
391octies Fascicolo del difensore ⁽¹⁾

1. Nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

2. Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita.

3. La documentazione di cui ai commi 1 e 2, in originale o, se il difensore ne richiede la restituzione, in copia, è inserita nel fascicolo del difensore, che è formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari. Della documentazione il pubblico ministero può prendere visione ed estrarre copia prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento. Dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore è inserito nel fascicolo di cui all'articolo 433.

4. Il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

(1) Articolo inserito dall'art. 11, c. 1, l. 7 dicembre 2000, n. 397, che ha inserito l'intero Titolo VI-*bis*.

SOMMARIO: I. La portata della norma. - II. La presentazione diretta al giudice. - III. Investigazioni difensive e udienza preliminare. - IV. L'alternativa di rivolgersi al p.m. - V. La formazione del fascicolo presso l'ufficio g.i.p. - VI. L'accesso al fascicolo difensivo. - VII. La riunione al fascicolo dell'accusa.

I. La portata della norma.

1

La documentazione degli atti d'indagine difensiva, in originale o, se il difensore ne richiede la restituzione, in copia è inserita nel fascicolo del difensore, compendio formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari.

Con questa disposizione, l'art. 391 *octies* c. 3 individua la sede materiale di custodia delle risultanze delle investigazioni difensive che il difensore ha ritenuto conveniente presentare direttamente al giudice durante le indagini preliminari ovvero nel corso dell'udienza preliminare.

Il nesso di consequenzialità che lega la formazione del fascicolo alla produzione degli atti investigativi difensivi induce, ovviamente, a ritenere che può anche accadere che un fascicolo del difensore non venga mai formato nell'ambito di un determinato procedimento, non essendo immaginabile che la cancelleria del giudice per le indagini preliminari possa procedere alla formazione di un fascicolo

senza che via sia stato il deposito di, quantomeno, un atto d'indagine difensiva [SCILLITANI (8) 307].

Sembra, questa, l'unica interpretazione possibile dell'art. 391 *octies*, salvo voler riempire le cancellerie dei giudici per le indagini preliminari di migliaia di fascicoli "vuoti". A voler ragionare diversamente, rimarrebbe comunque aperto il problema della conoscenza, da parte dell'ufficio, di un procedimento ancora mai pervenuto a fasi di contatto con il giudice per le indagini preliminari. E', allora, facile ipotizzare che, nella prassi, sia il difensore a formare effettivamente il proprio fascicolo, ossia a confezionarlo materialmente depositando in cancelleria un compendio già strutturato e suscettibile di ulteriori immissioni, legate allo svolgimento di investigazioni difensive successive. Ed infatti, è stato detto in dottrina che il difensore sarebbe il soggetto abilitato alla formazione del fascicolo difensivo, la cancelleria del giudice sarebbe gravata dell'incombente della conservazione [RUGGIERO, *sub art. 391 bis* (86), 307].

La distinzione tra le forme di presentazione degli atti a seconda del soggetto che ne è destinatario - pubblico ministero o giudice - imponeva, può dirsi, una differenziazione anche sotto il profilo della destinazione degli atti investigativi, essendo privo di coerenza sistematica un sistema che, una volta sdoppiati i meccanismi di veicolazione, avesse considerato irrilevante l'una, ovvero, l'altra forma di conservazione. Ed allora, se gli atti presentati al pubblico ministero - ipotesi ancora prevista, sebbene in via residuale - sono inseriti nel fascicolo delle indagini preliminari, quelli destinati al giudice non potevano che avere quale luogo di destinazione un fascicolo creato appositamente per assicurarne la custodia e, all'occorrenza, l'utilizzazione. La previsione di un fascicolo difensivo rappresenta una delle più significative innovazioni introdotte dalla legge sulle investigazioni difensive [TRIGGIANI, *sub art. 391 bis* (101), 451], assumendo, altresì, un rilievo simbolico, dal momento che fornisce "l'immagine di una perfetta simmetria tra la posizione del pubblico ministero e quella del difensore, confermando ancora di più l'idea di un processo di parti" [FILIPPI (3) 291; ROMBI (6) 1415. Essa rappresenta, secondo SCILLITANI (8) 295, la "logica conseguenza di una innovazione che assegna a chi tutela le ragioni dell'indagato (e dell'imputato) un compito essenziale nella ricerca, individuazione e assicurazione delle fonti di prova"]. "Finalmente" - infatti - "anche sotto questo aspetto il corredo delle parti private è parificato a quello del pubblico ministero perché il difensore è dotato di un fascicolo in cui è inserita la documentazione dell'attività investigativa da lui svolta, presentata al giudice e quindi utilizzabile in ogni stato e grado del procedimento allo stesso modo del fascicolo del pubblico ministero" [FILIPPI (3) 291].

