



LEONARDO SURACI
PROVA DICHIARATIVA
E INVESTIGAZIONI DIFENSIVE

LIMITI E PROSPETTIVE
DOPO LA LEGGE 7 DICEMBRE 2000, N. 397.

Edizioni AZ

A CARMELINA

LEONARDO SURACI

PROVA DICHIARATIVA
E INVESTIGAZIONI DIFENSIVE

LIMITI E PROSPETTIVE
DOPO LA LEGGE 7 DICEMBRE 2000, N. 397

EDIZIONI AZ
2004

Proprietà letteraria riservata

Nessuna parte di questa pubblicazione può essere memorizzata, fotocopiata o comunque riprodotta senza le dovute autorizzazioni; chiunque favorisca questa pratica commette un illecito perseguibile a norma di legge

L'immagine in copertina, curata dall'arch. Bruno Romeo, raffigura con forme semplici il dilemma dell'accertamento giudiziale

PREMESSA

Il sistema processuale adottato dal legislatore italiano nel 1988 presentava spiccati caratteri di tendenzialità verso un modello di processo penale che si suole definire come connotato dei sistemi istituzionali democratici.

Il binomio democrazia – processo accusatorio caratterizza un quadro relazionale costantemente contrapposto, nelle trattazioni sul processo penale, a quello che configura il sistema inquisitorio come strumento repressivo tipico dei regimi totalitari.

Quando il nuovo codice vedeva la luce i tempi per la predisposizione di un modello di investigazione binario non erano maturi, anche se qualche spiraglio di luce verso il riconoscimento di una effettiva parità delle parti sul piano della conduzione di attività investigative parallele, dell'acquisizione di elementi conoscitivi e dell'impiego per fini decisori traspariva dalla timida presa di posizione sfociata nell'inserimento, tra le norme di attuazione, dell'art. 38.

Una speranza, si disse, in attesa di un intervento normativo organico su una materia sconosciuta ad un sistema governato nella mente e nel cuore dagli angusti principi di un codice inquisitorio.

Che la speranza avrebbe tardato a tradursi in realtà positiva era prevedibile, e poco importava se la mancanza di spazi investigativi privati produceva come risultato evitabili ingiuste detenzioni cautelari, evitabili ingiuste condanne, in una parola evitabili ingiustizie.

Ciò che non poteva prevedersi, invece, era l'avvio di un processo inverso. Di un processo, cioè, che, anziché essere proteso all'affinamento dei meccanismi di funzionamento del sistema accusatorio, conducesse rapidamente al dissolvimento dei tratti caratterizzanti il nuovo modello processuale.

La stagione della controriforma – Massimo Nobili l'ha efficacemente definita la stagione del <<tonfo dell'accusatorio>> – aveva consegnato ai cittadini un nuovo codice inquisitorio, lontano anni luce dal già imperfetto modello originario, nel quale non vi era traccia di quei “*caratteri del sistema accusatorio*” che l'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (“*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*”) imponeva al nuovo codice di attuare.

L'accettazione di un sistema processuale sottratto alla gestione esclusiva dell'inquisitore incontrava resistenze, e il tentativo di riportare indietro le lancette dell'orologio processuale penale non poteva certamente ospitare una riflessione sulla materia delle investigazioni difensive.

La battaglia si spostò dal terreno del diritto a quello della cultura giuridica, contendendosi il campo il garantismo e il giustizialismo, l'un contro l'altro armati.

Il garantismo, alla fine, è prevalso e la riforma dell'art. 111 della Costituzione ne ha sanzionato il definitivo successo, costituendo i principi del giusto processo un solido baluardo rispetto ad ogni proposito di stampo restauratore.

Il ritorno allo spirito del sistema accusatorio ha realizzato l'importante risultato

di riportare al centro dell'attenzione il tema dell'investigazione difensiva nel processo penale, nel convincimento che il concorso parallelo di attività di raccolta di elementi conoscitivi costituisce la migliore garanzia di realizzazione di convincimenti giudiziali giusti, ossia assistiti da maggiori probabilità di corrispondenza al fatto storico.

La legge 7 dicembre 2000, n. 397 rappresenta il punto di svolta del nostro modello processuale, poiché pone le parti in posizione di tendenziale parità nel momento cruciale dell'accertamento penale.

Alla generica enunciazione di un principio, contenuta nell'infelice disposizione di attuazione ormai in pensione, si sostituisce una disciplina organica dei poteri investigativi delle parti private, dei limiti e delle potenzialità utilizzative delle relative risultanze.

La parte attinente alla raccolta ed utilizzazione di elementi di prova a carattere dichiarativo rappresenta il momento di qualificazione dell'intervento legislativo di fine secolo, soprattutto in considerazione degli innumerevoli problemi che l'espletamento di una attività di acquisizione su fonti personali aveva prodotto nel vuoto normativo che caratterizzava la disciplina precedente.

Problemi reali, sia chiaro, ma non assolutamente insuperabili qualora la spinta innovatrice proveniente dalla più accorta dottrina non si fosse infranta sul muro delle resistenze di una giurisprudenza fortemente conservatrice e di una classe forense ancora troppo legata ad un modello di processo a propulsione unilaterale.

Lo studio di questo settore della legge sulle investigazioni difensive costituisce l'oggetto del presente lavoro.

Uno studio che ha consentito, già nel 2002, di pubblicare sul Sito Internet *FILODIRITTO.COM* uno scritto dal titolo *Limiti all'attività difensiva di ricerca ed acquisizione di elementi di prova a carattere dichiarativo dopo la legge 7 dicembre 2000, n. 397*. Di quell'opera è stata conservata l'impostazione, mentre il contenuto è stato approfondito e sviluppato, al punto che talune delle conclusioni alle quali si era all'epoca pervenuti sono state rimesse.

Osservo con piacere che quello scritto è richiamato da diversi autori. Per questo ringrazio il Dott. Luca Martini, responsabile del Sito Internet *FILODIRITTO.COM*, da me personalmente conosciuto a Bologna, nel 2002, in occasione di un importante convegno.

Il motivo di un impegno sul tema delle investigazioni difensive su fonti dichiarative risiede nella consapevolezza che il nuovo ruolo del difensore nel processo penale si misura sulla capacità di attivare efficacemente gli strumenti di ricerca e acquisizione di elementi di prova dichiarativa che la legge mette a disposizione del penalista.

Il fine è quello di mettere in evidenza i limiti di un modello investigativo privato che, caratterizzato da una eccessiva timidezza nella predisposizione degli istituti giuridici – determinata dalla paura, nemmeno tanto celata, di possibili abusi da parte dei difensori, dunque dall'eccessiva attenzione verso possibili momenti di patologia – rischia di non trovare spazi sufficienti per un effettivo decollo.

Senza la pretesa, chiaramente, di consegnare verità dogmatiche assolute, anzi con la piena consapevolezza dei propri limiti. Una consapevolezza che, molto spes-

so, ha consentito all'idea di rinunciare al progetto di affiorare. L'affetto, lo stimolo, i consigli, il sostegno, la pazienza quotidiani di Francesco, Maria, Carmelina, Ugo, sono stati determinanti per portare l'opera a compimento.

A tutti loro va ogni mio pensiero.

A Carmelina, inoltre, va ogni pagina di questo libro.

LE INDAGINI DIFENSIVE NELLA TORMENTATA STORIA DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE DEL 1988. L'INDISPENSABILITÀ DI UN MODELLO INVESTIGATIVO BINARIO.

SOMMARIO: 1. Processo penale, modelli di accertamento e indagini difensive. – 2. Profilo statico e profilo dinamico del diritto di difesa. Dai principi ispiratori alle regole di procedura le contraddizioni di un modello processuale accusatorio "atipico". – 3. L'art. 358 c.p.p. da norma di garanzia dell'economicità dell'accesso al processo penale a strumento di tutela (riflessa) della posizione della persona sottoposta alle indagini. – 4. L'art. 38 delle Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale: i limiti strutturali della norma e le interpretazioni restrittive della giurisprudenza.

1. Processo penale, modelli di accertamento e indagini difensive.

La valutazione della dimensione di una innovazione normativa esige, in primo luogo, un giudizio sulla rilievo della materia che di essa costituisce tema di trattazione. Si qualifica ulteriormente, poi, attraverso l'analisi degli effetti che l'innovazione è destinata a produrre nel contesto ordinamentale e sociale nel quale si colloca e si appresta ad operare in veste di elemento costitutivo di un universo normativo più ampio, organizzato in sistema¹.

Quanto più la nuova produzione legislativa si propone come capace di influire significativamente su un modello e, ancora prima, sull'ispirazione di fondo di un intero sistema, tanto maggiore è la sua importanza sul piano storico e culturale, normativo e sociale.

Dunque, non può intendersi il carattere per certi aspetti rivoluzionario della riforma attuata dal legislatore mediante la legge 7 dicembre 2000, n. 397, senza avere la piena consapevolezza della portata caratterizzante di un determinato sistema processuale penale che assume il "diritto di difesa"², considerato che «a livello teorico, il razionale collegamento del tema delle investigazioni con quello della difesa emerge con immediatezza dalla stretta correlazione che nella stessa locuzione investigazione difensiva traspare tra il ramo della investigazione ed il tronco della difesa giudiziale, sì da desumersene che il progredire del secondo comporti necessariamente il progredire del primo»³.

Posta brevemente la premessa, vale la pena, in sede introduttiva di un lavoro di studio di peculiari profili della disciplina delle investigazioni difensive, di affidarsi alle chiare parole di un illustre studioso sul tema – il diritto di difesa – la conformazione concreta del quale costituisce da sempre il punto di sella dell'analisi della

¹Il concetto di sistema è coesistente alla definizione del diritto elaborata da A. FALZEA nella sua opera *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto del diritto*, Milano, 1992, p. 393: «insieme di valori dell'agire umano derivanti da una vita comune e resi manifesti da una comune esperienza e cultura». Precisa infatti l'Autore che il "sistema" di valori ed interessi ed il "sistema" di forme evidenzianti costituiscono, rispettivamente, l'aspetto sostanziale e formale del diritto.

²Una consapevolezza che indubbiamente possiede E. RANDAZZO, *Separazione delle carriere e carcere duro le riforme nel mirino delle Camere penali*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 40, p. 11, il quale identifica nell'effettività della difesa «il primo parametro di un sistema processuale equilibrato».

³Così G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 4, il quale ammette come la stessa cosa non possa dirsi sul piano storico «dal quale emerge che il procedere delle due istanze, lungi dall'essere simultaneo, si è realizzato in tempi distinti, e talvolta distanti tra di loro».

dottrina processualpenalistica più consapevole della sua funzione identificativa dell'intero sistema: «Duplice è il fondamento della difesa come funzione del processo: diritto individuale e garanzia di corretto accertamento giudiziale. Nel primo profilo (...) un sistema di accertamento per applicare la pena non può relegare ai margini del processo chi rischia di subirla, ma deve consentirgli di interloquire con pari, se non maggiore, titolo di chi esprime l'interesse alla punizione del colpevole, ossia l'accusatore; soprattutto perché la sentenza, una volta divenuta irrevocabile, vale indipendentemente dalla giustizia delle sue statuizioni. Sulla difesa come diritto individuale non c'è altro da dire (...) trattandosi di un valore che si accetta o si rifiuta in base a scelte ideologiche, salvo accoglierlo in quella forma compromissoria, obliqua (la difesa come comparsa) che è in realtà un modo particolarmente odioso di respingerlo. Il secondo profilo (la difesa come garanzia oggettiva) esprime una scelta gnoseologica, eminentemente utilitaria, ancillare rispetto ai fini del processo. E' la speranza – come dice una vecchia e suggestiva metafora – che “contrapponendo ai ragionamenti e alle deduzioni dell'accusa i ragionamenti e le deduzioni della difesa” si produca “l'attrito dal quale, come da ferro battuto, sprizzano quelle scintille di luce che illuminano la mente e la coscienza dei giudicanti”. In termini più moderni, è la convinzione che il migliore mezzo per saggiare la fondatezza di un'accusa sia di instaurare il contraddittorio tra chi, avendola formulata, ha interesse a sostenerla e chi, essendone il destinatario, ha interesse a confutarla, a falsificarla»⁴.

Poche parole, ma estremamente significative per fare emergere l'indefettibilità del ruolo di una effettiva difesa nell'ambito della dinamica processuale penale, non soltanto come strumento di garanzia della posizione della parte più debole del processo, ma anche quale elemento concorrente a caratterizzare lo statuto epistemologico della procedura penale⁵.

La spiccata valorizzazione del diritto di difesa, che principalmente si traduce, sul piano processuale, nell'accettazione del metodo di accertamento fondato sul contraddittorio nella formazione della prova⁶, è culturalmente, ancora prima che giuridicamente, strumento intimamente collegato con la scelta di un modello processuale a struttura

⁴Così, P. FERRUA, *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, p. 468. Nello stesso senso cfr. A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, Padova, 2001, p. 15, il quale sottolinea che i contenuti e la concreta portata applicativa del diritto di difesa «variano in relazione all'ideologia predominante in un determinato momento storico e culturale». Egualmente, l'Autore, nell'opera *ult. cit.*, p. 39, sembra convenire sul duplice fondamento della difesa, rilevando che «se il diritto di difesa fosse stato inteso esclusivamente come diritto individuale e, come tale, legittimamente rinunciabile, la disciplina relativa alla nomina coatta del difensore d'ufficio non avrebbe avuto alcuna copertura costituzionale».

⁵L'indefettibilità – insegna T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994, p. 211 – è la caratteristica fondamentale degli organi costituzionali, nel senso che la loro presenza nell'ordinamento vale a caratterizzare la forma di stato o la forma di governo «laddove il loro venir meno (od una radicale riforma delle loro attribuzioni o del loro modo di formazione) provocherebbe un mutamento dell'assetto costituzionale dei poteri». La difesa è indefettibile nel senso che la struttura delle garanzie difensive influisce sul modo di essere del processo se non, addirittura, sull'essere del processo.

⁶Il carattere fondamentale del contraddittorio quale metodo di accertamento di fatti penalmente rilevanti, dunque “per la prova” e non “sulla prova”, è sottolineato pressoché unanimemente dalla dottrina processualpenalistica. Tra i più accesi sostenitori di questa impostazione si pone G. FRIGO, il quale, in uno scritto dal titolo *Un'involuzione dell'impianto accusatorio con il pretesto di tutelare la difesa*, in *Guida al diritto*, 1998, 44, p. 62., in sede di primo commento alla “storica” sentenza della Corte costituzionale 2 novembre 1998, n. 361, proprio per sottolineare quali effetti disastrosi produce l'affermazione di una

accusatoria⁷.

Una scelta assolutamente lontana dal carattere neutrale ed asfittico che talora caratterizza le opzioni legislative, che rifugge dalla mera adesione ad astratte modellistiche processuali, essendo il risultato finale dell'accettazione dei valori fondamentali della democrazia liberale, ai quali anche all'interno del processo viene attribuita rilevanza e garantite forme avanzate di tutela.

Il primato della persona, la consapevolezza della necessità di garantire uno spazio vitale senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana costituiscono il quadro di valori che fa da sfondo alla scelta del modello processuale accusatorio, l'accettazione del quale postula sul piano culturale il superamento della concezione del processo penale come percorso cognitivo finalizzato a conseguire un risultato storico dotato di un'immagine più emblematica che reale, ossia la verità assoluta, certa⁸.

La concezione ideologica di un processo penale come mezzo idoneo ad acqui-

garanzia meramente circoscritta all'assicurazione del contraddittorio sulla prova, definì la concezione minimalista accolta dalla Corte «immagine fittizia e caricaturale del contraddittorio». La tesi dell'accoglimento, nel nostro sistema, di un concetto di contraddittorio "in tono minore" deve ritenersi definitivamente superata a seguito della modifica costituzionale attuata con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. Invero, come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza 25 ottobre 2000, n. 440, l'art. 111 Cost. enuncia il principio del contraddittorio nella duplice dimensione soggettiva ed oggettiva, quest'ultima intesa come metodo di accertamento giudiziale dei fatti. Dunque, come ribadito da ulteriori e più recenti prese di posizione dei giudici di Palazzo della Consulta (sentenza n. 32 e ordinanza n. 36 del 2002), è prova soltanto il materiale conoscitivo che si forma nel contraddittorio. Per un esame dei principi del giusto processo inseriti nella nostra Costituzione si rinvia, anche per reperire importanti riferimenti bibliografici, a M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, V agg., pp. 595 ss. Interessanti osservazioni sono, altresì, svolte da E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1-2, pp. 93 ss.

