de quo* è «tradizionalmente deputato alla «tutela di atti»».

¹⁴² MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, cit., 268, sostiene che, data la genericità della locuzione «persone sentite», destinatari del divieto sono anche le persone indagate o imputate *ex art.* 210. Per F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 177, non è possibile che «l'obbligo al segreto imposto allo stesso indagato possa funzionare anche relativamente al rapporto con il proprio difensore» a meno che non si voglia prevedere una deroga di natura soggettiva che «imponesse il silenzio *erga alios* ma non nei confronti del difensore». Anche FURGUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte*, cit., 200, ritiene che per le persone imputate o indagate il divieto opera nella misura in cui l'esigenza di riferire i fatti conosciuti non rientrano nell'esercizio del diritto di difesa.

La segretezza è disposta con decreto motivato solo se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine¹⁴³ e non può avere una durata superiore a due mesi. Non è, però, contemplata nessuna forma di controllo giurisdizionale¹⁴⁴ sull'effettiva esistenza di tali esigenze, cosicché un divieto privo di motivazione o solamente apparante produce gli effetti di legge.

La non osservanza dell'obbligo al segreto imposto dal pubblico ministero ha conseguenze sul piano sanzionatorio. Infatti, la violazione integra la fattispecie di reato prevista dall'art. 379 *bis* c.p., che punisce l'indebita rivelazione di segreti inerenti al procedimento penale¹⁴⁵. L'art. 391 *quinquies* comma 2 prescrive poi al pubblico ministero di avvertire la persona alla quale ha comunicato il divieto circa le responsabilità penali conseguenti all'indebita rivelazione delle notizie. L'avvertimento è la *condition sine qua non* per la realizzazione della fattispecie *ex art. 379 bis* c.p.

11. La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione

Il legislatore consapevole delle diverse difficoltà che incontra il difensore in ordine all'acquisizione dei documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, ha predisposto una normativa *ad hoc* che dovrebbe consentirgli di superare simili ostacoli.

Va rilevato che prima della l. 397/2000 il procedimento di richiesta di documenti alla pubblica amministrazione, anche a fini investigativi, era già previsto¹⁴⁶. Pertanto, la novella del 2000 si affianca alla normativa già esistente e contemplata nell'art. 22 l. 241/1990 anche se,

¹⁴³ Le circostanze giustificative dell'adozione di tale provvedimento possono essere, da un lato, quella di cercare in un tempo breve, gli elementi di riscontro delle dichiarazioni già acquisite, senza il rischio di interventi inquinatori, dall'altro di evitare che la persona sentita possa, con diversi contatti, modificare le dichiarazioni già rese agli inquirenti. Cfr. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, cit., 258.

¹⁴⁴ Un sindacato vi può essere solo in caso di richiesta di incidente probatorio avanzato dal difensore *ex art. 391 bis* comma 11 (v. *retro* § 8) e il pubblico ministero si sia opposto adducendo l'esistenza del divieto; in tal caso il giudice potrà valutare la legittimità del decreto.

¹⁴⁵ PISA, *Modifiche al codice penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 293, per il quale, tale fattispecie viene in «soccorso del quanto mai vacillante segreto delle indagini preliminari».

¹⁴⁶ VICICONTE, *Indagini difensive ed accesso alla pubblica amministrazione*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 244.

ancora un volta come in passato, il legislatore si è arrestato a disciplinare esclusivamente l'accesso alla documentazione dalla pubblica amministrazione¹⁴⁷ e non anche a quella di un soggetto privato¹⁴⁸. In tal caso, infatti, al difensore non resta altro che ricorrere al pubblico ministero non soccorrendo sul punto la normativa sull'accesso ai luoghi *ex artt. 391 sexies e 391 septies*¹⁴⁹, che sembra riguardare incombenze ben diverse da quelle di ricerca della documentazione.

L'accesso ai documenti custoditi dalla pubblica amministrazione è laconicamente regolato dall'art. 391 *quater*. La normativa, infatti, tralascia tutto ciò che attiene alle modalità di approccio con gli uffici detentori della documentazione. Sotto questo profilo occorre rinviare alla l. 241/1990.

Legittimato a richiedere la documentazione *de qua* è il difensore. Il richiamo effettuato dalla disposizione al solo difensore parrebbe escludere che l'analoga attività possa essere esercitata dal sostituto, dall'investigatore privato, dal consulente tecnico¹⁵⁰. A diversa conclusione si dovrebbe arrivare considerando che l'art. 327 *bis* conferisce al difensore la facoltà di avvalersi, nell'attività di ricerca, di tali soggetti. Sicuramente non hanno un potere autonomo di iniziativa, ma agiscono solo su incarico del difensore, che resta l'unico *dominus* e responsabile dell'attività investigativa¹⁵¹.

¹⁴⁷ Atto questo che secondo la dottrina può essere paragonato alla richiesta di esibizione di documenti che l'autorità giudiziaria può rivolgere agli uffici pubblici: NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2004, 345.

¹⁴⁸ Secondo BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 121, il difensore ha la facoltà di richiedere la documentazione ai privati, però, qualora il destinatario della stessa la disattenda il primo potrà semplicemente sollecitare l'intervento del *dominus* delle indagini.

¹⁴⁹ V. *infra* § 12. Tale lacuna è stata ritenuta irragionevole da GHEDINI, *Prova documentale un sospetto di incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 55.

¹⁵⁰ Così, DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 206; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3508; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 89; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 172, sottolinea che «la circostanza che nell'art. 391 *quater* sia citato unicamente il difensore, non può essere considerato frutto del caso, ma porta a concludere che la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione è riservata a questo soggetto in virtù di una scelta normativa»; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 172; per TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 343, appare corretto la legittimazione oltre che del difensore anche del solo sostituto in virtù dell'art. 102 comma 2.

¹⁵¹ BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 161.