2

La rubrica della norma che ci occupa ha consentito di ritenere che in assenza di controindicazioni - anzi in presenza di inequivoche prescrizioni normative - l'attività investigativa può riguardare sia la persona sottoposta ad indagini sia la persona offesa e gli altri soggetti coinvolti, che godono tutti dello stesso diritto [BRICCHETTI-RANDAZZO (1) 56; MARANDOLA (5) 1382]. Da tale assunto deriva

che i diritti affermati nella norma in esame sono riconosciuti indistintamente a **tutte le parti private** [RUGGIERO (7) 929; SPANGHER *sub* art. 391 *bis* (20), 206].

3

La norma attribuisce alla difesa soltanto la **facoltà** di depositare gli elementi di prova favorevoli, frutto della attività analiticamente indicata negli articoli precedenti. "Un assetto normativo così congegnato, però [...] pone in luce il fatto che l'esistenza o meno del fascicolo del difensore - connessa alla presentazione di elementi probatori - sia lasciata alla mera volontà del difensore medesimo. Non basta, infatti, il semplice allestimento di un fascicolo per determinare il deposito nel medesimo di ogni atto di indagine compiuto, ben potendo il difensore destinare alcuni atti all'ufficio del g.i.p., altri al p.m., altri ancora ritenersi presso di se in vista di futuri e solo eventuali utilizzi" [SCILLITANI (8) 307]. Chiaramente, dal momento della presentazione - alla quale segue, inevitabilmente, l'inserimento nel relativo fascicolo - la documentazione degli atti investigativi difensivi rimane definitivamente acquisita al procedimento e di essa non potrà essere richiesta la restituzione, sebbene dovesse, *a posteriori*, emergere il carattere pregiudizievole degli elementi acquisiti rispetto alla posizione della persona assistita [Siffatto profilo di rilevanza dell'inserimento dell'atto nel fascicolo del difensore è messo in evidenza, tra l'altro sulla scorta dei lavori preparatori, da TRIGGIANI, *sub* art. 391 *bis* (101), 452. Il dato, d'altra parte indiscutibile, è sottolineato, altresì, da VENTURA, *sub* art. 391 *bis* (105), 161].

4

Ogni soggetto sottoposto ad indagini può disporre, nell'ambito della propria attività difensiva, di un fascicolo del difensore, mentre in uno stesso procedimento i fascicoli potranno **moltiplicarsi** in rapporto al numero delle diverse parti private nonché alla pluralità degli indagati i cui difensori si siano attivati nella sfera investigativa [TRIGGIANI, *sub* art. 391 *bis* (101), 458].

II. La presentazione diretta al giudice.

1

Il principale strumento di acquisizione delle risultanze delle investigazioni difensive nel contesto procedimentale consiste nella presentazione diretta al giudice, nel corso delle indagini preliminari ovvero dell'udienza preliminare.

La versione originaria dell'innovazione legislativa in materia di investigazioni difensive prevedeva che la facoltà di presentazione dei risultati delle indagini potesse essere esercitata "per l'udienza preliminare" e che la correlata documentazione avesse, quale compendio di destinazione, il fascicolo del pubblico ministero.