⁷Senza soffermarci sul tema dei caratteri connotativi di un sistema processuale rispetto ad un altro, riportiamo le chiare parole di G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio* in *Enc. Dir.*, I, p. 336, per il quale «colto nella sua essenza, il sistema accusatorio appare come una contesa tra due parti nettamente contrapposte – accusatore e accusato – risolta da un organo al di sopra di entrambe, con conseguente, netta distinzione delle tre fondamentali funzioni processuali: accusa, difesa e giudizio». Ciò, tuttavia, l'illustre autore insegna dopo avere ribadito che «il riferimento al sistema accusatorio e al sistema inquisitorio conserva validità in quanto li si voglia considerare come modelli di organicità in sede logica o come criteri di politica criminale in sede legislativa o come metri di valutazione in sede positiva, oltretutto, naturalmente, come dati di ordine storico». Traspare già da questa precisazione la consapevolezza dell'impossibilità di adottare modelli processuali di un tipo o dell'altro nella loro astratta configurazione teorica. E' convinto fermamente di ciò, tra i molti, L. P. CAMOGGIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 119; nonché D. GROSSO, *Problemi dell'udienza preliminare*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, p. 327. Secondo G. LEONE-F. MENCARELLI, *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, p. 411 «non esiste un unico tipo di sistema accusatorio – il discorso vale ovviamente anche per quanto concerne quello inquisitorio – ma solo una serie di sistemi processuali storicamente individuati, che trovano un denominatore comune nel loro avviarsi su sollecitazione di un organo di parte che sostiene appunto l'accusa, ma che contengono tutti anche elementi di carattere inquisitorio». Per qualche spunto sull'evoluzione storica dei due modelli processuali e sulle origini dei modelli misti v. P. BRUNO, *Processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, pp. 125 ss. Passando da un approccio teorico ad un angolo visuale maggiormente connotato da giudizi di concretezza, critica l'eccesso di "ibridismo" del sistema processuale italiano, individuandovi «uno dei motivi più gravi dell'assoluta inefficienza del processo», R. OLIVERI DEL CASTILLO, *La natura ibrida del processo penale genera inefficienza*, in *Dir. e giust.*, 2003, 45, pp. 9 ss.

⁸Mette ben in evidenza P. P. RIVELLO, *Il dibattito nel processo penale*, Torino, 1997, pp. 57 ss., come sia «certamente errato contrapporre ad una verità "materiale", conseguibile con il sistema inquisitorio, una verità "formale", ed affermare che questa sarebbe l'unico risultato del sistema accusatorio (...) un simile

sire conoscenze in funzione dell'affermazione di verità materiali è destinata a naufragare⁹ innanzitutto perché il processo deve confrontarsi con il suo carattere essenziale di accadimento umano, dunque un fenomeno di cui le norme giuridiche possono disciplinare la dinamica ma non prestabilire il fine (la verità) e dare ad esso, addirittura, una impegnativa qualificazione (assoluta).

Su questo punto, invero, il legislatore è afflitto da una insuperabile afasia, appartenendo la verifica della fondatezza dell'attribuzione di un fatto tipico all'imputato¹⁰ ad una dimensione del processo che rifugge da qualità sostanziali suscettibili di essere formalizzate in enunciati normativi.

Un granello della complessa fenomenologia umana, dunque, è il processo, ma dotato di tratti peculiari in ragione della delicatezza degli interessi in gioco, poiché nell'ambito di questa straordinaria sequenza di atti e operazioni si realizza il «momento più difficile e drammatico dello scontro tra individuo e società»¹¹, tra una pretesa punitiva finalizzata al ripristino dell'ordine sociale violato dal reato e la istintiva, innata tendenza contestativa di colui che, di quella pretesa, è destinatario. Dunque, un fenomeno umano oltremodo complesso, nel quale le speranze, le emozioni della persona che ne è protagonista si incontrano con le pretese di una comunità che esige e richiede protezione a fronte della turbativa causata dal delitto.

La scienza, di cui gli infiniti aspetti della fenomenologia umana – dunque anche quell'aspetto denominato “processo penale” – costituiscono oggetto di studio, ha ormai superato ogni illusione di attingibilità di conoscenze assolute ed incontestabili¹² ed alla consapevolezza di questo limite gnoseologico intrinseco deve adeguarsi la tecnica ricostruttiva dei fatti interna al processo penale.

In altri termini, se, come è stato acutamente rilevato, «non è umanamente concepibile né istituzionalmente esatto che il meccanismo processuale sia predisposto per accertare (nel significato etimologico del rendere certo) la verità»¹³, non è conseguentemente accettabile l'arretramento del sistema processuale verso strutture

dualismo appare sterile e fuorviante, in quanto scopo comune di ogni processo è quello di tendere ad una verità “processuale”».

Ed è significativo che siano proprio le Sezioni Unite della Corte di cassazione a ribadire la necessità di abbandonare concezioni irrealistiche della portata dell'accertamento contenuto nella sentenza penale. Ed infatti, nella sentenza 28 maggio-24 settembre 2003, Torcasio e altro, il Supremo Collegio invita a vincere «qualunque tentazione di forzare le regole processuali in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale, considerato che le dette regole non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita».

⁹Ossia ad un soggetto che l'ordinamento – si badi – presume “non colpevole”. Per un'analisi del principio costituzionale si rinvia a P.P. PAULESU, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, IX, pp. 670 ss.

¹⁰G. RICCIO, *Il pacchetto di innovazioni procedurali riporta al vecchio rito inquisitorio*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 34, p. 13.

¹²Sono sintomatiche della “crisi di certezze” che caratterizza l'approccio scientifico allo studio dei fenomeni umani le difficoltà che hanno caratterizzato la ricerca di approdi definitivi sulla tematica della causalità omissiva e che di recente hanno subito un evidente acuirsi. Come ben mette in evidenza Cass. pen., Sez. IV, 23 gennaio-10 giugno 2002, De Sandro, «(i) più recenti risultati della ricerca epistemologica (...) hanno rimesso in discussione i criteri che garantiscono la validità della conoscenza.».

¹³A. MELCHIONDA, *Prova (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, pp. 649 ss. La stessa regola di giudizio racchiusa nell'espressione «al di là di ogni ragionevole dubbio», indubbiamente operativa nel nostro sistema processuale – cfr. Corte d'Assise di Milano, Sez. I, 11 luglio 2002, Cammarata e altro, ove si è rite-

epistemiche concepite in funzione dell'accertamento di un oggetto ormai espulso dall'universo delle umane capacità cognitive.

Per altro verso, ponendosi lungo una direttrice di osservazione che tralascia la stretta dogmatica, è altresì la necessaria caratterizzazione temporale dell'accertamento – ossia la sua posticipazione rispetto al fatto e dunque la funzione di verifica di fatti pregressi – a rendere il processo penale incapace di reperire verità assolute.

Per vero, il procedimento penale, come tutte le tipologie processuali, se può dirsi per comodità espressiva che ha come punto di riferimento fatti, deve più realmente ammettersi che assolve alla propria funzione cognitiva utilizzando e verificando “asserzioni” di fatti.

L'oggetto di prova, è stato efficacemente rilevato, non è il fatto, giacchè «non si può provare un fatto a posteriori, ma è semmai possibile esperirlo o constatarlo al momento del suo verificarsi (...) Se a livello teoretico può ammettersi che la verità è nei fatti nel processo non si può andare oltre la verifica della verità di una proposizione: la prova in quanto tale non riguarda un “fatto”, ma un “assunto”». Pertanto «le espressioni “prova di un fatto” e “prova della verità di un fatto” possono dunque reputarsi corrette esclusivamente come formule abbreviate di “prova della verità dell'affermazione di esistenza di un fatto”»¹⁴.

E' la connotazione del fenomeno processuale quale sequenza di atti a scopo cognitivo successiva al fatto oggetto di accertamento a costringere il giudice a formare il proprio convincimento su “affermazioni probatorie” utilizzando i risultati di esperimenti probatori che, a loro volta, si sostanziano in ulteriori affermazioni finalizzate alla verifica delle prime¹⁵.

Dunque, il giudice non fonda la propria elaborazione su fatti bensì su asserzio-

nuto che la regola trovi fondamento nel sistema costituzionale «in particolare negli artt. 2, 3, comma 1, 25, comma 2 e, soprattutto, 27, Cost., sì da costituire diritto vivente nel nostro paese» – è considerata formula di sintesi che esprime la strutturale inidoneità del processo penale a condurre verso l'acquisizione di certezze assolute. P. FERRUA, *Progetto Pitelli: una riforma dannosa che allontana il giusto processo*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 34, p. 11, ritiene che la suggestiva e trasparente espressione «riassum(e) la tensione tra due poli: da un lato, la consapevolezza che la verità affermata, come ogni verità storica, non potendo essere raggiunta deduttivamente, non ha nulla di logicamente necessario e, quindi, è sempre esposta al rischio di errore; ma, dall'altro, il riconoscimento che l'assunto di colpevolezza ha trovato solida conferma nelle prove presentate, resistendo ad ogni tentativo di falsificazione». Anzi, l'estraneità di una pretesa di ricerca di verità assolute rispetto ai fini del processo sarebbe connaturata, secondo noi, ancora prima al “principio di ragione” posto alla base proprio della regola probatoria e di giudizio compendiata nella formula “oltre il ragionevole dubbio”, ossia la regola secondo cui «è molto peggio condannare un innocente che lasciar libero un colpevole» (F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, n. 3, pp. 767 ss. Per ulteriori riflessioni sulla fondamentale regola di giudizio “oltre ogni ragionevole dubbio” si rinvia, tra i lavori più recenti, a F. CENTONZE, *La corte d'Assise di fronte al “ragionevole dubbio”*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1-2, pp. 673 ss.). L'idea del processo penale come strumento idoneo a conseguire verità materiali ha caratterizzato il corso dei lavori preparatori del codice di rito del 1930 e da esso è stata recepita in tutte quelle disposizioni che accordavano al giudice ed alle parti processuali poteri finalizzati alla “ricerca della verità”. Il codice attuale rifugge invece da ogni tentazione di finalizzare il compimento di atti processuali alla ricerca della verità. L'espressione, invero, appare soltanto nelle disposizioni che contemplano le varie formule di giuramento.

¹⁴G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig.disc. pen.*, X, pp. 300 ss.

¹⁵Torna utile, sia pure corretta alla luce di quanto sostenuto nel testo, la distinzione tra “fatto principale” e

ni di fatti. Egli decide sulla verifica o meno dei fatti asseriti utilizzando a sua volta asserzioni di fatti¹⁶.

Un coacervo di elementi che rende il processo “strutturalmente” inidoneo a consegnare all’osservazione storica verità assolute¹⁷. Esso può soltanto condurre a “convincimenti giudiziari” ed il percorso formativo di questi non può non apprezzare le conclusioni cui è pervenuta l’epistemologia contemporanea e per le quali occorre fermamente diffidare delle «verità unilaterali»¹⁸.

Questa acquisizione, proveniente da una branca della scienza alla quale il pro-

“fatto probatorio” elaborata da G. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, trad. it. di B. V. Zambelli, Bruxelles, 1842, p. 21, richiamata da A. MELCHIONDA, *Prova (Dir. proc. pen.)*, cit., p. 651: «Cos’è una prova? Nel senso più esteso che dar si possa a questa parola, si intende per essa un fatto supposto vero, che si considera come atto a servire qual motivo di credibilità sopra l’esistenza, o la non esistenza, di un altro fatto. Così ogni prova comprende almeno due fatti distinti: l’uno che può chiamarsi *fatto principale*, quello di cui si tratta provare l’esistenza o la non esistenza; l’altro, *fatto probatorio*, quello che è impiegato a provare il sì o il no del fatto principale. Ogni decisione fondata sopra una prova procede dunque in via di conclusione. *Un tal fatto essendo esibito, io conchiudo l’esistenza di un tal’altro*». La costruzione è particolarmente efficace e persuasiva, ma occorre specificare che il fatto principale ed il fatto probatorio sono, processualmente, asserzioni di fatti.

¹⁶Come ben rileva G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 311; anche il fatto notorio necessita di asserzione pur essendo sottratto ad ogni esigenza di prova.

¹⁷Lo stesso C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, p. 118, dopo avere sostenuto che il modello processuale a struttura accusatoria è incentrato su un sistema di ricerca dialogica e non monologante della “verità”, riconosce che esso, per questa sua connotazione strutturale, rende «più consistente l’argine contro il rischio di errori». Ciò è come dire – o almeno così a noi pare – che il processo non può accertare verità assolute. Di ciò sembra essere convinto, come rilevato sopra, il legislatore, il quale ha abbandonato nella codificazione del 1988 ogni riferimento all’accertamento della verità. Ma sembra esserne convinta la stessa Corte costituzionale la quale, nella nota sentenza 3 giugno 1992, n. 255, sottolinea come fine primario ed ineludibile del processo penale «non può che rimanere quello della ricerca della verità», una verità chiaramente intesa, stando alle conseguenze devastanti che dall’elaborazione della giurisprudenza costituzionale sono derivate sul sistema processuale, in senso assoluto. Nel 1998 (sent. n. 361) il fine del processo era dal Giudice delle leggi individuato, con una formula più accettabile anche sul piano terminologico, nel «l’accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità». Continua ad utilizzare l’espressione «ricerca della verità» e ad individuare in essa il «fine primario del processo penale» la Corte di cassazione (cfr., da ultimo, Sez. V, 1-9 luglio 2002 n. 26181 e prima, fra le tante, Sez. V, 5 marzo-15 maggio 1998, n. 5770; Sez. II, 27 settembre 1996-2 luglio 1997, n. 6403).

¹⁸Sono oltremodo chiare le parole di M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, pp. 62 ss.: «L’accertamento non è indifferente al modo con cui si compie (...) L’attività probatoria, infatti, non si risolve nel trasferire, dall’esterno all’interno del procedimento – diciamo così – dati che stiano all’intorno, pezzi di realtà solo da scoprire, afferrare, fotografare e che risultino immodificabili, identici, quale che sia il modo con cui si agisce e indipendentemente da coloro che provvedono (...) la verità giudiziale (e, perciò, la sentenza) esce diversa, a seconda di come la si è perseguita e di come si è proceduto». Passando dal piano delle affermazioni a quello delle esemplificazioni, l’esempio riportato in L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, 2000, pp. 129 ss. è pienamente espressivo del legame che sussiste tra risultato dell’accertamento e modalità di realizzazione di esso: «Si narra dei due novizi che volevano farsi autorizzare dal Padre Superiore a fumare. Il primo chiede: “Padre, posso fumare mentre prego?” Risposta inorridita: “Figlio mio, la preghiera deve assorbire il tuo corpo e il tuo spirito. Come puoi pensare di fumare mentre la tua più intima essenza è in contatto con il Creatore?”. L’altro novizio, riflette sulla risposta e chiede: “Padre, posso pregare mentre fumo?” “Certo, figlio mio, la preghiera deve accompagnare ogni atto; non ci deve essere momento della tua giornata senza preghiera». L’influenza della domanda (modalità di accertamento) sulla risposta (risultato dell’accertamento) lascia intendere come la tendenza verso la verifica di una ipotesi (l’ipotesi d’accusa) conduce ad un modo d’indagine cui deve contrapporsi in funzione di bilanciamento un altro modo d’indagine, proteso alla falsificazione dell’ipotesi stessa o alla sostituzione di essa con un’altra (l’ipotesi di difesa). Le risultanze di questo processo di affermazione e falsificazione forniscono la materia per un accertamento giudiziale pieno e, quindi, attendibile.

cesso penale deve necessariamente accostarsi in un'ottica di assimilazione, implica che il convincimento giudiziale si caratterizza per un grado di fondatezza, ossia di aderenza al reale accadimento storico, tanto più elevato quanto più appare fondato su asserzioni di fatti pertinenti con l'oggetto della verifica provenienti non già da una parte processuale, ma da tutti i soggetti del processo il cui interesse è inciso dalla decisione finale ed è ovvio che l'attività creativa di modelli processuali deve tenere conto di questo approdo scientifico, pena la rinuncia a priori ad un sistema di accertamento dei fatti attendibilmente efficace¹⁹.