Nella richiesta, scritta e motivata¹⁵² nei limiti di tutela delle strategie difensive, il difensore deve specificare in quale veste interviene, nonché gli estremi dei documenti ai quali si chiede di accedere o comunque gli elementi idonei ad identificarli ed allegare la copia dell'incarico professionale¹⁵³ che assume maggiore rilevanza nell'ipotesi di investigazioni preventive.

L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione¹⁵⁴ che ha formato il documento o lo detiene stabilmente¹⁵⁵. Le difficoltà di individuazione dell'"organo" competente non dovrebbero ricadere sull'interessato, poiché l'ufficio erroneamente investito della questione, dovrebbe trasmettere l'istanza a quello ritenuto competente¹⁵⁶.

Qualora la pubblica amministrazione opponesse il rifiuto¹⁵⁷ scattereb-

¹⁵² Così BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119; DI MAIO, *Le indagini difensive*, Padova, 2001, 241; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 343. *Contra* GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, cit., 136, il quale evidenzia che è la stessa lettera dell'art. 391 *quater* ad imporre un rilascio automatico del documento senza nessuna verifica della pubblica amministrazione; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 173, anche se, l'autore, consiglia, per evitare ritardi o rifiuti, di corroborare la domanda con qualche elemento minimo idoneo a giustificarla.

¹⁵³ BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119; DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 241; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 344. *Contra* GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, cit., 136; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 172, il quale ammette che la pubblica amministrazione ha il potere di «verificare il titolo di legittimazione, e in questo caso l'avvocato è obbligato a documentare la sua qualità nelle forme stabilite dall'art. 27 disp. att. c.p.p. ovvero, se si tratta di investigazioni preventive, esibendo il mandato speciale di cui all'art. 391 *nonies*».

¹⁵⁴ Nella nozione di pubblica amministrazione vi rientrano gli enti statati e territoriali, quelli pubblici economici e non, nonché i concessionari di servizi pubblici: BOVIO, *L'attività espletabile*, cit., 198. L'art. 391 *quater* non trova, però, applicazione nei rapporti tra difensore e autorità giudiziaria: l'accesso ai documenti del procedimento resta cadenzato dalle norme del codice. La giurisprudenza ha ritenuto che non possa rientrare nella definizione di pubblica amministrazione il tribunale fallimentare, v., in tal senso, Trib. Foggia, 13 maggio 2002, in *DE&G*, 2004, 16, 87, con nota di FALCO, *Fascicoli civili e fallimentari off limits per le indagini difensive? Gli incerti limiti dell'articolo 391 quater Cpp*.

¹⁵⁵ Così NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 345.

¹⁵⁶ BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 119.

¹⁵⁷ Gli unici limiti che potrebbero legittimare il rifiuto della pubblica amministrazione, riguarderebbero gli atti coperti dal segreto professionale, di Stato o d'ufficio ed in tal caso, per far cadere tali segreti, sarebbe stato sufficiente ricorrere al meccanismo *ex art.* 204. Cfr. GHEDINI, *Prova documentale: un sospetto di incostituzionalità*, cit., 55; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 164, ipotizza che la procedura *ex art.*

be la previsione dell'art. 391 *quater* comma 3. Il difensore non acquisite al diniego amministrativo potrà, infatti, domandare per iscritto al pubblico ministero di formulare egli stesso la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione o di procedere al sequestro.

Naturalmente nessun obbligo di attivarsi è previsto per l'organo dell'accusa, il quale solo se dovesse ritenere ingiustificato il diniego ordinerà ai sensi dell'art. 256 la consegna del documento¹⁵⁸. Si tratta ancora di un caso di "canalizzazione" attraverso il pubblico ministero, senz'altro anacronistica¹⁵⁹ e stupisce la mancata previsione di un ricorso diretto al giudice, maggiormente congeniale alla logica del sistema accusatorio¹⁶⁰.

Il difensore, a fronte del rifiuto, può anche inoltrare richiesta di sequestro della documentazione detenuta e negata dalla pubblica amministrazione. Qualora la tesi caldeggiata dal difensore non fosse condivisa dal pubblico ministero, quest'ultimo dovrebbe trasmettere gli atti, con il suo parere, al giudice per le indagini preliminari perché decida *ex art.* 368¹⁶¹.

391 *quater* comma 3 dovrebbe operare allorché il rifiuto non attiene ad uno dei segreti di cui agli artt. 200, 201e 202 bensì nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione non motivi il proprio diniego di esibizione o nel caso di silenzio-diniego *ex art.* 25 comma 4 l. 241/1990.

¹⁵⁸ Anche se per BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 220, il meccanismo di rinvio all'art. 367 non è chiaro: «è indubbio che, inizialmente il difensore debba rivolgersi al pubblico ministero. Ma per chiedere cosa? Forse che acquisisca il documento, o che ne ordini l'esibizione o, ancora, ne intimi il rilascio in copia (eventualmente autentica)?».

¹⁵⁹ F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 165.

¹⁶⁰ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 220; CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 92, per il quale si tratta di un altro caso di *discovery* anticipata, che poteva essere evitato; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., 13. Alla medesima conclusione, che si tratti di rivelare in anticipo le strategie difensive, arrivano PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3508; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, cit., 168. Altrettanto critici sono BRICCHETTI-RANAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., i quali sottolineano anche altri punti oscuri della norma. Non è dato capire a chi debba essere consegnato il documento se al difensore o al pubblico ministero, né quale debba essere la sua destinazione finale nel fascicolo *ex art.* 433 o del difensore.