Si trattava, dunque, di un corredo documentale che, proiettato verso la fase processuale, trascurava di considerare una fase - le indagini preliminari - nell'ambito

della quale, invece, vengono adottate importantissime decisione per lo più incidenti su beni della persona costituzionalmente tutelati. Nell'ambito delle predette fasi, dispone infatti l'art. 391 *octies* c. 1, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito. La previsione - ritenuta talmente ovvia da essere superflua [CORDERO⁶ 899] - presuppone, in relazione alla fase delle indagini preliminari, l'attivazione di un qualsiasi frangente in cui un soggetto del procedimento sia legittimato ad interloquire, in vista dell'adozione di un determinato provvedimento giurisdizionale.

2

L'assenza di specifici riferimenti soggettivi relativamente alla fase procedimentale richiamata - la norma, infatti, identifica nel giudice il destinatario degli atti investigativi, senza, però, specificare che debba trattarsi necessariamente del giudice per le indagini preliminari - consente, senza forzature di sorta, di ritenere che il difensore sia legittimato a produrre le proprie risultanze investigative a qualsiasi autorità giurisdizionale che intervenga nel corso del procedimento, incluso, quindi, il giudice del riesame e dell'appello in materia cautelare [TRIGGIANI, *sub* art. 391 *bis* (101), 480; VENTURA, *sub* art. 391 *bis* (105), 155; RUGGIERO, *sub* art. 391 *bis* (86), 312].

D'altra parte, la Suprema Corte ha ritenuto legittima la presentazione di elementi investigativi difensivi direttamente al giudice del riesame, puntualizzando che la nuova disciplina delle indagini difensive, nel prevedere un'amplissima possibilità, per i difensori delle parti private, di assumere prove, delinea per le stesse un'equiparazione, sotto i profili dell'utilizzabilità e della forza probatoria, a quelle raccolte dalla pubblica accusa nelle diverse fasi del procedimento - indagini preliminari, udienza preliminare e dibattimento - con la conseguenza che, allorché al giudice del riesame vengano dalla difesa della persona sottoposta alle indagini offerti elementi di prova in favore del proprio assistito, il tribunale ha l'obbligo di valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, attraverso argomentazioni logico-giuridiche adeguatamente corrette [C II, 30.1.2002, n. 13552, CP 2005, 144. Nello stesso senso v., inoltre, C VI 24.2.2003, n. 19502, CP 2004, 4156 la quale ha precisato che l'obbligo dell'autorità procedente di trasmettere al tribunale del riesame, oltre agli atti di cui all'art. 291 c. 1, anche "tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini" va circoscritto a quegli atti, documenti o risultanze acquisiti dalla stessa autorità e di cui la difesa non ha l'immediata disponibilità. Non rientrano in tale novero, quindi, i risultati favorevoli acquisiti nel corso delle investigazioni difensive, i quali, essendo nella piena disponibilità del difensore, possono essere presentati direttamente al giudice, secondo l'espressa previsione dell'art. 391 *octie*, con l'effetto che la rappresentazione delle ragioni fondate su detti risultati investigativi finisce con il trovare, comunque, compiuta realizzazione nel procedimento di riesame, dove ha piena applicazione il principio del contraddittorio processuale].

3

Nonostante la previsione normativa sembri limitare l'ambito operativo del meccanismo acquisitivo alla fase propriamente investigativa, la possibilità di attivare un procedimento incidentale anche successivamente alla chiusura di siffatto segmento procedurale impone, per ragioni di coerenza sistematica e di ragionevolezza, di ritenere che la possibilità di presentazione di elementi a favore dell'assistito sia riconosciuta anche relativamente alle procedure incidentali instaurate nel corso del giudizio [TRIGGIANI, *sub art. 391 bis* (101), 482]. In questo senso, in ogni caso, è orientata la Suprema Corte, la quale ha chiarito che il giudice chiamato a provvedere sull'istanza di revoca di una misura cautelare personale, formulata da un imputato già condannato in primo grado, ha l'obbligo di valutare gli elementi nuovi emersi dalle investigazioni difensive anche successivamente alla sentenza di condanna [C V 10.4. 2003, n. 21713, CP 2004, 2103].