Le premesse scientifiche e giuridiche che sorreggono l'opzione accusatoria – prima fra tutte la rinuncia ad ogni presunzione di infallibilità dell'operare fermo e segreto dell'inquisitore pubblico e l'opzione per la modalità di formazione della prova in contraddittorio – ben danno modo di comprendere la inscindibilità del rapporto che lega i modelli processuali a tendenza accusatoria con le facoltà investigative delle parti diverse dal pubblico accusatore²⁰.

La meccanica dei fenomeni umani non conosce strumenti attraverso i quali trasferire empiricamente dati della realtà nello scenario processuale penale. L'affermazione della verificazione di un fatto transita nel processo attraverso l'attivazione dei mezzi di prova, ma la valutazione della verità (da intendersi come sinonimo di fondatezza) di essa esige operazioni più complesse – di conferma e falsificazione in un primo momento, di giudizio in seguito – all'interno delle quali devono trovare esplicazione le potenzialità conoscitive di tutti i soggetti processuali.

L'accoglimento di queste premesse, e solo esso, svela il carattere fondamentale della commistione tra accertamento penale e indagini difensive.

Soltanto il soggetto legittimato ad investigare, a raccogliere e valutare materiali conoscitivi può, nella fase propriamente processuale come in ogni altro contesto di procedura destinato ad ospitare giudizi e decisioni, compiutamente affermare fatti principali e probatori²¹, con ciò soltanto realizzandosi quella «parità assoluta di diritti e di doveri tra accusatore e imputato» che è carattere essenziale del processo accusatorio²² in quanto garanzia di formazione di convincimenti liberi e, allo

¹⁹P. P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 34, individua nell'esame e controesame «il mezzo attraverso il quale una conoscenza su un determinato fatto diventa affidabile e quindi si fa prova». Siffatta considerazione, pienamente condivisibile, va estesa però al contraddittorio come modello di accertamento della verità dell'affermazione di fatti. Molto efficacemente P. FERRUA, *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 207, sottolinea l'importanza del contraddittorio nella fase processuale (“contesto di giustificazione”, contrapposto al “contesto di scoperta” – ossia alla fase investigativa – e dominato dall'unilateralità) in quanto punto d'incontro di due fondamentali istanze: quella etica dei diritti individuali e quella epistemologica della ricostruzione dei fatti.

²⁰Osserva N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 7, come «il diritto alle investigazioni difensive risulta ineluttabilmente implicato dal nuovo modello processuale di parti introdotto con il c.p.p. vigente», puntualizzando, subito dopo, che in nessuno dei codici di procedura penale succedutisi dopo l'unificazione del Regno fossero rintracciabili espliciti divieti di investigazione difensiva. Negli stessi termini, recentemente, G. FRIGO, *Avvocati pronti alle nuove responsabilità con le regole del «difendersi provando»*, in *Guida al diritto*, 2000, n. 44, p. 11. D'altra parte, è opportuno rilevare come anche durante la vigenza del codice del 1930 autorevoli studiosi guardavano con favore all'attività d'indagine parallela della difesa. Tra i tanti cfr. G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, p. 302, il quale la riteneva addirittura doverosa.

²¹Usiamo una formula di sintesi, ma le parole di G. Bentham appena citate in nota appaiono oltremodo persuasive.

²²Come ritiene, tra i tanti, V. CAVALLARI, *Contraddittorio (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, IX, pp. 728 ss. Si

stesso tempo, giusti²³.

Di contro, la parte alla quale viene precluso lo svolgimento di una compiuta e spendibile attività investigativa non può raccogliere elementi a proprio favore, valutarli e, a sua volta, offrirli alla valutazione giudiziale all'interno di una dinamica che soltanto con queste connotazioni può dirsi ospitare forme avanzate di contraddittorio.

Se la parte che non può ricercare non può conoscere, la parte che non può acquisire e spendere i risultati della propria ricerca non può proporsi di alimentare altrui conoscenze – attraverso la sollecitazione, per esempio, dei poteri ammissivi di cui all'art. 190 c.p.p.²⁴, ovvero del potere acquisitivo suppletivo disciplinato dall'art. 507 c.p.p. – ed il giudizio che si fonda su quanto ricercato, reperito ed offerto esclusivamente dal pubblico accusatore è, nonostante l'esplicarsi di una attività di verifica in contraddittorio sul prodotto di tale ricerca unilaterale, pur sempre un giudizio su elementi indotti da una parte, ricercati ed elaborati in funzione della verifica di una ipotesi di lavoro predefinita²⁵.

Un giudizio certamente meno ingiusto rispetto a quello che si formerebbe su materiali addirittura sottratti alla verifica nel contraddittorio delle parti, ma egualmente non giusto!

2. *Profilo statico e profilo dinamico del diritto di difesa. Dai principi ispiratori alle regole di procedura le contraddizioni di un modello processuale accusatorio "atipico".*

Con l'entrata in vigore della legge 7 dicembre 2000, n. 397, recante disposizioni in materia di indagini difensive, il sistema ha mosso un passo importante in direzione della piena attuazione del principio di «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento»²⁶.

Acquisisce, così, dignità positiva la oramai ampiamente diffusa consapevolezza che la

veda, altresì, F. D'AMATO, *Le indagini difensive*, in *Diritto.it* (Documento *INTERNET*), il quale non casualmente apre il proprio lavoro con una osservazione di ordine sistematico: «Le indagini difensive sono un istituto di recente introduzione nel nostro ordinamento in quanto, nella vigenza del codice Rocco, un tale discorso non era nemmeno immaginabile, stanti i caratteri sostanzialmente inquisitori del procedimento. Oggi, nella vigenza del sistema accusatorio, è lecito porsi un problema di indagini difensive poiché vi è stato un mutamento radicale del ruolo della difesa (...) Parlare di indagini difensive in quel contesto sarebbe stato pleonastico e fuori luogo».

²³Ossia, per usare le parole sopra richiamate di C. TAORMINA, *op. ult. cit.*, p. 118, formati con metodologie idonee ad arginare il rischio di errori.

²⁴«Il comma 1 dell'art. 190» – si legge nella *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 60 – «enuncia il principio forse più emblematico del nuovo rito accusatorio. La regola generale secondo cui le prove sono ammesse a richiesta di parte ribalta l'attuale modello inquisitorio imperniato sulla iniziativa del giudice».

²⁵«In un processo di tipo accusatorio» - rileva efficacemente C. CASCONE, *La parità di poteri tra accusa e difesa nel dibattito del terzo millennio*, in *Dir. e Giust.*, 2002, n. 2, pp. 33 ss. - «la prova si forma essenzialmente in giudizio e non prima; sono, pertanto, le parti a dover raccogliere ogni elemento utile ai fini delle richieste probatorie da avanzare al giudice, il quale, terzo ed imparziale, deciderà in base alle prove portate al suo vaglio dall'accusa e dalla difesa, e formatesi sostanzialmente alla sua presenza. Ciò presuppone che le parti processuali (pubblico ministero e parti private) abbiano la possibilità di attivarsi nella ricerca e nell'assicurazione delle fonti di prova da utilizzare poi in giudizio».

²⁶Era questo uno dei principi ispiratori del codice di procedura penale del 1988, per come specificato dal-

tanto decantata “parità delle armi”, strumento essenziale per il completo assolvimento della funzione di accertamento di un sistema processuale accusatorio, può realizzarsi soltanto concludendo e disciplinando il diritto di difesa in tutte le sue multiformi espressioni.

L’idea della difesa come mero contrasto dell’assunto accusatorio e la visione del ruolo del difensore quale garante dei diritti dell’imputato nei confronti della altrui attività²⁷, quasi un convenuto gravato dal compito di resistere alla pretesa punitiva formulata dal pubblico ministero – concezioni certamente alimentate dall’atteggiamento radicale di chiusura della giurisprudenza²⁸, ma suffragate anche dalla difficoltà di scrollarsi di dosso le attitudini “culturali” formatesi negli anni di vigenza del codice inquisitorio²⁹ – hanno per lungo tempo compresso il modo di operare dei difensori, troppo spesso ridotti a semplici “studiosi” di materiali da altri (pubblico ministero e polizia giudiziaria) formati, relegati a legittimi – ma passivi – contraddittori delle altrui allegazioni³⁰.

Il contrasto delle (e sulle) emergenze di provenienza eteronoma costituisce soltanto l’aspetto “statico” della multiforme situazione giuridica identificata dalla for-

l’art. 2, n. 3 della legge 16 febbraio 1987, n. 81. Sebbene il principio di “parità delle parti” sia divenuto oggetto di espressa previsione costituzionale, esso aveva già trovato diritto di cittadinanza nel nostro sistema normativo primario. Invero, già da tempo la Corte costituzionale – in particolare con l’ordinanza 18 dicembre 1997, n. 421 – ne aveva sanzionato l’esistenza ed il rilievo costituzionale sulla base di una interpretazione estensiva degli articoli 3 e 24 della Costituzione.

²⁷N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 13, evidenzia come la struttura inquisitoria del processo penale del 1930 relegasse l’attività dell’avvocato ad un esercizio retorico da svolgere al momento dell’arringa conclusiva: «In proposito» – osserva l’Autore – «è sufficiente ricordare che, a norma dell’art. 299 c.p.p. 1930, il giudice istruttore aveva l’obbligo di compiere prontamente tutti gli atti che, in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell’istruzione, apparivano necessari per l’accertamento della verità: si comprende bene, quindi, come l’inclinazione onnivora e la natura totalizzante dell’istruzione, in concreto, lasciassero ben poco spazio all’iniziativa autonoma del difensore, il quale attendeva passivamente l’evolversi dell’istruttoria (sommatoria o formale che fosse), svolgendo poi, in sede dibattimentale, il ruolo di critico revisore del materiale probatorio raccolto nell’istruttoria».

²⁸Anche della giurisprudenza forense, la quale ha, fino alla fine degli anni ’80, ribadito il contrasto con le norme di deontologia professionale del comportamento del difensore che avesse intrattenuto colloqui con testimoni sui fatti oggetto di accertamento. Per una sintesi della giurisprudenza forense in materia si rinvia a F. LAZZARONE, *Le indagini difensive*, in AA.VV., *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Torino, 1999, pp. 298 ss. I riflessi negativi sull’effettiva operatività dell’investigazione difensiva provocati dall’atteggiamento diffidente da parte degli ordini forensi sono evidenziati anche da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 10 ss.

²⁹Ancorchè in sede di trattazione di tematiche diverse, è stato rilevato come l’inquisitorialità appartiene alla nostra tradizione essendo scritta nel nostro Dna. Così G. FRIGO, *Con la legge sul patteggiamento allargato nessun tradimento del modello accusatorio*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 26, pp. 11 ss.

³⁰Anche in questo senso, a noi pare, si è parlato di «disparità attitudinale» tra accusa e difesa. L’espressione è tratta da A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 51, il quale la riconduce a V. PERCHINUNNO, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, pp. 221 ss. F. D’AMATO, *Le indagini difensive*, cit., nel “rimproverare” alla disciplina processuale previgente di aver delineato «un ruolo della difesa totalmente passivo dove il difensore (...) proponeva, controllava ed eloquiva, cioè esercitava esclusivamente un triplice ordine di funzioni: propositive di un’attività altrui, di controllo attraverso lo strumento delle eccezioni e oratorie in relazione alla discussione finale, culmine necessario del ministero difensivo», evidenzia come essa abbia influito sull’atteggiamento di molti vecchi avvocati «che consigliavano di non domandare all’indagato-imputato neanche se fosse o meno colpevole, discorso di merito che non trovava spazio in una difesa di stampo formale-procedurale improntata sull’ars oratoria di ciceroniana memoria».

mula di sintesi «diritto di difesa».

Nell'ambito di questa fondamentale situazione giuridica processuale, garantita a livello normativo primario in virtù di una scelta ideologica chiaramente orientata nel senso della tutela dei diritti della persona anche all'interno del processo, assume un rilievo affatto secondario l'attività di investigazione, costituendo essa, di quel diritto «l'aspetto più dinamico»³¹.

Anzi, come acutamente è stato rilevato da altra dottrina, il ruolo assunto dal difensore nel processo penale inaugurato dal codice del 1988 imponeva di intendere l'attività di ricerca e verifica di prove a discarico non già come una semplice facoltà, ma come un obbligo connesso al mandato difensivo³².

L'immissione nel sistema legislativo italiano di una disciplina organica della materia delle investigazioni difensive – contribuendo a dare vita al presupposto

³¹E. RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 973. A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 33, ritiene che le indagini difensive rappresentino «una naturale evoluzione del concetto di difesa» ravvisando nell'art. 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo «un concetto dinamico, e non solo necessariamente statico, del diritto di difesa, inteso come momento imprescindibile di qualsiasi processo» (op. cit., p. 5). Cfr. altresì F. D'AMATO, *Le indagini difensive*, cit., il quale distingue, usando una terminologia come vedremo non estranea ad altri autori, una «difesa di movimento» (che a noi pare essere concetto non dissimile da quello di «aspetto dinamico del diritto di difesa») da una «difesa di posizione».

³²Fra i tanti, cfr. S. PANAGIA, *Il diritto alla prova della difesa tra norme penali e codice di rito*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p. 1249. È stato efficacemente rilevato da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 2, che «con il nuovo codice di procedura penale si è passati da una difesa di posizione – consistente nell'osservare il pubblico ministero, il giudice istruttore e poi il presidente che dipana le prove, in una vigile, attenta intelligente, ma, di regola, passiva attesa circa il momento più propizio nel quale intervenire per assistere un qualche colpo utile per la difesa – a una difesa di movimento, che impone al difensore di avere presente fin dall'inizio un progetto di difesa e di costruire, a seconda delle contingenze, una o più ipotesi alternative lungo le quali sviluppare la difesa, nella consapevolezza delle risorse probatorie disponibili». Altrettanto incisivamente osservava G. PECORELLA, *Il difensore nel nuovo processo penale*, in *AA.VV., Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, pp. 91 s., che con il nuovo codice processuale «sono finiti i tempi in cui l'avvocato lavorava nel chiuso della propria stanza, leggendo atti raccolti da altri e concentrandosi tutto nello studio delle eccezioni preliminari, di solito di natura formale, oltre che nella preparazione della discussione finale. Il difensore è chiamato, ora, a compiere la sua inchiesta, a predisporre il suo fascicolo per l'udienza, a contrapporre le sue prove a quelle del Pubblico ministero». È importante sottolineare come già durante la vigenza del codice Rocco venne da più parti ribadita la doverosità di una attività investigativa della difesa. G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, cit., p. 302, osservava come l'esplicazione di una indagine parallela del difensore fosse doverosa sia «perché la difesa non sarebbe libera se dovesse limitarsi alla valutazione degli elementi di prova ricercati o offerti dall'accusa», sia «come conseguenza e compensazione della quasi totale esclusione del difensore dalla istruttoria condotta dal pubblico ministero o dal giudice istruttore». Ma, ancora più efficaci sono le parole di V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di G. Conso e G.D. Pisapia, II, Torino, 1968, pp. 562 s.: «Per poter indicare al giudice istruttore o portare al dibattimento elementi di prova utili per l'imputato, è evidentemente necessario ricercarli, e però non si può impedire al difensore di eseguire siffatte ricerche. Non sempre i colloqui con l'imputato e lo studio degli atti possono offrire materiali sufficienti alla difesa. Si possono trovare testimoni che l'imputato non saprebbe indicare, e che la polizia giudiziaria, il p.m. e il giudice istruttore non riuscirono a scoprire; occorre inoltre avere informazioni sulla credibilità dei testimoni assunti dalla Autorità, sulla vita già condotta dall'imputato, sul luogo, sul modo, sul tempo del reato, sull'esistenza di circostanze particolari, ecc.: elementi tutti che, posti in luce dall'appassionata, accorta e diligente attività del difensore, giovano alla scoperta della verità, e non soltanto alla difesa, e che devono considerarsi come complementari all'istruzione giudiziaria e non con essa incompatibili. Servono a stimolare la diligenza e l'attività del giudice e del p.m., oltre che ad integrarla».

indispensabile per la valorizzazione del secondo aspetto del diritto di difesa – rappresenta un momento di svolta culturale, avviando sulla via del tramonto quella tendenza di stampo neo-inquisitorio che, a partire dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice processuale, aveva prodotto come risultato la mortificazione del diritto di difesa nel suo stesso profilo statico³³.