¹⁶¹ È da ritenere che l'art. 391 *quater* sia applicabile anche nella fase successiva alla chiusura delle indagini preliminari, in armonia con il disposto dell'art. 327 *bis*, ove competente sarà il giudice che procede, v. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 257. Della stessa opinione è anche la giurisprudenza di merito v. Trib. Avellino, 12 febbraio 2004, in *D&G*, 2004, 13, 75, con nota di MARI, *Le indagini anche dopo... le indagini: il caso dei documenti della Pa. Lettura "costituzionalizzata" dell'articolo 391 quater Cpp.*

È evidente che si potrà procedere a sequestro solo se i documenti amministrativi costituiscono corpo del reato o cose pertinenti al reato¹⁶². Nell'ipotesi negativa al difensore non resta che attivare la procedura di cui all'art. 25 comma 2 l. 241/1990 e cioè il ricorso all'organo amministrativo regionale: rimedio, in linea di principio, comunque concorrente e non residuale¹⁶³.

Altrettanto chiaro è che questo meccanismo non opera nell'ambito dell'attività di indagine preventiva.

12. L'accesso ai luoghi

Tra le attività espletabili nel corso dell'investigazione difensiva, il legislatore vi ha ricompreso anche la facoltà di accedere nei luoghi privati o non aperti al pubblico, strumento di indagine assai prezioso che consente di effettuare sopralluoghi per avere contezza dello scenario in cui si è svolta l'azione delittuosa¹⁶⁴. Gli artt. 391 *sexies* e 391 *septies* disciplinano tale facoltà e si pongono l'uno rispetto all'altro in un rapporto di «genere a specie»¹⁶⁵: mentre il primo fa riferimento ad un generico diritto della difesa di accedere ai luoghi, il secondo si occupa specificatamente dell'accesso ai luoghi privati e non aperti al pubblico. Legittimati sono il difensore, il suo sostituto, gli investigatori privati, nonché il consulente tecnico che sarà il soggetto più idoneo, proprio per la specifica competenza tecnico-scientifica¹⁶⁶.

¹⁶² In senso inverso v. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 176, il quale ritiene che se anche in questo caso l'oggetto del sequestro non può che essere il corpo del reato o cose pertinenti, l'istituto *de quo* sarebbe superfluo poiché «nella fattispecie gli articoli 367 e 368 c.p.p. sarebbero stati comunque applicabili». Pertanto, sempre secondo l'autore, la normativa ha un senso solo se si «consente una espansione dei casi di sequestro, voluta dal legislatore per favorire l'acquisizione di elementi utili alla difesa».

¹⁶³ Cfr. GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, cit., 109, osservano che tra le «situazioni giuridicamente rilevanti» che legittimano il sistema delle impugnazioni *ex art.* 25 commi 5 e 6 l. 241/1990 vi rientra sicuramente la richiesta *ex art.* 391 *quater*.

¹⁶⁴ CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 273.

¹⁶⁵ Così BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 121.

¹⁶⁶ Il legislatore non ha stabilito se l'assistito possa partecipare all'accesso oppure no. Sul punto è intervenuta la giurisprudenza di merito, la quale afferma che non sussistendo nessun divieto normativo espresso, l'imputato e l'indagato hanno diritto di presenziare al compimento dell'atto. L'eventuale diniego integra una nullità, per violazione del diritto di difesa, *ex art.* 178 comma 1 lett. c: v. Trib. Bari, 2 dicembre

L'art. 391 *sexies* prevede che il sopralluogo istruttorio possa consistere nella visione e descrizione dei luoghi¹⁶⁷, o nell'eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi. La disposizione *de qua* facendo espresso riferimento ai «rilievi» legittimerebbe solo quelle attività che non presentano alcun grado di invasività o di manipolazioni che possono modificare l'originario stato dei luoghi e che imporrebbero l'assunzione della prova in contraddittorio¹⁶⁸. Sennonché è proprio dall'art. 391 *decies*, rubricato «utilizzo della documentazione delle investigazioni difensive», che emerge chiaramente la possibilità per il difensore, facendo riferimento agli «atti irripetibile e agli accertamenti tecnici», di compiere in occasione di accesso ai luoghi interventi più incisivi, non solo di osservazione ma anche di accertamento¹⁶⁹. Qualora, in occasione di accesso ai luoghi, il difensore voglia eseguire un accertamento tecnico irripetibile, dovrà avvisare senza

2002, De Matteis, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 1, 97, con nota di DI DEDDA, *Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali (vere o presunte)*.

¹⁶⁷ Non semplicemente il *locus commissi delicti* bensì qualsiasi luogo pubblico o privato ove si possa reperire elementi probatori a discarico. Così DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, cit., 209; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 121; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3510; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 79. Sembrano invece alludere alla scena del crimine BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 221; CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 273.

¹⁶⁸ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 221; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 78. Su tale posizione si è anche collocata la giurisprudenza di merito, la quale con una recentissima sentenza ha statuito che le investigazioni tecniche che il difensore è autorizzato a svolgere non possono mai spingersi fino al punto di consentire al medesimo una qualunque attività sui luoghi o sulle cose che possa in qualche modo alterarne lo stato: così Trib. Nola, 3 marzo 2005, in *Guida dir.*, 2005, 15, 102. Sul punto v., in relazione agli accertamenti tecnici, anche Gip. Trib. Lanciano, 14 marzo 2003, in *DE&G*, 2003, 16, 39, con nota di GRASSO, *Quando e quomodo l'avvocato può accedere alla scena del delitto. Limitazioni per gli atti modificativi dello stato dei luoghi*; CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia ancora indifferibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 919.

¹⁶⁹ In senso critico in ordine alla tecnica legislativa utilizzata per la regolamentazione degli atti non ripetibili e degli accertamenti tecnici non ripetibili v. CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 281; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 76, il quale evidenzia che in sede di utilizzabilità degli atti il legislatore, con una tecnica accrescitiva del potere, dà per scontata la possibilità di compiere alcuni atti che «non viene adeguatamente descritta in sede di disciplina dell'accesso»; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 80.

ritardo il pubblico ministero per l'esercizio delle facoltà previste dall'art. 360 in quanto compatibili¹⁷⁰. Nelle ipotesi in cui la difesa procederà al compimento di altri atti non ripetibili¹⁷¹, invece, il pubblico ministero ha la facoltà di assistere, senza che vi sia un obbligo di informativa a carico della difesa¹⁷².