4

L'art. 391octies c. 2 introduce un meccanismo acquisitivo di tipo diverso, perché sganciato dalla previa instaurazione di una fase specificamente caratterizzata dalla partecipazione del difensore e, quindi, da una finalizzazione delle risultanze investigative rispetto all'adozione di una determinata decisione. La norma prevede, infatti, che, nel corso delle indagini preliminari, il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale possa presentare gli elementi favorevoli al proprio assistito direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita.

La disposizione non impone che il difensore debba documentare le modalità di conoscenza "formale" della pendenza di un procedimento penale nei confronti del proprio assistito, di talché il dato legittimante la presentazione ed utilizzazione degli atti investigativi può essere costituito da qualsiasi notizia da cui si possa evincere, in maniera anche indiretta, la predetta pendenza [DI MAIO, *sub art. 391 bis* (29), 277]. E' stata abbandonata, infatti, l'idea, recepita dall'originario disegno di legge, di condizionare l'acquisibilità degli atti investigativi all'allegazione della certificazione prevista dall'art. 110 *bis* disp. att. e coord. ed attinente all'esistenza di iscrizioni al registro notizie di reato, ovvero dell'informazione di garanzia o, comunque, di altri atti identificativi del procedimento penale.

Potrebbe rivelarsi sufficiente, quindi, una produzione che sia correlata ad un procedimento penale del quale vengano, semplicemente, esposti i dati di identificazione formale.

E' chiaro che, una volta avvenuta, la presentazione rende gli elementi utilizzabili anche in contesti decisionali partecipati, ma la caratteristica essenziale del modello in esame consiste proprio nell'utilizzabilità generale degli atti nell'ambito del procedimento penale al quale accedono, estesa, dunque, a qualsiasi ipotetico ed in anticipo non pronosticabile intervento del giudice per le indagini preliminari. Il giudice deve, ovviamente, tenere conto degli elementi presentati dal difensore in tutti i casi in cui sia chiamato a decidere una questione determinata, dando conto

in motivazione dei criteri di valutazione adottati e dei risultati ai quali è, sulla base di essi, pervenuto.

III. Investigazioni difensive e udienza preliminare.

1

Per quel che concerne l'udienza preliminare, invece, le risultanze dell'investigazione difensiva, acquisite successivamente alla conclusione delle indagini preliminari, ovvero, nel corso di esse ma non prodotte in precedenza, potranno essere presentate direttamente in udienza e sottoposte alla valutazione del giudice in vista dell'adozione del provvedimento acquisitivo previsto dall'art. 421 c. 3. La facoltà, riconosciuta al difensore dall'art. 391 *octies*, di presentare gli elementi di prova va, dunque, esercitata prima dell'inizio della discussione, non potendo il principio di continuità investigativa consentire di aggirare il disposto dell'art. 419 c. 3: norma, quest'ultima, dalla quale si evince che, dopo l'inizio della discussione, le parti non possono più chiedere l'ammissione di atti o documenti non prodotti in precedenza.

Dopo l'inizio della discussione, tuttavia, non è precluso ai difensori delle parti, proprio in virtù del principio di continuità delle indagini, lo svolgimento di ulteriori attività investigative, ma gli esiti delle stesse, eventualmente richiamati ed illustrati durante la discussione, non possono essere acquisiti dal giudice, ma potranno soltanto essere utilizzati per sollecitare i poteri di integrazione probatoria di cui all'art. 422.

2

La Suprema Corte ha avuto modo di chiarire, relativamente al profilo cronologico e coerentemente con il sistema delineato dalla disciplina normativa, che è illegittimo il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dichiara l'inutilizzabilità delle risultanze delle indagini difensive depositate il giorno successivo alla prima udienza, considerato che il principio della continuità investigativa trova applicazione anche con riguardo alla parte privata. Con la conseguenza che - in virtù del combinato disposto degli artt. 327 *bis* c. 2, 442 c. 1 *bis*, 419 c. 3, 421 c. 3 e 391 *octies* - le indagini difensive possono essere svolte in qualsiasi stato e grado del procedimento, costituire oggetto di indagini suppletive ed essere prodotte *in limine* e nel corso dell'udienza preliminare, fatto salvo il diritto delle controparti di esercitare il contraddittorio sulla prove non oggetto di preventiva *discovery* [C V 10.4.2006, n. 23706, CP 2008, 686].