Eguale, con l'innovazione legislativa viene sancito il ridimensionamento di una prospettiva di "processo di parti" in cui il pubblico ministero fosse, allo stesso tempo, accusatore e tutore della persona sottoposta alle indagini, geloso custode di un ruolo affatto peculiare sintetizzato nella odiosa formula "parte imparziale".

Era questa l'illusione che aveva animato il legislatore delegante, il quale, in sede di elaborazione dei criteri direttivi cui avrebbe dovuto attenersi il Governo nella predisposizione del nuovo codice processuale, aveva delegato l'inserimento di una disposizione che prevedesse il «potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale e dell'accertamento di fatti specifici, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato»³⁴.

Tuttavia, la norma alla quale sarà attribuito l'onere di attuare la direttiva n. 37, ossia l'art. 358 c.p.p.³⁵, è sostanzialmente rimasta lettera morta a causa di una giurisprudenza che, sviscerando i meandri dei principi ispiratori del codice di procedura penale, ha sancito l'irrelevanza processuale della sua inosservanza³⁶.

Una giurisprudenza talmente persuasa della opportunità di conservare un sistema processuale a struttura investigativa monista dal non sottrarsi all'opera in un certo senso ingannatrice di utilizzare norme destinate ad altre finalità nell'ambito del sistema per forgiare significative affermazioni di principio, salvo poi divorarle non appena le contingenze avessero evidenziato l'improponibilità di commistioni fra segmenti normativi autonomi per finalità e struttura.

E' significativo – e le parole della Suprema Corte valgono più di ogni riflessione – il riferimento ai principi stabiliti dal Giudice di legittimità, per rendersi conto

³³Il colpo iniziale al sistema processuale "apparentemente" misto, venuto fuori dalla stagione della regressione inquisitoria, identificata temporalmente con i primi anni '90, è stato, come detto, inferto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 ("Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione"). Il colpo finale ci si augura provenga da una costante conferma della corretta (soprattutto a livello costituzionale) interpretazione delle disposizioni della legge 1 marzo 2001, n. 63, attuativa dei principi costituzionali di nuova introduzione. Le pronunce della Corte costituzionale citate in precedenza sono incoraggianti poiché denotano il superamento di un atteggiamento giurisprudenziale teso a privilegiare esigenze di non dispersione probatoria.

³⁴Così si esprime la dir. n. 37 della legge 16 febbraio 1987, n. 81.

³⁵Norma di centrale importanza, perché proietta sul piano processuale la posizione ordinamentale del pubblico ministero (art. 73 dell'Ordinamento Giudiziario). *Contra*, però, C. MORSELLI, *Pubblico ministero*, in *Dig.disc. pen.*, X, p. 501, la quale esclude che l'art. 358 c.p.p. sia da porre in relazione con la posizione ordinamentale del pubblico ministero. Tuttavia, ancorché fosse corretto escludere che da questa norma possano trarsi conclusioni relativamente alla posizione del p.m. all'interno dell'ordinamento, non può negarsi che essa sia "anche" un riflesso della peculiare natura di questo organo. D'altra parte, la Corte costituzionale ha espressamente ribadito come l'obbligo contemplato dall'art. 358 c.p.p. «si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa» (Corte costituzionale, ord. 11 aprile 1997, n. 96). In questo senso v., altresì, la sentenza della Corte costituzionale n. 190 del 1991.

³⁶Cfr., tra gli altri, A. POGGI-C. D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000, p. 383, i quali hanno denunciato «la mancanza di sanzioni processuali come conseguenza della violazione di tale norma che è espressione soprattutto di un principio di lealtà da parte del pubblico ministero e non di un vero e proprio dovere di questi».

dell'evidente apparenza del profilo garantista che si affermava caratterizzasse la norma contenuta nell'art. 358 c.p.p.: «In conformità alle direttive della legge delega, il p.m. è deputato al ruolo di titolare esclusivo delle indagini preliminari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, comprese le indagini su fatti e circostanze a favore della persona indagata (art. 358 c.p.p.). In detta fase il p.m. non è parte, non essendo ancora insorto alcun conflitto tra l'ordinamento ed un determinato soggetto privato, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti a fatti di possibile rilevanza penale»³⁷.

Se la funzione che il sistema processuale attribuiva all'art. 358 c.p.p. assumeva profili di così elevato spessore – tanto più all'interno di un modello oramai profondamente deformato, caratterizzato da un inquietante stravolgimento della funzione delle indagini preliminari, trasformate in luogo privilegiato di formazione della prova³⁸ – la conclusione doveva essere ben diversa da quella a cui è pervenuta la Suprema Corte nella consequenziale opera di precisazione degli effetti dell'inosseranza, da parte del pubblico ministero, del dovere di pluridirezionalità investigativa.

Ritenere infatti, come ha fatto la Corte di cassazione, che «la disposizione di cui all'art. 358 c.p.p., secondo la quale il p.m. “svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”, non si traduce in un obbligo processualmente sanzionato e non toglie il carattere eminentemente discrezionale alle scelte investigative»³⁹ equivale a fingere di attribuire alla norma una funzione centrale nell'apparato di garanzia della posizione della persona sottoposta alle indagini⁴⁰.

³⁷Cass. penale, Sez. feriale, 18 agosto 1992, Burrafato. Giustamente, in dottrina, questa decisione è stata criticata da C. QUAGLIERINI, *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 2306, secondo il quale «se durante le indagini preliminari non si può ancora parlare di parti processuali in senso tecnico, è tuttavia innegabile che anche in tale fase il p.m. sia il naturale contraddittore della persona sottoposta alle indagini, in qualità – quantomeno – di parte potenziale». Egualmente critica rispetto alla presa di posizione della Suprema Corte è S. GIAMBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in *Cass. Pen.*, 1994, pp. 338 ss. la quale evidenzia che il pubblico ministero non è parte in fase di indagini preliminari, così come l'indagato, per la semplice ragione che ancora manca un processo, presupposto essenziale per l'esistenza di “parti”.

³⁸Per vero, le sentenze della Corte costituzionale 31 gennaio 1992, n. 24, 3 giugno 1992, n. 254 e 3 giugno 1992, n. 255 e le modifiche apportate dal decreto legge 8 giugno 1992, n. 306 (convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356), come osservato da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 45 «hanno messo in crisi il sistema bifasico, consentendo un progressivo ampliamento delle ipotesi di utilizzabilità in dibattimento, ai fini probatori, degli atti di indagine compiuti, in assenza di contraddittorio, dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, e così limitando sensibilmente il principio della centralità del dibattimento come momento di formazione della prova». L'assenza di poteri investigativi difensivi, inconcepibile all'interno di un modello processuale di tipo accusatorio, assumeva connotati di drammaticità se relazionata al totale capovolgimento delle prospettive di impiego degli atti investigativi preliminari nella fase processuale. Si assisteva ad una regressione foriera di non pochi pericoli per la tenuta del carattere di democraticità del modello processuale adottato nel 1988, suscettibile di ospitare all'interno dell'orizzonte cognitivo del giudice atti formati – e questo è l'aspetto più inquietante che rendeva il sistema addirittura involuto rispetto al modello del 1930 – da una parte nell'ambito di una fase formalmente deputata all'acquisizione di elementi idonei non al raggiungimento della verità, bensì a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.).

³⁹Cass. penale, Sez. II, 21 maggio 1997, Nappa.

⁴⁰Esprime severe critiche rispetto a questa presa di posizione della Suprema Corte, N. TRIGGIANI, *Le inve-*

La gravità di questa conclusione emergeva in maniera poderosa non tanto se valutata alla luce di un dato di sistema, immediatamente percepibile se solo si tiene presente – come vedremo meglio tra breve – che l'art. 358 c.p.p. non è altro che una specificazione dell'art. 326 c.p.p., e dunque la sua osservanza è strettamente connessa alla correttezza e compiutezza delle determinazioni del pubblico ministero inerenti all'esercizio dell'azione penale. Affrontando la tematica sotto questo profilo, infatti, occorre rammentare che ci si muove in un ambito – le indagini preliminari – governato dal principio di discrezionalità delle scelte investigative del pubblico ministero.

Per ciò che direttamente rileva ai nostri fini, l'intollerabilità della presa di posizione della Corte di cassazione emergeva collocando opportunamente l'arresto giurisprudenziale in un contesto normativo restio a concedere spazi concreti all'operare investigativo di soggetti diversi dal pubblico investigatore. Il difensore – era questo il singolare pensiero dominante – non deve indagare per reperire elementi a discarico, vi provvede il pubblico ministero in adempimento di un preciso dovere ma soltanto se ne ha voglia!

Si era, evidentemente, in una fase storica nella quale i problemi connessi alla ricerca ed acquisizione della prova a discarico interessavano poco al legislatore, talmente poco che si pensò di risolverli affidando le sorti dell'indagato alla magnanimità del pubblico accusatore, strano soggetto passivo di una singolare canalizzazione di informazioni circa la sussistenza di elementi che il difensore poteva ricercare e reperire ma non acquisire.

Se ciò bastava – si può dire metaforicamente – tuttavia non avanzava, al punto che la falsa valorizzazione di un improbabile ruolo *super partes* del pubblico ministero non venne ritenuta sufficiente.

I guasti sistematici, sicuramente si sarà pensato, sono problemi di forma¹¹ e con essi ben può coabitare la mortificazione di qualsiasi tentativo di rivitalizzazione di un modello investigativo binario efficiente e, per ciò che più conta, suscettibile di produrre risultanze utilmente spendibili in sede di giudizio.

L'ideologia dominante sembrava guardare a tutto ciò che potesse presentare la sembianza di un'attività investigativa difensiva con uno sguardo terribilmente distruttivo, quasi si trattasse di una patologia di sistema di cui occorreva cogliere tempestivamente i sintomi per evitarne la diffusione.

stigazioni difensive, cit., p. 442, secondo cui «quanto affermato dalla Cassazione non garantiva affatto che il dato di conoscenza favorevole all'indagato fosse effettivamente immesso nel procedimento, non essendo il dovere previsto dall'art. 358 c.p.p. – se omissso, ritardato o incompiuto – passibile di alcuna sanzione processuale, né essendo tenuto il pubblico ministero a rispondere a eventuali richieste o a motivare il diniego di svolgere accertamenti». Rileva E. RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, cit., p. 982, come fosse una magra consolazione la prospettiva di una violazione disciplinare ai sensi dell'art. 124 c.p.p. per il caso di inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 358 c.p.p. da parte del pubblico ministero. Ciò è ancora più vero, aggiungiamo noi, in un sistema caratterizzato dalla inesistenza disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura.

¹¹Sebbene enunciata in sede di commento di altri atti normativi, è fondata l'osservazione, concisa ma puntuale, di G. FRIGO, *La flagranza. Vademecum sull'esistenza degli elementi di fatto*, in *Guida al diritto*, 2003, 20, p. 66: «(...) ormai né la forma né l'estetica contano più nulla e (...) quando si vuole raggiungere comunque un obiettivo, non si va tanto per il sottile».

Vennero così offerte argomentazioni certamente dotate di un margine di fondatezza nella parte in cui testimoniavano una carenza di disciplina in uno spazio procedimentale importante quale è quello delle investigazioni difensive, ma non assolutamente insuperabili se lette da menti libere da incrostazioni inquisitorie e pienamente consapevoli della portata strategicamente innovativa del principio stabilito dall'art. 190 c.p.p.

L'ideologia dominante, dunque, pensò bene di valorizzare quanto potesse servire a ridurre il difensore al ruolo di semplice "comparsa" e tutelare l'intangibilità del monopolio investigativo del pubblico ministero, promosso a gestore dell'unico momento d'indagine rilevante⁴², a fronte del quale si poneva una fastidiosa attività strettamente privata paradossalmente produttiva di conoscenze ma certamente improduttiva di risultati investigativi.

Ma che questo non fosse il corretto modo di intendere l'esercizio della funzione difensiva emergeva, singolarmente e forse inconsapevolmente, da un *obiter dicta* contenuto in una pronuncia della Corte costituzionale⁴³.

Il Giudice delle Leggi, con tutti i limiti che indubbiamente connotato l'intervento in questione, è intervenuto mettendo un poco d'ordine in materia, con una ordinanza "a due facce", entrambe estremamente significative della necessità di un intervento normativo che rendesse i poteri d'indagine dei difensori effettivi e suscettibili di condurre ad acquisizioni spendibili.

Anticipando, in estrema sintesi, quanto si dirà più diffusamente in seguito, la Corte costituzionale, nell'ordinanza 11 aprile 1997, n. 96 ribadì sì la legittimità dell'assenza di sanzioni processuali per l'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 358 c.p.p. da parte del pubblico ministero, premurandosi nel contempo di precisare che «nella logica attuale del processo penale fondato su un modello tendenzialmente accusatorio, cioè qualificato come processo di parti, l'obbligo del p.m. di svolgere attività investigativa anche in favore della persona sottoposta alle indagini non mira né a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta nella natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa e sui compiti che il p.m. è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che, a norma degli artt. 358 e 326 c.p.p., deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale; l'obbligo di svolgere accertamenti anche a favore della persona sottoposta alle indagini, proprio perché correlato alla disciplina codicistica che pone al p.m. l'alternativa tra la richiesta di archiviazione e l'esercizio dell'azione penale, è funzionale ad un corretto e razionale esercizio dell'azione penale stessa, ma non rientra tra i meccanismi volti a realizzare il principio della partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento»⁴⁴.

⁴²Un pubblico ministero, peraltro, probabilmente ansioso di pervenire in tempi brevi alla fase dell'esecuzione, essa stessa rimessa per interi settori alla sua monolitica gestione. Interessanti, sotto questo aspetto, le considerazioni svolte da A. GAITO-G. RINALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2000, pp. 60 ss., per i quali «la fase esecutiva, infatti, così come modellata nel nuovo codice di procedura penale non attua perfettamente i canoni del processo di parti, perché pubblico ministero e interessato sono su posizioni largamente diversificate, non certo in rapporto di almeno tendenziale parità».

⁴³Sul valore da attribuire agli *obiter dicta* contenuti nelle pronunce della Corte costituzionale cfr. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995, pp. 57 ss.

⁴⁴Proprio perché connessi al corretto funzionamento dei meccanismi che governano il passaggio dalla fase

Le premesse ideologiche che costituiscono l'architrave della presa di posizione della Corte costituzionale sono chiare: l'attività di tutela della posizione dell'indagato non può essere delegata al pubblico ministero, ma deve essere esercitata dal difensore, unico vero contraddittore del pubblico ministero in tutte le fasi del procedimento penale.

Se è vero che i ragionamenti del giudice delle leggi non sono mai fini a sé stessi ma indicano il percorso che conduce un sistema verso la piena attuazione dei principi costituzionali, non poteva a nostro avviso non cogliersi da questa pronuncia una indicazione nel senso della necessità di predisporre strumenti idonei a dare piena esplicazione alla funzione defensionale nella sue multiformi caratterizzazioni, una funzione strumentale alla tutela degli interessi di chi è raggiunto da una imputazione ma, prima ancora, strumentale alla piena realizzazione della funzione del processo penale, ossia l'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità.