Tale tipo di investigazione deve essere coordinata con quella disciplinata dall'art. 354 che attribuisce alla polizia giudiziaria di farsi carico della conservazione delle tracce e delle cose pertinenti al reato, nonché dell'immutabilità dello stato dei luoghi e delle cose prima dell'intervento del pubblico ministero, in quanto il diritto di ricercare elementi di prova a discarico non può interferire con la corrispondente investigazione degli organi pubblici¹⁷³. Nessun controllo potrà effettuare la polizia giudiziaria allorquando il difensore intervenga in maniera autonoma o *ex art. 391 nonies*¹⁷⁴.

¹⁷⁰ La clausola «in quanto compatibili» secondo la dottrina ha la funzione di impedire che alle parti private sia riconosciuta una disponibilità della prova non ripetibile. Anche sulla scorta di una interpretazione sistematica della norma risulta difficile per il difensore superare l'opposizione che la parte pubblica potrebbe effettuare facendo riserva di incidente probatorio e svolgere ugualmente l'accertamento che comprometta definitivamente la fonte di prova: FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 387; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 492; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 369, afferma che l'omissione dell'avviso integra una nullità *ex art. 178 lett. b* rilevabile nei termini e modi di cui all'art. 180.

¹⁷¹ Per la distinzione tra accertamenti tecnici non ripetibili e altri atti non ripetibili v. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 188; mentre sono definiti altri atti non ripetibili quelli per intrinseche caratteristiche di modificabilità dei luoghi o delle cose sottoposte ad osservazione o a rilievi, o quando è la stessa attività a comportare dette modificazioni, da F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 189.

¹⁷² Giustamente CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 285, rileva che sarà difficile che il pubblico ministero eserciti una simile facoltà il cui espletamento non gli deve essere comunicato.

¹⁷³ BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati*, cit., 221; CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 274; DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, cit., 210; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 359.

¹⁷⁴ La dottrina ha fortemente criticato la poca attenzione che il legislatore ha prestato nella stesura dell'articolato, dimostrando il suo disinteressamento al rischio che l'attività difensiva, anche se involontariamente, modifichi lo stato dei luoghi e distrugga o alteri le tracce indispensabili per la ricostruzione di fatti. Cfr. CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 280; MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 76; PAOLOZZI, *La fase prodromica della difesa ed effi-*

Oggetto dell'accesso possono essere luoghi pubblici, privati o non aperti al pubblico. Nessun limite¹⁷⁵ è previsto per il difensore nel caso in cui l'accesso avvenga in un luogo pubblico o aperto al pubblico, mentre una procedura ad *hoc* è dettata con riferimento ai luoghi privati o non aperti al pubblico¹⁷⁶. Infatti, l'art. 391 *septies* impone al difensore di munirsi del consenso di chi ha la disponibilità del luogo, poiché in relazione ad essi opera la tutela del domicilio sancita nell'art. 14 Cost.¹⁷⁷. In mancanza la difesa dovrà adire il giudice per ottenere l'autorizzazione. Il giudice provvede, quindi, su impulso di parte¹⁷⁸, con decreto motivato che dovrà indicare le «concrete modalità» di accesso nonché i tempi dell'intervento. Chiaramente questo meccanismo non può operare in sede di indagini preventive¹⁷⁹ e non è previsto nessun mezzo di gravame in caso di rigetto della richiesta. La persona presente sul luogo al momento dell'accesso deve essere avvertita che ha facoltà di essere assistita da una persona di sua fiducia, persona che deve essere prontamente reperibile e «idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.».

Il contemperamento tra esigenze investigative e tutela della riservatezza sembra aver avuto di mira il legislatore nel vietare l'accesso, salvo l'ipotesi eccezionale della necessità di accertare tracce e gli altri ef-

cacia persuasiva degli elementi di prova, cit., 38; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 189.

¹⁷⁵ L'unica eccezione è che detti posti siano sottoposti a sequestro, ma, in tal caso, l'accesso alla difesa avverrà in base agli artt. 233 comma *1bis* e 366, così MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 74.

¹⁷⁶ Sulle problematiche relative agli accessi ai luoghi della pubblica amministrazione che generalmente rientrano nella categoria «non aperti al pubblico» v. DE STEFANO, *Indagini difensive e pubblica amministrazione: «dimenticanze», incongruenze sistematiche e possibili «sterilizzazioni»*, in *Cass. pen.*, 2001, 3238.

¹⁷⁷ Per un valido consenso è necessario che il difensore informi il soggetto della propria qualità, dell'atto da compiere, dello scopo dell'accesso nonché della facoltà di negarlo.

¹⁷⁸ Legittimato sembra essere il solo difensore (anche il sostituto per TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 359) il quale dovrà documentare il rifiuto opposto dal soggetto nonché indicare i motivi della richiesta. Così il giudice sarà in grado di valutare sia le ragioni del dissenso sia l'effettiva funzionalità dell'accesso all'assunzione di elementi di prova utili alla difesa. Cfr. BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, cit., 124; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 193.

¹⁷⁹ CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori*, cit., 287, ritiene che ciò dipenda dall'impossibilità di individuare, per inesistenza o ignoranza circa la pendenza di un procedimento, il giudice a cui inoltrare la richiesta.

fetti materiali del reato, nei luoghi di privata abitazione e loro pertinenze¹⁸⁰.