Quest'ultima precisazione rinvia a principi di ordine generale già noti per essere desumibili da una risalente presa di posizione della Corte costituzionale, di talché, posto che «[l]'impianto sistematico del codice di procedura penale giustifica che non siano state frapposte limitazioni temporali all'attività di indagine del pubblico ministero, dopo la richiesta di rinvio a giudizio e fino all'udienza preliminare» [C. cost., 16/1999 n. 16, CP 1994, 1182], nulla esclude che il difensore, indipendentemente dall'epoca di acquisizione, produca la documentazione concernente le proprie investigazioni poco prima dell'inizio della discussione.

Poiché <<[è] stato rimesso al giudice di regolare, ove non sia assicurata un'adeguata difesa, le modalità di svolgimento dell'udienza preliminare, anche attraverso congrui differimenti>>, la garanzia di effettività del contraddittorio impone al giudice, in siffatta evenienza e qualora il pubblico ministero ne faccia richiesta, di differire l'udienza al fine di poter esaminare la documentazione presentata e, eventualmente, contrastarne gli esiti mediante lo svolgimento di indagini suppletive.

3

Più problematica appare, invece, la possibilità di produrre risultanze dell'indagine difensiva nell'ambito della fase investigativa supplementare introdotta dal giudice dell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 421 *bis*. Il tema, infatti, si interseca con i dubbi interpretativi posti dalla norma in relazione ai destinatari dell'ordinanza di integrazione delle indagini, essendo oggetto di accesa discussione la riferibilità di essa soltanto al pubblico ministero [ZIROLDI (9) 947] ovvero a tutte le parti processuali [CASSIBBA (2) 360]. Infatti, aderendo alla seconda impostazione, è consequenziale all'ordinanza istruttoria la produzione di elementi investigativi acquisiti nel corso di indagini espletate proprio in conseguenza delle disposizioni dettate dal giudice.

IV. L'alternativa di rivolgersi al p.m.

1

Il difensore che ha svolto attività d'investigazione - e ne ha documentato le relative risultanze in conformità con il dettato normativo - dispone di un'estesa facoltà di utilizzazione, potendo veicolare i propri atti nell'ambito del procedimento attraverso due distinti canali comunicativi. Il primo ha come destinatario il pubblico ministero, al quale il difensore, ai sensi dell'art. 391 *octies* c. 4, può presentare gli elementi acquisiti a favore del proprio assistito. Si tratta di un itinerario acquisitivo noto al sistema processuale e, per certi versi, complementare ad esso [SCILLITANI (8) 309], dal momento che, già prima della riforma attuata con la legge sulle investigazioni difensive, gli artt. 367 e 415 *bis* ponevano il difensore nelle condizioni di relazionarsi con il pubblico ministero al fine di presentare "memorie e richieste scritte" ovvero, ai sensi della seconda disposizione, "depositare documentazione relativa ad investigazioni" eventualmente compiute. Sembra ovvio che, nell'ambito di un sistema in cui il difensore, come si è visto, può scegliere di produrre i risultati delle proprie indagini direttamente al giudice, la veicolazione di essi verso il pubblico ministero costituisce uno strumento destinato ad operare esclusivamente nei casi in cui l'obiettivo perseguito sia quello di incidere direttamente sulle scelte di quest'ultimo, soprattutto in relazione alle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale [VENTURA, *sub* art. 391 *bis* (105), 152; SCILLITANI (8) 309. Mette in rilievo TRIGGIANI, *sub* art. 391 *bis* (101), 463, come l'opzione concernente la destinazione degli atti d'indagine di-

fensiva costituisca una scelta di ordine tattico che la difesa affronta alla luce delle circostanze del caso concreto].

La valutazione difensiva è, in ogni caso, connotata da una peculiare complessità, posto che il difensore è chiamato a contrapporre e bilanciare le prospettive di incidenza delle risultanze investigative sulle determinazioni di pertinenza del pubblico ministero con i rischi di vanificazione della propria strategia difensiva connessi all'anticipata *discovery* che la scelta, inevitabilmente, comporta. Avendo come destinatario il pubblico ministero, infatti, la documentazione che il difensore ha trasmesso è inserita immediatamente nel fascicolo delle indagini preliminari.