La legge 7 dicembre 2000, n. 397, attuativa, sul piano normativo, di una aspirazione di completezza del sistema processuale che l'ibrido ed oramai ansimante modello italiano avvertiva – un'aspirazione sostenuta da una evidente istanza di adesione piena ai principi costituzionali – ha rappresentato, dunque, una tappa fondamentale sulla via del definitivo superamento di un modello processuale che, relativamente coerente, al momento dell'entrata in vigore del codice di procedura penale, con l'impostazione decisamente accusatoria che connotava la nuova produzione legislativa, era stato ridotto in macerie dalle iniziative controriformiste del 1992.

Rappresenta un punto di svolta nell'ambito di un processo riformatore che, liberato dai tentacoli di un discutibile principio costituzionale di "non dispersione della prova", ha potuto realizzare significativi risultati sul terreno delle garanzie della persona che, destinataria di un'accusa penale, rappresenta la parte debole del processo.

La legge sulle investigazioni difensive si colloca però su un piano qualitativo diverso, si spinge oltre la prospettiva del rafforzamento della posizione di una specifica parte processuale, rappresentando essa il più efficace strumento di tutela dei diritti ed interessi di tutte le parti private del processo penale.

Nonostante limiti ed imperfezioni, carattere indefettibile dei testi normativi dell'epoca contemporanea, si può dire che siamo davvero prossimi al guado di un'epoca⁴⁵, l'epoca del monopolio investigativo del pubblico ministero, ed il carattere dirompente della nuova disciplina delle indagini difensive è sottolineato proprio dalle manifestazioni di malcontento di quei settori della magistratura inquirente che hanno gridato allo scandalo al cospetto di una normativa ingenerosamente apostrofata come «potenzialmente devastante per la efficacia e la genuinità delle indagini

procedimentale a quella processuale, non pare condivisibile l'affermazione di F. D'AMATO, *Le indagini difensive*, cit. secondo cui dalla lettura degli artt. 326 e 358 c.p.p. si evincerebbe come «il magistrato del pubblico ministero, dovendo compiere accertamenti su fatti e circostanze anche favorevoli all'indagato, ricercando elementi di prova in suo favore, oltre che a carico e idonei a sostenere l'accusa (125 disp. att.), veniva investito tanto di una funzione inquirente quanto di una "funzione difensiva"». Per una critica aspra alla decisione della Corte costituzionale, partendo da una valutazione negativa del contenuto dell'ordinanza di remissione, cfr. V. MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.? in Cass. Pen.*, 1997, pp. 2405 ss.

⁴⁵L'espressione risale a P. GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Milano, 2001, p. 123.

preliminari», mortificante per i pubblici ministeri «colpiti e sviliti da una normativa che, di fatto, attribuisce maggiore credibilità al difensore dell'indagato ed ai suoi atti piuttosto che agli organi pubblici (polizia giudiziaria e pubblico ministero) cui è affidato il compito di cercare di scoprire la verità»⁴⁶.

Un giudizio duro, evidentemente non condivisibile perché in palese contrasto non soltanto con lo spirito e con gli obiettivi della riforma del codice processuale attuata con la legge n. 397 ma, ancora prima, con i connotati tipici del sistema processuale penale accolto dal nostro ordinamento nell'ormai lontano 1989⁴⁷.

E' questione di punti di vista, legati al giudizio storico sui caratteri della stagione controriformista e sul rapporto tra questa e la produzione normativa processuale del 1989.

Coloro che hanno visto e vedono nel codice di procedura vigente un prodotto quasi eversivo, introduttivo di un modello processuale incapace di rispondere alle istanze di giustizia (ma sarebbe meglio dire di sicurezza) della società italiana, non possono poi astenersi dal salutare con soddisfazione le decisioni della Corte costituzionale dei primi anni '90, avendo esse ripristinato un modello processuale in cui il pubblico ministero costruisce in segreto la prova a carico di persone che ritornano, così, ad essere le vittime inermi di una pubblica inquisizione plasmata dal crisma della infallibilità.

E non possono, evidentemente, astenersi dal censurare la produzione normativa diretta a ripristinare i tratti fondamentali e caratterizzanti di un sistema che, nonostante tutto, continuava a definirsi accusatorio.

Ed un modello processuale autenticamente accusatorio – si è già detto – non può non accogliere nella sua struttura – ossia nell'astrattezza delle norme che lo compongono – e nella fisiologia del suo funzionamento – ossia nell'effettività degli istituti che le norme stesse compendiano – un ampio potere investigativo delle parti diverse dal pubblico ministero.

Ma una disciplina organica di effettive facoltà investigative riveste una portata che va ben oltre la garanzia del regolare funzionamento del modello processuale accusatorio.

Essa è funzionale alla piena esplicazione delle complessive potenzialità di un sistema processuale compendiate una pluralità di riti, costituendo, in particolare, la premessa indefettibile per il decollo di un giudizio abbreviato quale rito alterna-

⁴⁶Si esprime in questi termini M. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001, pp. 253 ss. Dello stesso tenore le critiche mosse dall'Autore in *Per la difesa libertà di investigare, facoltà e diritti, nessun dovere*, in *Dir. e giust.*, 2000, 40-41, pp. 8 ss. Drasticamente e correttamente G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 85, definisce questo tipo di censure «a sfondo sensazionale, per la cui reiezione basterebbe, in verità, il singolare spirito che le informa».

⁴⁷Come non ricordare, ancora una volta, il chiaro disposto della direttiva n. 3 della legge 16 febbraio 1987, n. 81: «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento». Cosa significa parità? E come dimenticare il *Parere del Consiglio superiore della magistratura* sull'art. 33 prog. prel. disp. att., in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, VI, *Le norme di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*, t. I, *Le norme di attuazione con le relative norme regolamentari*, Padova, 1990, pp. 138 ss., ove l'organo di autogoverno dei giudici osservava che «è la logica complessiva del nuovo sistema a imporre (come del resto avviene nei paesi in cui sono stati adottati modelli processuali di stampo accusatorio) che alla parte privata sia riconosciuto un diritto di investigazione e di indagine».

tivo rimesso interamente alla disponibilità dell'imputato.

Come è noto, la riforma del giudizio abbreviato, attuata con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, è stata imposta, da un lato, dall'esigenza di adempiere alle pressanti richieste provenienti dalla Corte costituzionale; dall'altro dalla necessità di rivitalizzare un istituto che, nella logica del legislatore della codificazione accusatoria, avrebbe dovuto intercettare gran parte delle imputazioni pervenute alla trattazione processuale e, per questa via, assicurare la tenuta complessiva del sistema.

Tra le cause del fallimento di quella che è stata definita la "alternativa inquisitoria" del processo penale italiano si collocava la consapevolezza che «difficilmente dalle indagini preliminari dell'accusa può emergere la prova positiva dell'innocenza dell'imputato»⁴⁸, dunque la rinuncia ad attivare una modalità processuale che, strutturalmente poco disposta ad ospitare momenti esplicativi di funzioni difensive, si dimostrava assolutamente impermeabile ad elementi di prova peraltro non acquisibili in fase d'indagine.

La coscienza dell'inadeguatezza di un sistema investigativo monista come premessa all'introduzione del rito inquisitorio non poteva non indurre ad una riflessione più approfondita sulle cause del fallimento del giudizio abbreviato nella prima fase della sua vigenza.

Se davvero si voleva conseguire il risultato di fare pervenire alla trattazione dibattimentale una percentuale relativamente esigua di imputazioni – questo sarebbe dovuto essere il profilo caratterizzante il sistema processuale a riti alternativi disegnato dal legislatore del 1989⁴⁹ – occorreva estendere quanto più possibile il potere delle parti – di tutte le parti – di ricercare e sottoporre alla valutazione giudiziale elementi conoscitivi suscettibili di divenire "prova" per l'occorrenza dell'accesso ad un'alternativa processuale destinata a concludersi comunque con una decisione di merito idonea a divenire irrevocabile nell'accezione formale di cui all'art. 648 c.p.p.⁵⁰

La legge n. 397, formalmente diretta a regolare un preciso settore dell'ordinamento processuale penale, in realtà si presenta come un atto di rifondazione del

⁴⁸Così D. NEGRI, *Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, pp. 441 ss.

⁴⁹Come ben rileva P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., pp. 36 ss., nel corso della fase progettuale della legge delega del 1997 venne più volte sottolineato come il modello processuale accusatorio che si stava delineando avrebbe potuto funzionare soltanto qualora al dibattimento fosse confluita una massa estremamente ridotta di processi, conseguendo che la gran parte delle imputazioni fosse trattata mediante l'attivazione dei riti alternativi. L'ideologia allora dominante ritenne, tuttavia, di poter conseguire il risultato di deflazione semplicemente mediante la previsione dell'attribuzione di consistenti benefici premiali alla parte che avesse abdicato dal diritto ad un processo propriamente accusatorio.

⁵⁰Come si vede, la disciplina delle indagini difensive si inserisce lungo un solco tracciato già dal legislatore del codice processuale accusatorio e costituisce, potremmo dire, lo sviluppo coerente, l'unico sviluppo coerente, delle innovazioni apportate al sistema – si pensi, in particolare, all'introduzione dell'istituto dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, al rafforzamento degli istituti istruttori ed allo sviluppo delle opzioni decisorie afferenti all'udienza preliminare, all'attribuzione di carattere dispositivo al giudizio abbreviato ed alla previsione di poteri istruttori nell'ambito di esso – dai recenti interventi legislativi. La capacità propulsiva della legge sulle indagini difensive rispetto all'accesso al giudizio abbreviato è messa in evidenza, altresì, da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 494, per il quale il

processo penale italiano, ridisegnando gli equilibri tra modelli processuali alternativi e conferendo una nuova impostazione a ciascuno di essi⁵¹.

Con la legge sulle investigazioni difensive il legislatore ha tentato di non trascurare alcun aspetto delle potenzialità d'indagine del difensore, senza dimenticare, tuttavia, che la diversa posizione delle parti private rispetto al pubblico ministero impone l'accoglimento di una concezione relativistica della c.d. simmetria di poteri investigativi, ossia «non nel senso di identità, perché l'eguaglianza tra le parti non distrugge la diversa posizione iniziale (l'accusa attacca e la difesa resiste), ma nel senso della reciprocità, ossia della idoneità degli uni a controbilanciare gli altri in funzione delle opposte prospettive, così da assicurare l'equilibrio nelle varie tappe del processo: nella ricerca e nella formazione delle prove, nello svolgimento delle argomentazioni in fatto e in diritto, nella critica della decisione con l'esercizio dei mezzi di gravame»⁵².

L'opzione strategica di impostare un modello investigativo binario relativisticamente simmetrico non ha, tuttavia, sempre trovato concreta attuazione nell'opera costruttiva dei diversi istituti investigativi difensivi. Talvolta ci si è spinti verso la ricerca di una simmetria assoluta tra indagine pubblica ed investigazione privata ed è proprio nei frangenti in cui ci si è mossi nella direzione dell'identità e non della reciprocità che l'ordito legislativo ha consegnato prodotti che, se manovrati in modo poco accorto, realizzano risultati teorici ai limiti della compatibilità con il sistema processuale penale complessivo.

3. L'art. 358 c.p.p.: da norma di garanzia dell'economicità dell'accesso al processo penale a strumento di tutela (riflessa) della posizione della persona sottoposta alle indagini.

Si è accennato, nel paragrafo che precede, alle contraddizioni che una giurisprudenza manifestamente animata da tendenze inquisitorie ha lasciato sul campo dei doveri istituzionali del pubblico ministero.

rito "inquisitorio" «dovrebbe registrare un sensibile incremento, favorito dai più estesi poteri di raccolta e di utilizzo degli elementi di prova rinvenuti dalla difesa». Ed infatti, lo sviluppo della trama difensiva non richiede più il necessario passaggio attraverso la fase dibattimentale, essendo possibile coniugare la piena esplicazione delle facoltà difensive con i profili premiali del rito alternativo.

⁵¹La connessione tra una organica disciplina delle indagini difensive e il rito processuale abbreviato interamente rimesso alla disponibilità dell'imputato è evidenziata da P. GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 129, il quale, però, individua nella combinazione tra i due istituti un elemento di pregiudizio del valore della parità delle parti, incrinandosi il relativo equilibrio a favore della difesa. Ritiene, svolgendo una osservazione di carattere generale, che la legge 7 dicembre 2000, n. 397 «si inserisce proprio in quella accennata tendenza "deflattiva" rispetto alla fase dibattimentale che ha caratterizzato la legislazione processualpenalistica degli ultimi anni, concorrendo ad accrescere, non solo quantitativamente, l'importanza degli atti e degli elementi "acquisiti" nel corso delle indagini, a discapito della fase dominata dall'oralità e dal contraddittorio delle parti nella formazione della prova», S. SANDANO, *La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 1-2, p. 451.

⁵²P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 467. Invero, il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato: infatti, una disparità di trattamento può risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia.

La questione va approfondita, non fosse altro perché chiama in causa profili strettamente inerenti alla funzione fondamentale di istituti qualificanti un sistema processuale ispirato al principio di separazione della fase investigativa da quella propriamente processuale⁵³.

Invero, definire il pubblico ministero come «unico» soggetto legittimato a svolgere investigazioni, anche a favore della persona sottoposta alle indagini – ed utilizzare tale funzione ordinamentale per escludere un potere di “produzione” delle risultanze investigative acquisite dal difensore in qualsiasi contesto decisionale interno al procedimento – ma, allo stesso tempo, negare la sussistenza di uno specifico ed autonomamente sanzionato dovere di pluridirezionalità investigativa ha significato enunciare un principio evanescente, affidando lo svolgimento del programma racchiuso nella formula legislativa alla discrezionalità del monolitico gestore della fase d’indagine.

Un errore strategico che, specie in un sistema caratterizzato dall’attribuzione all’organo investigante di un rilevante potere di pre-formazione della prova dichiarativa, ha prodotto l’effetto di ripristinare il vecchio modo di intendere il ruolo dell’indagato nell’ambito del procedimento: non già soggetto deputato a concorrere, con il proprio unico ed irripetibile patrimonio conoscitivo, alla corretta esplicazione della funzione processuale, bensì destinatario passivo di una pubblica inquisizione. Con buona pace dell’impronta accusatoria che il legislatore del 1988 intese dare al nostro processo!

Questa impostazione ideologica finisce, però, per confondere due piani che devono essere tenuti distinti, poiché – e in ciò consiste la portata chiarificatrice dell’ordinanza n. 96/97 della Corte costituzionale – la funzione che l’ordinamento processuale attribuisce all’art. 358 c.p.p. non compendia, quantomeno in via immediata, la tutela della posizione della persona sottoposta alle indagini, ma inerisce esclusivamente al corretto funzionamento dei meccanismi che scandiscono il passaggio dalla fase del procedimento a quella in senso stretto processuale.

Figlia del conflitto tra ideologie che ha connotato la fase elaborativa del nuovo codice, la norma ha suscitato notevoli perplessità, talvolta roventi polemiche, da parte di coloro che vi hanno individuato il residuo di una concezione inquisitoria o, peggio, la consapevole espressione di una persistente «concezione paternalistica» del p.m.⁵⁴

Essa comunque rappresenta – come altrove anticipato – una chiara e probabilmente superflua specificazione dell’art. 326 c.p.p.: “Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale”⁵⁵.

Riconoscere all’art. 358 c.p.p. carattere specificativo della norma deputata a

⁵³Su questa caratteristica del nuovo modello processuale e sulle conseguenze dell’opera di scardinamento intrapresa dalla Corte costituzionale fin dai primi anni di vigenza del codice Vassalli, v. fra i tanti G. P. VOENA, *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, VII, pp. 264 ss; nonché A. NAPPI, *Indagini preliminari*, in *Enc. Dir.*, App. V, pp. 686 ss.

⁵⁴In tal senso cfr., tra i tanti, G.P.VOENA, *Attività investigativa e indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale* (atti del convegno tenuto a Perugia il 14-15 aprile 1988), Padova, 1989, p. 35 ss.