Il difensore e i suoi collaboratori *ex art. 391 bis* possono redigere un verbale dell'accesso¹⁸¹ e delle eventuali operazioni svolte in tale occasione contenente la data, il luogo dell'accesso, le generalità delle persone intervenute, nonché la descrizione degli eventuali rilievi effettuati. Benché non sia espressamente previsto si può ritenere che la redazione del verbale possa essere effettuata con le forme di cui agli artt. 134 ss. Con la conseguenza che se il verbale non è sottoscritto da tutte le parti intervenute, così come richiede l'art. 391 *sexies* lett. *d*, lo stesso non sarebbe nullo. Infatti, la nullità si verificherebbe solo quando manca la firma di colui che ha redatto l'atto o se vi è incertezza assoluta sugli intervenuti all'accesso.

13. Il fascicolo del difensore

Il legislatore del 2000, dopo aver tipizzato gli atti investigativi della difesa e le relative modalità di documentazione, preoccupandosi altresì di assicurare la loro spendibilità lungo l'intero arco del procedimento, ha istituito anche l'involucro ove gli stessi devono confluire: il fascicolo del difensore¹⁸².

In base all'art. 391 *octies* comma 1¹⁸³, sulla falsariga del vecchio

¹⁸⁰ MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 78, afferma che nulla vieta che l'accesso possa essere compiuto con il semplice consenso del soggetto che abita il "luogo", non essendo prevista una necessaria autorizzazione *ad hoc*.

¹⁸¹ Il diritto di accesso non comporta nessun obbligo di verbalizzazione, che «costituisce atto autonomo ed eventuale, conseguente al reperimento, da parte del difensore, di elementi ritenuti validi per la difesa e la constatazione dell'opportunità di documentarli in un verbale»: CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 116; F. SIRACUSANO, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 190. Tuttavia, se la documentazione viene eseguita, il verbale dovrà «essere fedele nella descrizione dei luoghi e delle cose e nell'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti che lo integrano»: una falsa rappresentazione dei fatti sarebbe punita a norma dell'art. 481 c.p., così NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 346.

¹⁸² La previsione del fascicolo del difensore equipara anche sotto questo profilo l'indagine privata a quella pubblica: FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 291.

¹⁸³ RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 303, per il quale la norma così come formulata «avrebbe potuto intitolarsi "presentazione della documentazione delle investigazioni difensive e fascicolo del difensore", poiché i commi 1,2 e 4 attengono alla presentazione, mentre il comma 3 al fascicolo.

art. 38 disp. att., il difensore nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice¹⁸⁴ deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, può presentare direttamente a quest'ultimo gli elementi di prova a favore del proprio assistito di cui sia in possesso¹⁸⁵. La facoltà del difensore di fruire di un canale di dialogo senza intermediari con il giudice è contemplata anche in tutti quei casi in cui l'avvocato abbia conoscenza¹⁸⁶ di un procedimento penale, ove l'autorità giudiziaria è chiamata a prendere una decisione anche senza contraddittorio¹⁸⁷. La documentazione presentata al giudice, poi, viene inserita nel fascicolo del difensore, formato e conservato presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari, sino alla conclusione delle stesse.

Naturalmente è il difensore che decide se e quando portare a conoscenza dell'autorità le risultanze delle indagini svolte: l'utilizzabilità del dato investigativo non dipende, pertanto, dalla sua venuta in esistenza ma dalla scelta di renderlo disponibile¹⁸⁸. Il potere dispositivo

¹⁸⁴ Il riferimento al giudice, senza ulteriori precisazioni, induce a ritenere che la disposizione si applichi non solo al giudice per l'indagini preliminari ma anche al Tribunale del riesame nel procedimento *de libertate*. V. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, II, 1761, il quale mette anche in evidenza che il mancato coordinamento fra gli artt. 391 *octies* comma 1 e 309 comma 5 potrebbe determinare dei problemi in ordine alla trasmissione degli atti contenuti nel fascicolo della difesa. *Amplius* v. PIZIALI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 284.

¹⁸⁵ La previsione con cui esordisce l'art. 391 *octies* comma 1, è «molto ovvia, quindi superflua» e addirittura «demenziale» vietare al difensore di presentare direttamente al giudice gli elementi raccolti a favore del suo assistito: CORDERO, *Procedura penale*, cit., 899.

¹⁸⁶ Per MAGI, *Le indagini difensive*, cit., 39, la conoscenza di un procedimento penale *ex art.* 391 *octies* comma 2, non può che essere una «conoscenza legittima» di cui il difensore dovrà fornire adeguata dimostrazione. *Contra* v. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive*, cit., 126; DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., 277, per il quale la legittimazione alla presentazione la si può evincere da qualsiasi notizia da cui si possa ricavare la pendenza di un procedimento penale a carico del proprio assistito, anche quindi da una notizia giornalistica; FILIPPI, *Indagini difensive: tempi e spendibilità*, in *Studium iuris*, 2002, 181; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 3514.

¹⁸⁷ La dottrina afferma che il comma 2 finalmente «svincola l'apporto investigativo privato dalla imminenza di una decisione del giudice da adottare in contraddittorio»: FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, cit., 301.

¹⁸⁸ DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando"*, cit., 20; SCILLITANI, *Il fascicolo del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 307. Invero solo per i verbali di alcuni atti sussiste un auto-

de quo, non previsto per il pubblico ministero, ricavabile dalla stessa dizione della norma (“può”), non si spinge fino a far ritenere che il difensore possa decidere di produrre singole parti degli atti di indagine compiuti¹⁸⁹ e una volta depositata, la documentazione non potrà essere ritirata o sostituita ancorché muti la natura delle investigazioni trasformandosi, nel procedimento in corso, da elementi a discarico ad elementi sfavorevoli al proprio assistito.