V. La formazione del fascicolo presso l'ufficio g.i.p.

1

Dalla lettura della norma in esame si apprende che la documentazione difensiva deve essere depositata in originale non essendo ammissibile la produzione di semplici copie; al difensore è tuttavia riconosciuta la facoltà (non sindacabile) di richiederne la restituzione sostituendo, soltanto allora, gli originali con delle copie. Tutta la documentazione così prodotta viene inserita nel fascicolo difensivo formato durante le indagini preliminari e custodito presso l'ufficio del g.i.p. sino alla conclusione delle stesse. La **conservazione** secondo questi criteri, mentre, per un verso, ne agevola la sua utilizzazione, dall'altro, contribuisce "a dare certezza" dell'attività difensiva.

2

La presentazione del fascicolo difensivo al g.i.p., anche a prescindere da un suo intervento, ha imposto una iniziale riorganizzazione degli uffici giudiziari e sono state plasmate nuove prassi.

Sono state, in primo luogo, stabilite le modalità di presentazione del fascicolo e la sua catalogazione o **numerazione**. Accade che la difesa - anticipando il p.m. - si rivolga al giudice prima ancora che egli conosca quel procedimento penale. Nelle cancelleria del g.i.p. è stato creato *ad hoc* un **archivio dei fascicoli del difensore**, catalogati secondo metodi efficienti e funzionali, mentre per quanto attiene i criteri di assegnazione al giudice del fascicolo del difensore, tutte le volte in cui egli non sia stato ancora investito del procedimento su richiesta dell'accusa, sono state seguite le stesse prassi adottate quando l'impulso provenga dalla Procura della Repubblica. Ancora, la funzionalità dell'archivio deve assicurare che il giudice possa controllare se sia stata depositata una documentazione difensiva utilizzabile per una domanda del p.m. formulata e trasmessa successivamente. La questione è di notevole importanza se si riflette sulle conseguenze sanzionatorie che possono derivare da un controllo superficiale che potrebbe indurre alla mancata menzione del materiale a difesa nella decisione del giudice (art. 292 c. 2 lett. *c bis e ter*).

VI. L'accesso al fascicolo difensivo.

1

La necessità di salvaguardare quella forma di segreto investigativo difensivo connesso alla piena osservanza dei divieti informativi stabiliti dagli artt. 351 e 363 ha determinato l'introduzione di una previsione volta ad evitare che la documentazione inserita nel fascicolo del difensore possa entrare immediatamente nella disponibilità del pubblico ministero.

L'art. 391 *octies* c. 3 stabilisce, infatti, che questi possa prendere visione e, ritenendolo necessario, estrarre copia degli atti depositati dal difensore soltanto prima che venga adottata una decisione su richiesta delle altre parti o con il loro intervento, "il che significa che, se non si è in vista di una decisione di tal genere, il pubblico ministero non ne ha facoltà, né il titolo per una generale *discovery* anticipata" [TRIGGIANI, *sub art. 391 bis* (101), 458. Se fosse consentito al pubblico ministero di consultare il fascicolo del difensore anche in casi diversi, rileva VENTURA, *sub art. 391 bis* (105), 161, il segreto sugli atti difensivi sarebbe vanificato, potendo essere eluso mediante la presentazione di richieste di qualsiasi genere da parte del pubblico ministero, anche meramente pretestuose].