⁵⁵Come giustamente rilevano L. D’AMBROSIO-P.L. VIGNA, *Polizia giudiziaria e nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 59. Cristallinamente V. MELE, *Una norma inutile l’art. 358 c.p.p.?*, cit., p. 2406 sostiene che la direttiva n. 37 della legge delega «ha trovato (...) attuazione nel codice in due distinte disposizioni, gli artt. 326 e 358, il secondo dei quali richiama, quale premessa logica e indispensabile il contenuto

delineare le “finalità delle indagini preliminari”⁵⁶ non è mero adoperarsi sul piano teorico, poiché tale caratteristica chiama in causa altre norme, alla prima strettamente correlate e con la prima costituente il momento forse più emblematico del passaggio dal vecchio al nuovo codice.

Il riferimento è agli artt. 50, 408 e 125 att. del codice processuale ed è proprio considerando il complessivo sistema emergente dalla lettura coordinata di queste norme che è possibile chiarire la portata del dovere di svolgere attività investigativa su fatti e circostanze favorevoli all’indagato che l’art. 358 c.p.p. contempla a carico del pubblico ministero⁵⁷.

Il pubblico ministero assume le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale sulla base della valutazione delle emergenze investigative (art. 326 c.p.p.)⁵⁸, ossia verificando se gli elementi acquisiti durante le indagini preliminari siano o meno idonei a qualificare la notizia di reato in termini di “fondatezza” (art. 408 c.p.p., in relazione all’art. 125 disp. att. c.p.p.)⁵⁹ e dunque se sussistano o meno i presupposti per una richiesta di archiviazione (art. 50 c.p.p.)⁶⁰.

Come si vede, la sistematica codicistico-processuale è studiata in vista della realizzazione di un vero e proprio sistema bifasico e solo inserendo l’art. 358 c.p.p. nel quadro logico-sistematico delineato dalle norme richiamate, sul cui sfondo si col-

del primo». Denuncia espressamente la superfluità dell’art. 358 c.p.p., A. NAPPI, *Indagini preliminari*, cit., p. 694: «Se, infatti, lo scopo delle indagini preliminari è di consentire le determinazioni in ordine all’esercizio dell’azione penale (art. 326), ne consegue che il pubblico ministero dovrà, comunque, accertare tutti i fatti necessari a verificare se la notizia di reato è infondata (art. 408) o se ricorrano altri casi di archiviazione (art. 411), essendo noto che la conferma di una ipotesi di accusa dipende principalmente dal fallimento dei tentativi di dimostrarne l’inattendibilità». La stessa Corte costituzionale, nella sentenza 190/91, aveva sottolineato la necessità che le due norme venissero lette insieme.

⁵⁶Anche se, come opportunamente rilevato da P. GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., pp. 123 ss., occorre ammettere che l’enunciazione contenuta nell’art. 326 c.p.p. è ormai anacronistica.

⁵⁷A. NAPPI, *Indagini preliminari*, cit., p. 694, mette in evidenza, altresì, il legame intercorrente tra le norme citate nel testo e gli artt. 367, 374 e 415 bis c.p.p.: «La seconda parte dell’art. 358, quindi, può essere bene intesa soltanto se collegata all’art. 367, che consente ai difensori di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero, all’art. 374, che prevede la facoltà della persona sottoposta alle indagini di presentarsi al pubblico ministero per rilasciare dichiarazioni, e all’art. 415 bis, che implicitamente richiama queste norme, riconoscendone le facoltà all’indagato cui il pubblico ministero abbia comunicato la conclusione delle indagini preliminari. Questo raccordo lascia intendere, infatti, come gli accertamenti a favore della persona sottoposta alle indagini altri non siano che quelli dalla stessa persona richiesti direttamente o tramite il suo difensore. E ciò spiega anche perché nell’art. 358 si parli di “fatti e circostanze”, con un intento limitativo e specificante, che può giustificarsi solo se riferito ad una richiesta di indagine proveniente dall’interessato».

⁵⁸Ai sensi dell’art. 326 c.p.p.: “*Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell’ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale*”. L’art. 231 disp. att. c.p.p., norma tanto chiara nella portata quanto oscura se riguardata sotto il profilo dell’enunciazione di principi, sembra voler significare che l’azione penale non possa essere esercitata da parte di organi diversi dal pubblico ministero. Questa conclusione, a nostro parere costituzionalmente non imposta, merita di essere rivisitata alla luce della disciplina dell’istituto del “ricorso immediato al giudice” introdotto dal D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (“*Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace*”). Invero, l’istituto in questione pare configurare casi di esercizio dell’azione penale da parte di soggetti diversi dal pubblico ministero, se non addirittura ipotesi di instaurazione di processi penali senza azione.

⁵⁹L’art. 125 disp. att. specifica che la notizia di reato deve intendersi “infondata” quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l’accusa in giudizio.

⁶⁰Per effetto dell’art. 50 c.p.p.: “*Il pubblico ministero esercita l’azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione*”.

loca il principio di obbligatorietà dell'azione penale⁶¹, se ne riesce a cogliere l'enorme carica significativa.

Infatti, come correttamente rilevato in dottrina, «la matrice del dovere-potere di svolgere indagini a favore dell'indagato è data dal corretto esercizio dell'azione penale, la quale sarebbe vana se proprio l'emersione degli elementi a discarico rendessero il materiale probatorio acquisito alle indagini come non idoneo a sostenere l'accusa in giudizio. Quindi, prima di determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale, il p.m. deve acquisire gli elementi favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, verso la quale assume un ruolo di garante in relazione al fatto che egli durante le indagini è dominus, unico titolare delle stesse (...) è organo (pubblico) delle investigazioni, deputato all'approfondimento della notizia criminis ai fini del corretto esercizio dell'azione penale»⁶².

L'esercizio dell'azione penale è, in altre parole, corretto soltanto in quanto il pubblico ministero abbia indagato in maniera pluridirezionale, connotando la sua investigazione del carattere della "tendenziale completezza", quest'ultima da intendersi non già nel senso di realizzazione di un quadro di risultanze che profili un thema definibile "allo stato degli atti", bensì nel senso di serio ed approfondito vaglio di tutto quanto si sia prospettato come rilevante al fine della verifica della fondatezza della notizia criminis⁶³.

Solo la completezza investigativa – la quale è inscindibilmente legata alla pluridirezionalità delle indagini⁶⁴ – consente in un primo momento all'alternativa deci-

⁶¹Si rammenti, infatti, che il pubblico ministero «ha l'obbligo di esercitare l'azione penale» (art. 112 Cost.). Sul contenuto di quest'obbligo, da intendersi nel senso che il pubblico ministero, dinanzi ad una notizia di reato suffragata da elementi idonei a consentirne la qualificazione in termini di fondatezza, non ha margini di discrezionalità in ordine alla decisione di introdurre o meno la fase processuale, cfr. C. MORSELLI, *Archiviazione*, in *Dig.disc.pen.*, XI, pp. 375 ss. Per un esame più approfondito dei caratteri dell'azione penale si rinvia a C.V. REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, pp. 27 ss.

⁶²Cfr. C. MORSELLI, *Pubblico ministero*, cit., p. 501, al quale si rinvia anche in relazione a talune considerazioni sul ruolo ordinamentale del pubblico ministero. Nello stesso senso, altresì, G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, p. 289, per il quale «il p.m. non potrebbe esercitare in maniera corretta l'azione penale ove non si facesse carico di accertare gli elementi che potrebbero rendere inutile l'esercizio, consigliando, piuttosto, di presentare una richiesta di archiviazione». Per E. MARZADURI, *Commento all'art. 2 della legge 16/7/1997, n. 234*, in *Leg. Pen.*, 1988, pp. 579 ss., sarebbe «difficile ipotizzare un corretto esaurirsi dell'attività investigativa senza che la persona sottoposta alle indagini abbia avuto modo di partecipare al procedimento».

⁶³Un'esigenza di completezza "in senso ampio" è stata più volte esclusa dalla Corte costituzionale sulla base della considerazione che il parametro di riferimento delle investigazioni preliminari del pubblico ministero è costituito dalla predisposizione di un quadro probatorio idoneo a caratterizzare la notizia di reato in termini di fondatezza e gli elementi raccolti in termini di idoneità a sostenere l'accusa in giudizio. Tuttavia, proprio le recenti riforme modificative del sistema di accesso al giudizio abbreviato hanno indotto la Corte costituzionale ad assegnare un valore più pregnante al principio di completezza investigativa. In particolare, nella sentenza 9 maggio 2001, n. 115 si evidenzia come «l'esigenza di completezza delle indagini preliminari risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato. Il pubblico ministero dovrà infatti tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale». In termini simili, nello stesso anno, si esprime la Corte costituzionale nella sentenza n. 224.

⁶⁴Ritiene che «pluridirezionalità e completezza delle indagini si implicano reciprocamente perché (...)

soria archiviazione-azione penale e, successivamente, alle opzioni decisorie dell'udienza preliminare, di assolvere alla propria funzione, cioè evitare l'instaurazione di processi oggettivamente superflui⁶⁵.

Il corretto funzionamento di un sistema arricchito sul piano degli strumenti di deflazione impone, dunque, in capo al pubblico ministero un dovere di completezza delle indagini, finalisticamente inteso dalla Corte costituzionale come «argine contro eventuali prassi di esercizio apparente dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale»⁶⁶ e la cui portata si caratterizza per la sussistenza in capo al pubblico ministero di un insieme di obblighi qualitativamente accentuato rispetto al passato.

L'indicazione teleologica contenuta nell'art. 358 c.p.p. è componente essenziale di questo dovere poiché apre la strada verso la valorizzazione effettiva dell'atteggiamento collaborativo della persona sottoposta alle indagini, eventualmente interessata a chiarire fin dalle prime battute del procedimento la propria posizione rispetto ai fatti ipotizzati⁶⁷.

Disattenderla significa innanzitutto mortificare la ratio dei meccanismi che, nel nostro sistema, scandiscono in maniera significativa il passaggio dalla fase procedimentale a quella propriamente processuale, meccanismi che caratterizzano l'azione penale, in quanto opzione che si colloca al termine di una fase investigativa tendenzialmente completa, in termini di "concretezza" e la cui inosservanza determina una regressione verso modelli di azione meno assistiti sul piano delle garanzie, per questo ormai abbandonati⁶⁸.

Allo stesso tempo, affrancarsi dal dovere di completezza significa mettere a repentaglio la funzione del processo penale. Infatti, un processo in cui non si è pervenuti alla condanna dell'autore del fatto criminoso a causa di una evidente lacunosità investigativa – dunque, una fase processuale alla quale non si sarebbe dovuti arrivare – è un processo che, una volta pervenuto all'esito assolutorio consacra-

indispensabili ad una corretta scelta circa l'obbligo di esercitare o no l'azione penale» G. P. VOENA, *Investigazioni ed indagini preliminari*, cit., p. 265.

⁶⁵Una particolare oculatezza nella decisione sulla necessità o meno dell'approfondimento dibattimentale, secondo un criterio di economicità della risorsa processuale, è stata auspicata dal Consiglio Superiore della Magistratura nella "Relazione al Parlamento sullo stato dell'amministrazione della giustizia" del 2001.

⁶⁶Corte costituzionale, Sent. 15 febbraio 1991, n. 88.

⁶⁷Come rileva, fra i tanti, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 162 ss.: «in realtà, la struttura di organo dell'accusa rende del tutto coerente anche la raccolta degli eventuali elementi a favore della persona sottoposta alle indagini: il pubblico ministero non potrebbe, infatti, esercitare in maniera corretta l'azione penale ove non si facesse carico di accertare gli elementi che potrebbero renderne inutile l'esercizio, consigliando, piuttosto, di presentare una richiesta di archiviazione. L'azione penale sarebbe evidentemente vana se proprio l'emersione degli elementi a discarico rendesse il materiale probatorio acquisito alle indagini come non idoneo a sostenere l'accusa in giudizio». Dunque, osserva conclusivamente l'Autore, «sembra corretto concludere che l'inciso finale dell'art. 358 c.p.p. non intende attribuire al pubblico ministero il ruolo di difensore della persona sottoposta alle indagini, ma si inquadra nell'ambito dei compiti istituzionalmente propri del pubblico ministero». Con la consueta efficacia C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, cit., p. 569, osserva come «in un sistema accusatorio (...) una assoluzione dibattimentale è innanzitutto frutto di un errore o di insipienza della pubblica accusa».

⁶⁸Sul punto v. C. MORSELLI, *Archiviazione*, cit., pp. 375 ss.

to in una sentenza passata in giudicato, risulta irrimediabilmente compromesso nella possibilità di realizzare la funzione astratta di accertamento dei fatti di reato e di punizione degli autori⁶⁹. Un pubblico ministero poco incline all'approfondimento potrebbe sempre fare affidamento sui meccanismi di integrazione probatoria attivabili dal giudice nella fase dell'udienza preliminare o in quella dibattimentale per scegliere la via del relax investigativo, ma questo modo di procedere, oltre a pregiudicare la terzietà di un giudice improvvisamente trasformato in istruttore, costituirebbe una grave forma di abdicazione dalle funzioni istituzionali tipiche.

Significa, ancora, pregiudicare l'esercizio consapevole delle varie opzioni che il sistema offre al pubblico ministero e, soprattutto, alla persona sottoposta alle indagini.

Rileva a tal proposito la Corte costituzionale, come «la completa individuazione dei mezzi di prova è (...) necessaria (...) per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, saltando l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio»⁷⁰.

Significa, infine, aumentare il rischio di sottoporre ad attività investigativa pubblica e, eventualmente, ad un processo penale persone la cui innocenza sarebbe emersa qualora soltanto ci si fosse mossi in un'ottica di maggiore completezza investigativa, gravandole dei costi – umani ed economici – che inevitabilmente la vicenda processuale penale comporta⁷¹.

Dunque, è il sistema ad esigere, sia pure in uno spazio caratterizzato dalla prevalenza dei poteri del pubblico ministero, una rivisitazione della portata del dovere del pubblico accusatore di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini⁷².

Si tratta di un'esigenza alla quale è estranea, come più volte ribadito, la funzione di tutela della persona sottoposta alle indagini.

Non pare però negabile che, se correttamente soddisfatta, essa si traduce inequivocabilmente in una forma riflessa di garanzia perché previene la formulazione di imputazioni claudicanti e quindi l'assunzione, da parte della persona sottoposta alle indagini, della ben più gravosa qualifica processuale di imputato.

⁶⁹F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1998, pp. 411 ss.

⁷⁰Il riferimento è, ancora, alla sentenza n. 88 del 1991.

⁷¹Il sistema processuale penale italiano non prevede, invero, alcuna forma di rimborso da parte dello Stato delle spese sostenute dall'imputato poi assolto. Questo modello è stato ritenuto, tuttavia, conforme a Costituzione in virtù della peculiarità degli interessi di cui il pubblico ministero è portatore nel processo. Cfr., tra le più recenti, le ordinanze della Corte costituzionale 30 luglio 2003, n. 286 e 288.

⁷²Di ciò sembra essere oramai convinto lo stesso legislatore, il quale, nel corso dei lavori preparatori della legge 479/99 (l. Carotti), non ha mancato di sottolineare – in fase di predisposizione dell'art. 415 bis c.p.p. – come il contributo «critico e costruttivo» della difesa nel corso delle indagini preliminari costituisce un supporto «necessario anche al pubblico ministero per il corretto esercizio delle sue delicatissime funzioni». Non è però stato consequenziale nella definizione della situazione giuridica di cui è titolare il pubblico ministero richiesto dalla persona sottoposta alle indagini del compimento di specifici atti investigativi, attribuendo così una implicita dignità positiva a quel modello d'interpretazione dell'art. 358 c.p.p., invalso fin dai primi tempi della sua vigenza, che è stato efficacemente definito «una degenerazione patologica non prevista, e non prevedibile, nel 1989». Così, ancora una volta, F. D'AMATO, *Le indagini difensive*, cit.