Il fascicolo del difensore custodito presso il giudice potrà essere visionato dal pubblico ministero¹⁹⁰ solo «prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento»¹⁹¹: il

matismo tra formazione e acquisizione al procedimento. Si tratta dei verbali degli atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi quando il pubblico ministero ha esercitato la sua facoltà di assistere al compimento dell'atto personalmente o anche tramite un suo delegato ovvero nell'ipotesi di accertamenti tecnici non ripetibili. Proprio la consapevolezza che il portato di conoscenza acquisito, per mezzo di questi ultimi, ha indotto il legislatore ad escluderne la disponibilità in capo al difensore con la semplice formazione dell'atto. La documentazione di queste attività deve essere depositata sia nel fascicolo del difensore sia in quello del pubblico ministero e successivamente confluiranno nel fascicolo per il dibattimento. Arduo capire chi è che debba provvedervi, ma sicuramente essendo gli atti nella disponibilità del difensore, sarà quest'ultimo a doverli depositare in entrambi i fascicoli secondo la scansione temporale prevista dall'art. 366 per gli atti dell'accusa. V. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1761; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 281.

¹⁸⁹ DI CHIARA, *Le linee prospettive del “difendersi ricercando”*, cit., 21; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1761. *Contra* v. PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 281 non essendoci nessuna previsione espressa e controllo sul deposito degli atti, niente vieta al difensore di produrre singole parti degli atti anche se questa facoltà rischia di avere effetti negativi sul versante dell'affidabilità dell'atto medesimo.

¹⁹⁰ La formulazione dell'art. 391 *octies* comma 3, penultimo periodo, non chiarisce se il regime di segretezza interna riguarda le difese degli altri coindagati e della persona offesa o solamente il pubblico ministero. Sul presupposto che accusa e difesa possano “giocare a carte coperte” «pare logico estendere il divieto di accesso al fascicolo a tutti i soggetti processuali presenti nella fase delle indagini preliminari»: MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1762.

¹⁹¹ Critica è la dottrina APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul “giusto processo”*, Milano, 2002, 113, la quale evidenzia che la norma sembra escludere che l'organo dell'accusa possa esercitare la facoltà di visionare ed estrarre copia nella fase antecedente all'adozione, ad opera del giudice, di un provvedimento sollecitato dallo stesso pubblico ministero e ciò «sembra davvero poco comprensibile». Ugualmente critici sono MANZIONE-MARZADURI, *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, cit., 60; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 282, la normativa sconta il difetto che il pubblico ministero è legittimato

pubblico ministero pertanto non ha né la facoltà, né il titolo per una *discovery* anticipata¹⁹². Forse è questo il motivo per cui il legislatore ha mantenuto ferma la possibilità per la difesa di interloquire direttamente con l'organo dell'accusa presentandogli gli elementi di prova raccolti a favore del proprio assistito.

Il fascicolo del difensore¹⁹³ dopo la chiusura delle indagini preliminari viene inserito nel fascicolo di cui all'art. 433¹⁹⁴ e cioè in quello del pubblico ministero così come prescrive l'art. 391 *octies* comma 3. La norma contiene una incongruenza letterale, poiché adopera due locuzioni che mal si conciliano: da un lato, la volontà *legis* sembra quella di voler unificare tutti i fascicoli delle indagini al termine delle stesse, dall'altro, invece, la confluenza avviene ai sensi dell'art. 433 e cioè al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento che si realizza al termine dell'udienza preliminare. La dottrina prevalente è concorde nel ritenere che si debba attribuire valore preminente alla locuzione «chiusura delle indagini», essendo questa la ricostruzione sistematica più corretta. Pertanto, il riferimento all'art. 433 deve essere letto non come scansione temporale, ma come volontà del legislatore di chiarire che i fascicoli difensivi vengono inseriti in quello dell'accusa¹⁹⁵.

14. Utilizzabilità degli atti di investigazione

Il legislatore del 2002 ha anche dettato una nuova disciplina in tema di utilizzabilità degli atti investigativi contenuta nell'art. 391 *decies*, il cui primo comma fissa la regola d'uso dibattimentale delle fon-

ad effettuare le proprie scelte «senza neppure dover consultare gli atti investigativi già depositati dalle parti o, addirittura, senza poterli consultare».

¹⁹² La legge non stabilisce come l'accusa viene a conoscenza dell'avvenuto deposito del fascicolo del difensore: in capo al pubblico ministero si configura un onere di informazione. Cfr. FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, cit., 302.

¹⁹³ Meglio parlare di fascicoli delle difese in quanto possono esserci nel procedimento diverse parti.

¹⁹⁴ Sotto il profilo formale nonostante il suo inserimento nel fascicolo del pubblico ministero quelli della difesa restano sempre distinti e ciò lo si ricava dall'art. 433 comma 3 che stabilisce che l'attività integrativa di indagine compiuta dalla difesa dopo l'unificazione dei fascicoli viene inserita nel fascicolo "del difensore". Cfr. PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 279.

¹⁹⁵ PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 280; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1763.

ti dichiarative, mentre i commi successivi hanno ad oggetto gli atti non ripetibili e gli accertamenti tecnici non ripetibili compiuti dalla difesa.

Gli atti difensivi¹⁹⁶ inseriti nel fascicolo del difensore potranno essere utilizzati, così rammenta l'art. 391 *decies* comma 1, a norma degli artt. 500, 512 e 513. Pertanto a norma dell'art. 500, le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione dei testimoni escussi in dibattimento, potranno utilizzare le dichiarazioni assunte dai difensori, dichiarazioni che serviranno per valutare la credibilità del teste. L'integrale richiamo dell'art. 500 fa sì che la documentazione difensiva entrerà nel fascicolo del dibattimento per mezzo del meccanismo contestativo e sempre che ricorrano i presupposti della condotta illecita, nonché su accordo delle parti *ex art.* 500 comma 7.