2

La norma non chiarisce secondo quali meccanismi possa garantirsi la conoscenza dell'avvenuta formazione del fascicolo difensivo al pubblico ministero, di talché è stata prospettata la soluzione di porre, in capo al giudice investito della definizione di una questione secondo modalità implicanti la *discovery* degli atti difensivi, l'onere di avvisare la parte pubblica della facoltà di esaminare ed estrarre copia degli atti in esso contenuti [VENTURA, *sub art. 391 bis* (105), 161; DI MAIO, *sub art. 391 bis* (29), 278. Nonché, pur riconoscendo che il rimedio è del tutto empirico, RUGGIERO, *sub art. 391 bis* (86), 309]. Siffatto adempimento, però, non è imposto da alcuna disposizione per cui, non potendosi nemmeno configurare un onere informativo a carico del difensore, è necessario che sia il pubblico ministero, una volta avuta conoscenza della pendenza di un itinerario incidentale attivato dalle parti private - ovvero nel cui ambito esse hanno titolo ad interloquire - ad attivarsi presso il giudice competente al fine di acquisire notizie circa l'avvenuta formazione di un fascicolo difensivo ed il suo contenuto [FILIPPI (3) 303].

3

Lo stesso ordine di problemi si pone relativamente al potere delle parti private di esaminare la documentazione prodotta da un'altra parte e contenuta nel fascicolo del difensore di pertinenza di quest'ultima, posto che difetta, anche rispetto a siffatto profilo di dinamica procedurale, un'espressa previsione normativa. Evidenti ragioni di simmetria nella configurazione dei poteri e delle facoltà delle parti, unite ad esigenze connesse alla garanzia piena e completa del diritto di difesa, rendono preferibile la tesi che estende a ciascuna di esse gli aspetti temporali e

modali dell'accesso al fascicolo difensivo previsti in relazione al pubblico ministero.

VII. La riunione al fascicolo dell'accusa.

1

Dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore, fino a quel momento custodito presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari, deve essere inserito nel fascicolo disciplinato dall'art. 433. Sono oltremodo note le perplessità destinate dalla norma di cui all'art. 391 *octies* c. 3, non essendo chiaro se la riunione dei fascicoli deve avvenire nel momento in cui le indagini preliminari si concludono - ossia prima dell'esercizio dell'azione penale e, quindi, in un segmento procedurale in cui non è stato ancora formato il fascicolo previsto dall'art. 433 - oppure successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio e, dunque, alla formazione del fascicolo del pubblico ministero. Il riferimento alla chiusura delle indagini preliminari, in altre parole, è asistemático rispetto al richiamo del fascicolo del pubblico ministero dal momento che sussiste, anche sul piano normativo, una sfasatura temporale tra la conclusione delle prime e la formazione del secondo.

2

L'infelice formulazione della disposizione contenuta nell'art. 391 *octies* è messa in evidenza dall'unanime dottrina, la quale si disarticola, però, in una pluralità di posizioni allorché si pone alla ricerca della fase in cui collocare il procedimento di riunione. Mentre secondo alcuni, infatti, l'unificazione dei due fascicoli dovrebbe avvenire all'esito dell'udienza preliminare e, cioè, quando viene effettivamente formato il fascicolo del pubblico ministero [TRIGGIANI, *sub* art. 391 *bis* (101), 461], altra dottrina, invece, ritiene che il momento della riunione dovrebbe collocarsi nella fase antecedente l'esercizio dell'azione penale, al fine di consentire al pubblico ministero di utilizzare gli atti dell'investigazione difensiva allorché deve decidere se esercitare o meno l'azione ovvero allo scopo di consentirne la valutazione nei procedimenti speciali, di talché la riunione avrebbe quali referenti oggettivi il fascicolo del difensore ed il fascicolo delle indagini preliminari [VENTURA, *sub* art. 391 *bis* (105), 163].

A dire il vero, la prima delle ragioni a sostegno della seconda soluzione non appare persuasiva, dal momento che il difetto di conoscenza, da parte del pubblico ministero, dell'esistenza del fascicolo del difensore nel momento in cui è chiamato a valutare se esercitare l'azione penale costituirebbe niente altro che la conseguenza della scelta difensiva di produrre gli stessi direttamente al giudice. La seconda, invece, non sembra tenere conto del fatto che il fascicolo del difensore sarebbe utilizzabile dal giudice dei riti speciali a prescindere dall'eventuale inserimento nel fascicolo delle indagini preliminari. Non a caso, la dottrina che sostiene la tesi contraria è costretta a prendere atto dell'inesistenza di meccanismi comunicativi finalizzati a consentire al pubblico ministero di avere contezza

dell'esistenza del fascicolo del difensore, inesistenza alla quale si è costretti a rimediare mediante l'evidente forzatura normativa di ipotizzare l'introduzione di un onere informativo a carico della persona sottoposta alle indagini e da adempiere a seguito della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari [VENTURA, *sub* art. 391 *bis* (105), 163].