Il duplice profilo funzionale che il dovere compendiato dall'art. 358 c.p.p., in fin dei conti, sintetizza – strumento di garanzia e di prevenzione rispetto all'instaurazione di processi inutili e, conseguentemente e di riflesso, di salvaguardia della persona cui un fatto di reato è provvisoriamente attribuito – avrebbe richiesto maggiore attenzione da parte della giurisprudenza di legittimità.

Un'attenzione che è però mancata anche in seno alla Corte costituzionale la quale, proprio in virtù delle argomentazioni svolte nell'ordinanza 11 aprile 1997, n. 96, sarebbe dovuta pervenire a conclusioni opposte⁷³.

Le conclusioni esplicitate nell'ordinanza citata⁷⁴ appaiono poco pertinenti soprattutto rispetto ad una corretta individuazione dell'oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Messina.

Se è vero che la disposizione oggetto di verifica costituzionale – art. 358 c.p.p. – non appare ex sé strumentale alla realizzazione dei valori che il giudice remittente assumeva essere stati violati – al punto che, poco sopra, si è giunti a riconoscere che la Corte, con l'ordinanza in questione, avesse messo ordine in materia – è altrettanto vero che essa assumeva un ruolo diverso alla luce del complessivo sistema in cui era chiamata a dispiegare i propri effetti.

In altre parole, si osserva che il giudice delle leggi avrebbe dovuto sottoporre a scrutinio di costituzionalità non la norma, bensì la “situazione normativa”, ossia «la norma concreta, contenuta in una disposizione, in rapporto alle altre disposizioni e alla fattispecie in cui si è posta la questione di legittimità costituzionale»⁷⁵.

Se l'oggetto del giudizio fosse stato individuato con completezza, inserendo l'art. 358 c.p.p. nel quadro dei restrittivi principi giurisprudenziali fissati in mate-

⁷³Appare utile riportare l'opinione di V. MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, cit., p. 2407: «Di fronte all'indiscutibile contenuto dell'art. 358 argomentare, come fa la Corte, che vige comunque il principio della non superflua instaurazione del processo o ricordare che il P.M. dovrà comunque vagliare, al termine delle indagini, se richiedere l'archiviazione o esercitare l'azione penale non significa altro che ripetere proposizioni ovvie che non risolvono e nemmeno incidono sulla questione. Se infatti l'indagine sia stata condotta a senso unico e siano stati elusi gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini – che siano o no da questi specificamente indicati – si verificherà certamente la violazione di un preciso dovere del P.M. Egli infatti deciderà per la richiesta di archiviazione o di giudizio in maniera che sarà certamente coerente con le sue acquisizioni ma comunque senza tener conto dell'eventuale materiale probatorio che avrebbe dovuto o potuto acquisire se avesse avuto riguardo correttamente anche all'area di indagine eventualmente ampliata per effetto degli accertamenti a favore dell'indagato. Il che è come dire, se avesse applicato integralmente l'art. 358».

⁷⁴Si entra, così, nell'esame di quella che costituisce la “prima faccia” dell'ordinanza.

⁷⁵In dottrina, il primo studioso ad aver dato un inquadramento dogmatico della *situazione normativa* come oggetto del giudizio costituzionale è stato A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico - dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, pp. 56 ss., ove si definisce la “situazione normativa” come «sintesi di significati desunti in forza delle interconnessioni tra norma e sistema giuridico complessivo, ovvero, per esser chiari, la stessa *situazione reale*, così come qualificata dagli effetti già prodotti o che promettono di essere prodotti dai disposti normativi sottoposti al sindacato di costituzionalità». A questa tesi aderisce, due anni dopo e con alcune precisazioni, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, p. 100, ma spec. pp. 118. ss. Ulteriori specificazioni della teoria sono contenute in A. SPADARO, *La «norma» - o piuttosto la «situazione normativa» - quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto «dottrinale» che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 778 ss., da cui è tratta la definizione di situazione normativa riportata nel testo. I rapporti tra la singola norma e il complessivo ordinamento e la necessità di considerare la prima sempre alla

ria di ampiezza e limiti dell'attività di indagine del difensore⁷⁶, ci si sarebbe convinti del fatto che la norma in esame costituisse – potremmo dire suo malgrado ed anche a prescindere dal ruolo compiutamente descritto nell'ambito del sistema di transito dalla fase del procedimento a quella del processo – l'unico strumento attraverso il quale il diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini trovava esplicazione dinamica e gli elementi reperiti acquisivano prospettive di utilizzabilità processuale.

In un sistema normativo fortemente deficitario sotto il duplice profilo dell'attribuzione di poteri investigativi alla difesa e di quello, inscindibilmente connesso al primo, dell'impiego processuale delle relative risultanze, l'obbligo di svolgere indagini su elementi a discarico, qualora fosse stato munito di effettività, avrebbe assunto una portata in qualche modo garantista⁷⁷.

Dunque uno strumento – il dovere di necessaria pluridirezionalità investigativa – che riguardato sotto il profilo della distribuzione dei ruoli all'interno di un modello processuale accusatorio, poteva definirsi non a torto fuori dal sistema, incoerente rispetto alla struttura accusatoria del processo penale che si intese costruire nel 1989, intriso di spirito paternalistico e quant'altro, ma comunque uno strumento che, assistito da un apparato sanzionatorio adeguato, non avrebbe danneggiato sicuramente (anzi!) la già minorata posizione dell'indagato⁷⁸.

Un giudice delle leggi più volenteroso non avrebbe esitato a spingersi oltre,

luce del secondo è messa in evidenza già da F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, p. 983: «le norme, una volta poste in essere dalla loro fonte di produzione, non rimangono isolate l'una nei confronti dell'altra, e come chiuse in una loro propria sfera di indipendenza, con il significato loro voluto attribuire dalla fonte: invece si inseriscono nel sistema complessivo, e sono soggette alle influenze che nei loro confronti viene ad esercitare l'evoluzione dell'ordinamento, a seguito degli sviluppi della vita sociale». Sulla tematica dell'oggetto del giudizio di costituzionalità ci permettiamo di rinviare, altresì, a L. SURACI, *L'efficacia delle decisioni di rigetto di questioni di legittimità costituzionale. Percorsi per una costruzione teorica* (Documento INTERNET) in *FILODIRITTO.IT*.

⁷⁶Per un'analisi dei quali si rinvia al paragrafo che segue. Lo stesso V. MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.*, cit., p. 2407, rimarca come «rinviare l'esplicazione efficace del diritto di difesa alle eventuali e non certo particolarmente produttive investigazioni difensive, aprioristicamente possibili solo quando l'indagato sia nelle condizioni di procurarsi un'idonea e costosa difesa, comunque scarsamente informata di quanto, prima e durante il suo intervento, ha fatto e fa il P.M. o rimettersi agli scarsamente utilizzati futuri poteri di acquisizione probatoria del giudice – è difficile non convenirne – non è proprio la stessa cosa».

⁷⁷Si vuole richiamare, per rendere l'idea, un esempio – peraltro proposto per altri fini – tratto da M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., pp. 48 ss. che prospetta il caso di una persona catturata sentita dal GIP in sede di interrogatorio di garanzia: «La persona catturata (non ancora imputata) poniamo indichi: "In quel luogo in cui né io né il mio difensore possiamo accedere, si rinverrebbero prove lampanti della mia estraneità al delitto. Analogamente, questi cinque testimoni, che indico dettagliatamente, potranno confermare la mia innocenza". Che cosa potrà fare quel giudice? Dovrà rispondere: "L'accusato potrà rivolgersi successivamente al pubblico ministero (art. 367) affinché provveda lui a quei documenti: esami, lui, quei testimoni..."». Il caso è emblematico dell'impotenza del difensore rispetto alla vicenda che coinvolge il proprio assistito. In un sistema che non conosce una compiuta disciplina dei poteri investigativi della difesa l'acquisizione diretta di elementi a discarico è preclusa. Per altro verso, però, l'indicazione di fonti ad un organo dell'accusa privo di consequenziali obblighi acquisitivi potrebbe rivelarsi operazione capace di non sortire effetto alcuno. Il risultato, tanto ingiusto quanto angosciante, è (tornando alla vicenda proposta a titolo di esempio) la permanenza in carcere del povero malcapitato.

⁷⁸Sono infatti condivisibili le critiche che muove E. AMODIO, *Le indagini difensive tra nuovi poteri del G.I.P. e obblighi di lealtà del P.M.*, in *Cass. Pen.*, 1997, pp. 2285 ss., ad un sistema processuale che affida al pubblico ministero una funzione tutoria dell'indagato. Altrettanto chiaramente evidenzia l'incoeren-

sfruttando – lo ha fatto spesso – tutte le opportunità offerte dal sistema processuale, per dotare di effettività l'obbligo contemplato dall'art. 358 c.p.p. e così enuclearne in modo pieno le potenzialità espansive del tasso di garantismo di un sistema processuale penale oramai sbriciolato.

In definitiva, se è vero – e non c'è ombra di dubbio che sia così – che la via concessa alla difesa di consegnare i propri testi all'accusatore, perché abbia la compiacenza di ascoltarli, è «avvilente in un processo di parti»⁷⁹, è anche vero però che, in un contesto normativo e giurisprudenziale fortemente impegnato a chiudere qualsiasi spazio all'esplicazione di attività di indagine della difesa, una prospettiva, per quanto avvilente, sarebbe stata meglio di niente!

Se poi si fosse avuto il coraggio e la forza di convertire la compiacenza in “dovere”, non si sarebbe certamente rimossa una anomalia di sistema, ma la prospettiva stessa sarebbe stata meno avvilente⁸⁰.

za di una tale attribuzione rispetto ai postulati del sistema accusatorio P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 467: «E' coerente, a suo modo, il puro processo inquisitorio che nega la difesa come l'accusa per concentrarle nelle mani di un solo giudice che, secondo un'idea teologica, domina tutto l'iter del processo, raccogliendo prove tanto a carico quanto a favore dell'imputato. Ma è illogico, prima che iniquo, falsare l'equilibrio fra le due funzioni dopo averle riconosciute autonome da quella giurisdizionale. Dotare l'accusatore di tutti i poteri inerenti alla sua qualità e poi vietare alla difesa di partecipare dialetticamente alla formazione della prova o ammetterla in condizioni di inferiorità o passività (...) significa rinnegare quel contraddittorio cui è preordinata la struttura triadica del processo (...) la difesa declina come funzione processuale, scade ad alibi, a mero segno di sè stessa, come una comparsa che, pur non servendo sostanzialmente a nulla, resta tuttavia in scena per arricchire il quadro».

⁷⁹E. STEFANI-F. DI DONATO, *L'investigazione privata nella pratica penale*, Milano, 1991, p. 50.

⁸⁰Lo stesso art. 415 bis, introdotto dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, sebbene sia fonte di significative facoltà processuali per la persona sottoposta alle indagini ed il suo difensore, non si spinge fino al punto di porre precisi obblighi investigativi in capo al pubblico ministero. Espletata, attraverso la notificazione, la funzione propriamente conoscitiva dell'avviso, la norma attribuisce alla difesa dell'indagato una pluralità di opzioni, tra le quali assume rilievo in questa sede quella di chiedere al pubblico ministero di svolgere specifici atti d'indagine. Sebbene sia stata ampliata la portata di quel “contatto investigativo necessario” tra pubblico ministero e persona sottoposta ad indagini introdotto dall'art. 2 della legge 16 luglio 1997, n. 267, anche in questa occasione il legislatore non è stato sufficientemente coraggioso, spingendosi fino al punto di “obbligare” il pubblico ministero a dare corso alla richiesta dell'indagato di svolgere gli atti d'indagine richiesti, essendo inequivoco che la norma abbia voluto lasciare l'inquirente libero di scegliere – non si capisce sulla base di quali parametri e, comunque, alla luce di valutazioni di utilità dell'atto investigativo meramente soggettive – se svolgere o meno l'attività investigativa richiesta. L'inciso finale dell'art. 415 bis, comma 3 c.p.p. (“*Se l'indagato chiede di essere sottoposto ad interrogatorio il pubblico ministero deve procedervi*”), per vero, non sembra lasciare spazio ad interpretazioni diverse. Si sono così riproposti gli stessi problemi interpretativi che hanno caratterizzato la vigenza dell'art. 358 c.p.p. e che, risolti dalla Corte di cassazione seguendo una logica vanificatoria, ne hanno sancito la sostanziale inutilità. Se, come la prassi consolidata sembra dimostrare, anche l'art. 415 bis c.p.p. sarà interpretato nel senso di lasciare al pubblico ministero la facoltà di scegliere se procedere o meno al compimento degli atti sollecitati dall'indagato, soltanto per aspetti secondari non potrà parlarsi di inutile riproduzione dell'art. 358 c.p.p. Invero, è indubbio che già prima della riforma del 1999 l'indagato, proprio in virtù della previsione contenuta nell'art. 358 c.p.p. – la cui prescrizione si traduceva, sul piano operativo, nella facoltà spettante al difensore di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero (art. 367 c.p.p.) – potesse chiedere al pubblico ministero il compimento di specifiche attività investigative. E' altresì evidente che, fino al momento dell'esercizio dell'azione penale, il procedimento risiede nella fase delle indagini preliminari con la conseguenza che, anche a voler seguire la tesi che, facendo leva sul disposto dell'art. 367 c.p.p., individua il limite preclusivo alla formulazione di richieste al pubblico ministero nella chiusura delle indagini preliminari, comunque l'art. 415 bis si sarebbe dimostrato sotto questo profilo

4. *L'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale: i limiti strutturali della norma e le interpretazioni restrittive della giurisprudenza.*

Ad undici anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale è andata in pensione la norma alla quale il legislatore del 1988 aveva affidato il compito di disciplinare la materia dell'attività investigativa del difensore⁸¹.

Va dato atto al legislatore della codificazione di essere stato fin dal principio ben consapevole delle limitate pretese che l'art. 38 disp. att. c.p.p. avrebbe potuto avanzare in vista della realizzazione di un compiuto modello processuale di tipo accusatorio⁸², al punto che le stesse "Osservazioni ministeriali al progetto definitivo del codice di procedura penale" sottolineavano, nella parte concernente la disposizione in esame, l'opportunità di «limitare la portata della norma alla sola enunciazione del principio», ritenuta, pur nella sua estrema lacunosità «necessaria per allinearsi al

superfluo. L'innovazione risiede soltanto nella previsione di una "restituzione in termini" per il pubblico ministero che intenda, per mera compiacenza, dare seguito alla richiesta investigativa della persona sottoposta alle indagini o del suo difensore. Francamente troppo poco e, soprattutto, evidentemente contraddittorio perchè il legislatore, con l'introduzione della norma in esame, da un lato ha dimostrato di avere intuito l'importanza, anche in funzione deflattiva, del contributo proveniente dalla persona sottoposta ad indagini alla "formazione" delle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale, ma dall'altro ha rinunciato a predisporre strumenti idonei a rendere piena ed effettiva l'esplicazione della manifestata disponibilità "collaborativa" dell'indagato. Probabilmente, al di là della contiguità di soluzioni scaturente dall'inequivocabile unità di *ratio* che lega gli artt. 358 e 415 bis c.p.p., sono prevalsi i timori di un possibile impiego dell'istituto per fini speculativi, anche se, attraverso la previsione di momenti di delibazione preliminare da parte dell'organo dell'accusa, rigorosamente disciplinati nei parametri e nelle forme – si pensi, per esempio, alla introduzione di un obbligo di capitolazione simile a quello previsto dall'art. 468, comma 1 c.p.p. – si sarebbe potuto porre l'istituto al riparo da manovre dilatorie. Di recente, peraltro, la Corte costituzionale ha escluso che la scelta legislativa presenti profili di illegittimità costituzionale poiché «la previsione di una ulteriore garanzia per l'indagato, attraverso l'articolo 415 bis Cpp, appare modulata secondo scelte legislative che non incontrano alcun limite in soluzioni costituzionalmente obbligate, quanto a necessità di estensione della garanzia medesima» (Corte costituzionale, ord. 10-30 luglio 2003, n. 287). La decisione della Corte è condivisa, ma soltanto da un punto di vista sostanziale, da C. BOTTI, *L'attività del Pm e le prove a favore dell'indagato, un mondo inesplorato*, in *Dir. e giust.*, 2003, 33, pp. 48 s. Sotto il profilo strettamente formale, invece, l'ordinanza è ritenuta dall'Autore discutibile «perché non si comprende come si possa conciliare, ad esempio, la previsione, contenuta nell'articolo 358 Cpp relativa all'obbligo del Pm di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, con la mancanza di qualsivoglia sanzione processuale per l'inottemperanza di questo precetto anche quando i fatti e le circostanze siano espressamente richieste ed indicati dall'indagato stesso». In conclusione, il legislatore del 1999 avrebbe potuto fare di più, anche se non si sarebbe raggiunto l'*optimum*. Infatti, il pubblico ministero, pur quando assume ad informazioni un soggetto indicato dalla controparte, è sempre una parte (sia pure potenziale) che lavora ad una ipotesi predefinita e non può, istintivamente, che agire in direzione della corroborazione dell'ipotesi stessa. Quindi farà domande orientate ad ottenere determinate risposte, in funzione della realizzazione dei suoi fini. C'è sempre poco di difensivo in un atto d'indagine del soggetto che accusa. Non deve però sottrarsi il merito storico dell'art. 415 bis, ossia compendiare, per la prima volta dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, l'espressione *investigazione difensiva*, sino ad allora relegata nelle disposizioni d'attuazione.