Dubbi applicativi sorgono in relazione all'art. 503 non espressamente richiamato dalla norma in esame. Se ne potrebbe dedurre che la *voluntas legis* sia quella di escludere la possibilità di utilizzare il materiale investigativo del difensore durante l'esame delle parti. Ma ciò si giustifica in relazione all'esame dell'imputato atteso che le dichiarazioni provenienti da quest'ultimo non possono essere assunte dalla difesa, non altrettanto deve dirsi per la parte civile, posto che non può escludersi la legittimità di una sua assunzione in qualità di persona informata sui fatti nel corso delle indagini preliminari¹⁹⁷.

Il problema deve essere risolto focalizzando l'attenzione sull'art. 503 comma 3 che, in ogni caso, ammette di utilizzare le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero, comprese quindi quelle raccolte dalla difesa ed inserite a norma dell'art. 391 *octies* comma 3 in detto fascicolo¹⁹⁸.

¹⁹⁶ La locuzione «dichiarazioni» utilizzata dal legislatore nell'art. 391 *decies* comma 1 se interpretata letteralmente potrebbe comportare che oggetto di contestazione e lettura possano essere solamente, sulla base della distinzione effettuata dagli artt. 391 *bis* e 391 *ter*, le dichiarazioni scritte ricevute dal difensore e non anche le informazioni da lui assunte e verbalizzate.

¹⁹⁷ V. PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 289.

¹⁹⁸ V. DI CHIARA, *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale: gli scenari della regola-ponte ex art. 391 decies comma 1 c.p.p.*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 356; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1766, il quale mette in evidenza che una diversa soluzione esporrebbe la disposizione *de qua* a censure di legittimità costituzionale per «irragionevole disparità di trattamento rispetto alle possibilità di impiego delle dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero»; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 289; RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 231.

Sembra, invece, doversi escludere ogni acquisizione per mezzo delle contestazioni *ex art.* 503 comma 5. Infatti, vi osterebbe non solo il silenzio legislativo, ma soprattutto il dato testuale del comma 5, ove si fa espresso riferimento alle sole dichiarazioni assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega dello stesso.

Per l'applicazione della norma generale che consente la lettura di atti formati durante le indagini difensive nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di ripetizione anche all'attività difensiva, il legislatore non solo l'ha richiamata nell'art. 391 *decies*, ma ha ritenuto di implementare i soggetti indicati nell'art. 512 facendo espressamente menzione ai «difensori delle parti private»¹⁹⁹.

L'art. 391 *decies* comma 1 dispone *expressis verbis* che le parti possono servirsi delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore a norma dell'art. 513, senza, però, provvedere a modificare la rosa dei soggetti ivi indicati. Ciò determina, proprio in virtù dell'espresso richiamo al difensore contenuto nell'art. 512, dubbi interpretativi che potrebbero far apparire non manifestamente infondata una questione di illegittimità costituzionale della norma. Sennonché il compito dell'interprete è quello di evitare approdi che possano portare ad interpretazioni *contra tenorem rationis*²⁰⁰. Pertanto se la *ratio* della l. 397/2000 è quella della *par condicio* tra indagini del pubblico ministero e attività difensiva, se ne dovrebbe ricavare che la mancata novellazione dell'art. 513 è dovuta ad un semplice difetto di coordinamento²⁰¹.

¹⁹⁹ La dottrina rileva che anche in assenza di interpolazione sarebbe bastata per la sua applicazione il richiamo effettuato nell'art. 391 *decies*. Cosicché la modifica ha solo funzione di raccordo tra i due testi normativi e «non esprime contenuti autonomi»: RAFARACI, *Art. 11 l. 397/2000*, cit., 233. Per l'analisi delle due norme in termini critici v. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1766; PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 287.

²⁰⁰ Così DI CHIARA, *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale*, cit., 366.

²⁰¹ La dottrina dopo aver rilevato che il richiamo contenuto nell'art. 391 *decies* debba riferirsi al comma 2 dell'art. 513 proprio per la discutibile questione che tra gli atti difensivi possa esserci quelli provenienti dall'imputato, ammette, tuttavia, che il riferimento contenuto nel comma 3 dell'art. 513 all'art. 512 implica anche un rinvio all'elencazione dei soggetti che debbano aver formato l'atto: così PIZIALI, *Utilizzo dei risultati delle indagini*, cit., 287. Sul punto v. anche le soluzioni prospettate da DI CHIARA, *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale*, cit., 362 nonché le osservazioni di MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1766.

Nemmeno l'art. 512 *bis* è richiamato dall'art. 391 *decies* e ciò potrebbe dare adito ad ulteriori equivoci, se non si optasse per una lettura sistematica che consenta di non considerare determinante il silenzio serbato sul punto. La *ratio* del comportamento legislativo è da rinvenire nel fatto che l'art. 512 *bis* non distingue né in base ai soggetti che hanno assunto le dichiarazioni né in ragione della collocazione del verbale nei diversi fascicoli.

Certamente, in qualsiasi momento processuale, agli atti di indagine compiuti dalla difesa, viene attribuita valenza probatoria analoga al materiale fornito dall'accusa. Un riconoscimento implicito è dato dal fatto che il legislatore ha previsto per gli atti investigativi l'applicazione della sanzione dell'inutilizzabilità²⁰², ed ha introdotto la nuova fattispecie penale *ex art. 371 ter c.p.*

Della stessa opinione del resto sembra pure la recente giurisprudenza che ha ribadito che gli elementi raccolti dal difensore sono equiparabili, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelli del pubblico ministero²⁰³.

Bibliografia

AA.Vv., *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996; AA.Vv., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 297*, Milano, 2001; AA.Vv., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001; AA.Vv., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda – Spangher, II, 2^a ed., Milano, 2001; AA.Vv., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002; Av.Vv., *Il giusto processo tra contraddittorio*

²⁰² L'art. 391 *bis* comma 6 sanziona con l'inutilizzabilità le violazioni delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5. Per una ricostruzione delle ipotesi di inutilizzabilità v. MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., 1767.