3

Comunque sia, il fascicolo del difensore conserva, anche successivamente all'inserimento nel fascicolo del pubblico ministero, la propria autonomia strutturale [SPANGHER, *sub* art. 391 *bis* (93), 207], come è confermato dalla disposizione contenuta nell'art. 433 c. 3. La norma, infatti, prevede che la documentazione dell'attività integrativa d'indagine, compiuta, come è noto, in una fase in cui è già stato formato il fascicolo in discorso, sia inserita, ricorrendo le condizioni ivi previste, nel fascicolo del pubblico ministero ed in quello - ancora esistente, quindi - del difensore. Sarebbe stato preferibile, dunque, introdurre una nuova denominazione per il fascicolo in cui quest'ultimo è confluito pur conservando la propria autonomia, qualificando siffatto compendio onnicomprensivo come fascicolo delle parti [FILIPPI (3) 310]. La prospettiva non è stata seguita, così come non ha trovato spazio l'ipotesi, pure coltivata durante i lavori preparatori, di sostituire l'attuale rubrica dell'art. 433 con quella, più ampia, di "fascicolo del pubblico ministero e del difensore". Il risultato di realizzare una sorta di formalizzazione della permanente autonomia dei fascicoli, dunque, non è stato conseguito mediante una rivisitazione della rubrica della disposizione, ma ciò non ha inciso, sotto alcun profilo, sull'essenza delle questioni sottese alla previsione di una duplicazione di fascicoli, ossia la mancanza di qualsiasi diversificazione, sotto il profilo dell'efficacia in dibattimento, tra gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero a seconda della provenienza dall'ufficio della pubblica accusa o, invece, dall'attività difensiva [SCILLITANI (8) 312].

4

Il meccanismo descritto dalla norma, finalizzato ad inserire il fascicolo del difensore in quello dell'accusa, sembra non tener conto dei processi che vengono celebrati senza udienza preliminare, e perciò senza il momento di formazione in contraddittorio del fascicolo *ex* art. 433, quali quelli a **citazione diretta** (art. 553) oppure secondo il **rito direttissimo** (art. 450 c. 4). In questi casi il fascicolo per il dibattimento viene preparato dal p.m., senza alcun collegamento con la cancelleria del g.i.p. dove potrebbe essere depositato il fascicolo del difensore. Lo stesso disinteresse normativo pare cogliersi per la procedura di **archiviazione** del procedimento; qui l'incontro dei due fascicoli sarà occasionale dato che entrambi confluiscono verso il giudice delle indagini preliminari. Deve dunque sussistere una sorta di canale informativo tra i diversi uffici, ma l'onere non deve essere necessariamente in capo al giudice poiché egli potrebbe trovarsi nell'impossibilità di provvedervi "con verosimile sconcerto del depositante e lievitazioni delle incombenze per la parte pubblica" [MANZIONE-MARZADURI

(4) 60].

BIBLIOGRAFIA: (1) BRICCHETTI-RANDAZZO, *Le indagini difensive*, Milano 2001, 56; (2) CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, 2007; (3) FILIPPI, *Il Fascicolo del difensore*, in FILIPPI, *Processo penale*, 291; (4) MANZIONE-MARZADURI, *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, *GD* 2001, 1, 57; (5) MARANDOLA, *Indagini difensive*, *Stl* 2007, 1382; (6) ROMBI, *Le investigazioni difensive: la dichiarazione scritta*, *DPP* 2002, 1415; (7) RUGGIERO, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, *DPP* 2002, 929; (8) SCILLITANI, *Il fascicolo del difensore*, in DALIA-FERRAIOLI (a cura di), *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, Milano 2002, 295; (9) ZIROLDI, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in SPANGHER, *Trattato*, III, 2009, 629; cfr. anche bibl. *Sub art. 391 bis*.