²⁰³ Cass., sez. II, 30 gennaio 2002, Pedi, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, 441; Gip. Trib. Bologna, 16 gennaio 2002, in *Giur. merito*, 2002, II, 497; Gip. Trib. Napoli, 1^o agosto 2001, Messina, in *ivi*, 2002, II, 497, che ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale osservando che i risultati delle investigazioni difensive hanno lo stesso valore probatorio dei risultati delle indagini del pubblico ministero; al tempo stesso, però, a fronte di precisi obblighi e doveri in capo al pubblico ministero nella sua attività di indagine cui corrisponde un altrettanto preciso sistema di sanzioni, la normativa non contempla nessun obbligo per il difensore di documentare fedelmente gli esiti della sua investigazione, sicché nessuna sanzione è ipotizzabile in caso di documentazione incompleta o infedele. La Corte costituzionale (v. Corte Cost., 17 giugno 2002, n. 264, in *Giur. cost.*, 2002, 1930), ha dichiarato, per difetto di rilevanza, la manifesta inammissibilità della questione.

e diritto al silenzio, a cura di Kostoris, Torino, 2002; AA.VV. *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000 n. 397, 6 marzo 2001 n. 60, 29 marzo 2001 n. 134 e alle successive modifiche*, diretto da Chiavario-Mrzaduri, Torino, 2003; ANDREANO, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*, in *D&G*, 2001, 42, 52; APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto processo"*, Milano, 2002; BATTISTA, *Quando indaga ex articolo 327 bis Cpp l'avvocato è un pubblico ufficiale e i verbali da lui redatti sono considerati atti pubblici*, in *D&G*, 2003, 23, 76; BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Le attività di indagine*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, 207; BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini della difesa*, Milano, 2001; BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 41; CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia ancora indifferibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 919; CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2^a ed., Padova, 2003; CORDERO, *Procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2003; CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori*, in *Legisl. pen.*, 1995, 565; CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3222; DE STEFANO, *Indagini difensive e pubblica amministrazione: «dimenticanze», incongruenze sistematiche e possibili «sterilizzazioni»*, in *Cass. pen.*, 2001, 3238; DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle nuove investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 6; DI CHIARA, *La nuova istruttoria dibattimentale: attuazione del giusto processo, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, 287; DI DEDDA, *Le investigazioni difensive: soggetti attivi, limiti taciti e patologie processuali (vere o presunte)*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 1, 97; DI MAIO, *Le indagini difensive*, Padova, 2001; FALCO, *Fascicoli civili e fallimentari off limits per le indagini difensive? Gli incerti limiti dell'articolo 391 quater Cpp*, in *D&G*, 2004, 16, 87; FANCHIOTTI, *Il "difendersi provando" nella prospettiva statunitense*, in *Dir. proc. pen.*, 1995, 1331; FANCHIOTTI, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *Cass. pen.*, 1995, 430; FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, Milano, 2004; FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 87; FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, 437; FILIPPI, *Indagini difensive: tempi e spendibilità*, in *Studium iuris*, 2002, 181; FRIGO, *Indagini difensive: un punto "di non ritorno" sulla strada del riequilibrio tra accusa e difesa*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 667; FRIGO, *La riforma dell'8 agosto 1995: come viene applicata, come viene discussa. Il dibattito sulle investigazioni difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1453; GARELLO-SCUTO, *Le indagini difensive*, Milano, 2001; GHEDINI, *Prova documentale un sospetto di incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 55; GUALTIERI, *Indagini difensive*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 2004, 2; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002; GRASSO, *Quando e quomodo l'avvocato può accedere alla scena del delitto. Limitazioni per gli atti modificativi dello stato dei luoghi*, in *D&G*, 2003, 16, 39; IADECOLA, *Le nuove indagini investigative da parte dell'avvocato*, in *Giur. merito*, 2001, 561; LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il «modello perduto»*, in *Quest. giust.*, 2001, 1104; MADDALENA, *Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo*, in *Cor. giur.*, 2001, 3, 287; MADDALENA, *Per la difesa libera di investigare: facoltà e dritti, nessun dovere*, in *D&G*, 2000, 40, 8; MAGI, *Le indagini difensive*, Napoli, 2001;

MANZIONE-MARZADURI, *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 61; MARI, *Le indagini anche dopo... le indagini: il caso dei documenti della Pa. Lettura "costituzionalizzata" dell'articolo 391 quater Cpp*, in *D&G*, 2004, 13, 75; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, II, 1761; MICONI, *Le indagini soggettive. Interrogatori, sommarie informazioni, confronti e individuazioni nell'investigazione penale*, Appendice di aggiornamento, Torino, 2001, 7; NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 165; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2004; NICOLUCCI, *Appunti per la redazione di un primo bilancio sulle investigazioni difensive*, in *Giur. merito*, 2005, 6; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 13; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397. Disposizioni in materia di indagini difensive*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 3491; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001; PISA, *Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 293; PIZIALI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 284; RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 36; RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003; ROMBI, *Le investigazioni difensive: la dichiarazione scritta*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1415; SALVI, *I paradossi dell'indagine difensiva che può precedere quella del pm*, in *D&G*, 2001, 25, 8; SANTALUCIA, *Persona offesa e attività di investigazione*, in *Giust. pen.*, 2001, III, 453; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 82; SCALFATI, *Art. 419*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 1480; SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, 66; SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2004; SPANGHER, *Art. 199*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Torino, 1990, 455; SPANGHER, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive. Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 206; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 3^a ed., Milano, 2001; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002; VENTURA, *Falsa documentazione di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 896; VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005; VOENA, *La "prova privata": le indagini del difensore e la loro utilizzabilità*, in *La prova penale, Quaderni C.S.M.*, 1997, 98, 67; ZACCHÉ, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini*, in *Cass. pen.*, 2002, 2542.