⁸¹L'art. 23 della legge 7 dicembre 2000, n. 397 espressamente abroga l'art. 38 delle disposizioni d'attuazione. Una scelta opportuna che suona come una ovvietà, ma alla quale non si è mancati di attribuire un significato simbolico, come se il legislatore abbia voluto «segnare con nettezza lo stacco con il passato». Così G. SPANGHER, *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocato può vincere*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 285.

⁸²E. RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida al diritto*, 23 gennaio 2001, n. 1, p. 36, definisce la norma in discorso «asfittica, vaga e inadeguata nonostante gli svogliati tentativi di rianimazione del legislatore del 1995».

principio della parità tra accusa e difesa che la direttiva 3 della legge delega vuole sia affermato in ogni stato e grado del procedimento, riservando ogni futura disciplina sia ad una iniziativa legislativa ad hoc sia ad interventi integrativi del disegno di legge sull'ordinamento forense per ciò che concerne i doveri del difensore nel procedimento penale e in particolare nella fase delle indagini preliminari»⁸³.

La limitazione della trattazione normativa della materia delle indagini difensive

⁸³V. le *Osservazioni governative* sull'art. 33 prog. def. disp. att., in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., VI, t. I, cit., p. 276. Usa quindi metaforicamente la formula dubitativa V. GREVI, *Più luci che ombre nella l. 8 agosto 1995*, n. 332, in AA. VV, *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332, Milano, 1996, p. 337. Ad avviso dell'illustre Autore «come se il legislatore, desideroso di affermare sul piano teorico la titolarità in capo al difensore di un'autonoma facoltà investigativa, si fosse appagato della relativa enunciazione quale norma di principio, senza preoccuparsi in alcun modo di articolare le linee ed i contenuti delle corrispondenti attività e senza nemmeno porsi quei problemi, anche pratici, che pure si erano profilati durante i lavori preparatori del codice». Osserva altresì C. MURRU, *Le indagini difensive nelle indagini preliminari e nell'udienza preliminare* (relazione al convegno tenutosi ad Oristano il 24 giugno 2000) (Documento *Internet*), in *PENALE.IT*: «Il legislatore, compilando l'art. 38 delle Disp. Att., si era infatti limitato ad una enunciazione generale del c.d. diritto alla prova, evitando quel meccanismo insidioso di previsione analitica che invece era stato espressamente previsto dall'art. 33 del progetto preliminare delle norme attuative al nuovo codice». Per comodità espositiva, riteniamo opportuno riportare l'originaria versione della norma in esame:

“Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'art. 190 del codice di procedura penale, i difensori anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici hanno la facoltà di: a) svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito; b) conferire con le persone che possono dare informazioni e farsi rilasciare da esse dichiarazioni scritte.

Le persone indicate nel comma 1 lettera b) sono avvertite della facoltà di rifiutare il colloquio.

Se l'interpellato lo richiede, al colloquio è presente una persona di sua fiducia, che sottoscrive l'eventuale dichiarazione scritta.

La facoltà prevista dal comma 1 lettera b) non può più essere esercitata dopo che la persona è stata ammessa come testimone nell'incidente probatorio, nell'udienza preliminare o nel dibattimento.

L'attività prevista dal comma 1 lettera a) può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati”.

Come si può notare, l'originaria versione della proposta legislativa presentava profili di disciplina ben più marcati. Tuttavia, in sede preparatoria si preferì abbandonare la prospettiva di una regolamentazione analitica dei poteri d'indagine del difensore accogliendo le osservazioni critiche espresse dal Consiglio superiore della magistratura. Come ricorda N. TRIGGIANI, *Le indagini difensive*, cit., pp. 23 s. «l'organo di autogoverno della magistratura aveva ricordato, innanzitutto, l'insufficienza della normativa in tema di investigazione privata; in secondo luogo, aveva posto l'accento sulla indeterminatezza delle attività rimesse alla difesa, inadeguate a prevenire abusi, non essendo chiaro se fosse consentito anche l'esame di persone già interrogate dal pubblico ministero o di altri indagati per lo stesso reato, nel medesimo procedimento, in procedimenti connessi o collegati. Infine, aveva lamentato sia l'assenza di una disciplina circa la possibilità di registrare i colloqui intervenuti, sia la mancata previsione che, all'atto dell'eventuale convocazione del difensore, la persona da sentire ricevesse il chiaro ed esplicito avvertimento della non obbligatorietà della presentazione, unitamente all'indicazione dell'oggetto della dichiarazione da rendere e della persona eventualmente interessata». Inoltre, il Consiglio si doleva della mancanza di una disciplina concernente il profilo dell'utilizzabilità delle dichiarazioni documentate dal difensore. Cfr., per ulteriori approfondimenti, il *Pavere del Consiglio superiore della magistratura* sull'art. 33 prog. prel. disp. att., in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., VI, t. I, cit., p. 138 ss. In adesione alle osservazioni del Consiglio superiore della magistratura il legislatore delegato riconobbe che l'art. 33, nella originaria versione, era inadeguato a risolvere alcune fondamentali questioni «quali quelle attinenti alle modalità di assunzione delle dichiarazioni ed alla loro utilizzazione processuale», non chiarendosi nemmeno «se fosse attribuita al difensore la facoltà di conferire con persone già interrogate dal pubblico ministero o con persone sottoposte alle indagini per lo stesso reato o per reati connessi o collegati». Cfr. ancora una volta, le *Osservazioni governative* sull'art. 33 prog. def. disp. att., in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., VI, t. I, cit., p. 275.

all'enunciazione di un principio, peraltro contenuto in una norma formulata in modo superficiale e frettoloso⁸⁴, è stata causa di un grave pregiudizio, prima ancora che ai diritti della difesa⁸⁵, all'impostazione tendenzialmente accusatoria che la codificazione del 1988 intese dare al processo penale italiano, una impostazione che richiede «un difensore attivo che esca dal chiuso delle sue stanze e non si limiti a studiare ed analizzare le mosse della controparte per eventualmente sindacarne l'errore formale o la carenza probatoria in sede dibattimentale, occorrendo che intervenga positivamente in tutto l'arco processuale, già in sede di indagini preliminari, per individuare tutti gli elementi di prova utili al proprio assistito, in una logica di contrapposizione dialettica e strategica con il pubblico ministero»⁸⁶. Ciò anche, anzi in particolare, alla luce dello stretto legame che intercorre tra il «diritto alla prova» – solennemente sancito dall'art. 190 del codice processuale e, nel

⁸⁴Efficacemente A. FRANCHINI, *L'indagine difensiva nel procedimento e nel processo. L'organizzazione degli studi professionali*, in *Fisco*, 1991, p. 4287, richiama la scelta legislativa di «dettare una norma di attuazione, per così dire programmatica, sull'indagine difensiva» per evidenziare «l'intima contraddizione linguistica, che va sottolineata, tra l'attuazione ed il programma, che è per definizione prodromico rispetto all'attuazione».

⁸⁵Rileva giustamente E. RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, cit., p. 975, come il passaggio dall'ipotesi progettata alla norma definitiva, un vero e proprio ripensamento, ha determinato come risultato «una maggiore incertezza nella individuazione delle condotte consentite, una esagerata prudenza degli avvocati nella loro esplicitazione ed il rischio di una loro sostanziale cancellazione».

⁸⁶A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 51. Come giustamente sostiene, fra i tanti, A. PISTOCCHINI, *Natura e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 3602, «nell'attività di costituzione del c.d. *defense case*, la difesa non può più limitarsi – in un processo di ispirazione accusatoria – al mero controllo logico-giuridico della legalità e del merito degli atti compiuti da altri, ma ha l'onere di prospettare al giudice un determinato risultato probatorio per il cui raggiungimento sarà indispensabile essere legittimati all'esperimento di mezzi di ricerca della prova che consentano di ricercare, e poi verificare, l'attitudine probatoria di cose materiali, tracce o dichiarazioni». Nello stesso senso, P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, pp. 1 ss.: «Il sistema inquisitorio si basa sul principio di autorità, secondo il quale la verità è tanto meglio accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente (...) Accolto questo postulato, ne deriva che ad un unico soggetto sono concessi pieni poteri nella ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova (...) Il sistema accusatorio si basa su di un opposto principio, quello dialettico. Si ritiene che la verità si possa meglio accertare se le funzioni processuali siano ripartite tra soggetti che hanno interessi contrapposti. Ad un giudice imparziale spetta soltanto di decidere sulla base di prove ricercate dall'accusa e dalla difesa (...) I poteri di ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova non possono essere attribuiti ad un unico soggetto, bensì devono essere divisi e ripartiti tra l'accusa, la difesa ed il giudice, in modo che nessuno di essi possa abusarne». Evidenzia E. RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, cit., p. 973, come l'attività investigativa del difensore costituisca una «caratteristica del nuovo sistema accusatorio». V. ancora, sul tema, G. PIERRO, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, pp. 320 ss. G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio (Dir. proc. pen.)*, cit., pp. 334 ss., indica, tra i postulati di base del sistema accusatorio, quello di consentire all'accusato, posto in posizione di eguaglianza e parità con l'accusatore, di articolare la propria difesa. In maniera estremamente chiara, S. GIANBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, cit., p. 339, ribadisce che «in un sistema processuale veramente accusatorio la titolarità delle indagini, intese come momento di individuazione di tutti gli elementi utilizzabili come fonti di prova, dovrebbe appartenere oltre che al p.m. anche all'indagato». Tuttavia, è utile rilevare come già G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1968, pp. 3 ss., avesse sottolineato la particolare rilevanza che il diritto alla prova assume in un sistema processuale tendenzialmente accusatorio. Infatti, mentre in un sistema di ispirazione inquisitoria il potere di ricerca della prova ad opera delle parti dovrebbe essere escluso dall'alveo del diritto alla prova, in un sistema di ispirazione accusatoria il potere delle parti di ricercare prove dovrebbe avere «un riconoscimento più pieno e incondizionato», alla luce del diverso ruolo che esse assumono nell'evoluzione del procedimento. Lo stesso legislatore delegante aveva

profilo particolare del diritto alla controprova, dagli artt. 468, 495, 546, 606 c.p.p. – e il diritto di svolgere investigazioni difensive, legame configurabile – come è oltremodo noto – in termini di strumentalità del secondo rispetto al primo⁸⁷.

Una volta chiarito il significato che si intende attribuire all'espressione "prova" – aderendosi ad una concezione "relativistica", è prova l'elemento significante, ritualmente permeabile l'orizzonte gnoseologico del giudice e, quindi, idoneo a concorrere alla formazione del convincimento giudiziale in funzione decisoria⁸⁸ – si scorge come il rapporto tra le indagini difensive ed il diritto alla prova assuma

precisato, nella direttiva n. 69, che la disciplina della materia della prova avrebbe dovuto essere idonea a "garantire il diritto del pubblico ministero e delle parti private ad ottenere l'ammissione e l'acquisizione dei mezzi di prova richiesti, salvi i casi manifesti di estraneità ed irrilevanza". Dalla formulazione della direttiva sembra emergere un chiaro dovere legislativo di predisporre una disciplina organica delle investigazioni difensive.

⁸⁷Secondo P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 67: «Il diritto alla prova è un'espressione di sintesi che comprende il diritto di tutto le parti di ricercare le fonti di prova, di chiedere l'ammissione del relativo mezzo, di partecipare alla sua assunzione e di presentarne una valutazione al momento delle conclusioni». Dunque, tra diritto alla prova e facoltà investigative non vi sarebbe secondo questo Autore un rapporto di strumentalità, poiché le seconde sarebbero un aspetto del primo. Come giustamente evidenziato da diversi studiosi, la relazione di necessaria strumentalità era insita nella lettera della legge, in particolare nella rubrica dell'art. 38 delle disposizioni d'attuazione, ove ci si riferiva alle "facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova". Cfr. M. CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2009. E. RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, cit., p. 975, facendone proprio l'interrogativo che si pone C. PAGLIUCA, *La cosiddetta inchiesta parallela del difensore dell'imputato e limiti deontologici nei rapporti con potenziali testimoni*, in *Giur. It.*, 1990, IV, c. 17, si chiede che senso avrebbe affermare il diritto alla prova senza riconoscere un'ampia facoltà di ricercare e assicurare fonti di prova. Sostiene la stessa tesi A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 50 ss., per il quale, alla luce del contenuto della direttiva n. 69 della legge delega, la quale indicava la disciplina della materia della prova in modo idoneo a garantire il diritto delle parti ad ottenere l'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova richiesti, «va da sé (...) che si possa richiedere l'ammissione dei mezzi di prova se ed in quanto i correlativi elementi probatori sia stato dato preventivamente individuare ed acquisire. A questo scopo intervengono le facoltà investigative proprie non solo del pubblico ministero ma riconosciute ormai anche alle altre parti private». In giurisprudenza non si è mancato di enunciare l'esistenza del rapporto di strumentalità (cfr., *Cass. penale*, Sez. VI, 1 marzo 1993, Minzolini; Sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo; Sez. III, 11 luglio 1997, Lutfiia e altro) ma, come vedremo, lo si è valorizzato al fine di sminuire la portata dell'art. 38 disp. att.

⁸⁸Prova, infatti, non è soltanto quella che si forma in dibattimento ed in funzione della decisione sul merito dell'accusa, ma ogni elemento finalizzato alla verifica della verità di una affermazione rilevante in funzione di una decisione giudiziale. Si riportano, in proposito, le chiare parole di G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 304, per il quale la riforma codicistica del 1988 non impone «di introdurre irragionevoli distinzioni di "natura" tra gli strumenti impiegabili nella ricerca della verità a seconda della fase in cui ne venga reputata conveniente l'adozione. Independentemente dalla considerazione che il legislatore consideri "prova" per antonomasia solo quanto compiuto nell'incidente probatorio e nel dibattimento, gnoseologicamente i procedimenti relativi, per esempio, alle perizie, alle ricognizioni ed alle testimonianze corrispondono a quelli inerenti agli accertamenti tecnici irripetibili (art. 360 c.p.p.), alle individuazioni (art. 361 c.p.p.) ed alle informazioni (art. 362 c.p.p.): le originariamente diverse finalità di utilizzazione (per le decisioni dibattimentali o preliminari) non possono oscurare la comune funzione di verifica di enunciati fattuali loro assegnata, seppure a differenti condizioni, dall'ordinamento. Qualora ad un esperimento conoscitivo conforme al rito sia attribuita l'idoneità a raggiungere tale scopo, ci si trova comunque in presenza di una prova». Non meno persuasivo D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991, p. 160: «alla riluttanza a parlare *tout court* di elementi di prova – date le ripetute affermazioni di principio secondo cui nell'odierno sistema processuale la prova si forma in dibattimento – si contrappone una realtà normativa più articolata, caratterizzata da diversi livelli di rilevanza probatoria in corrispondenza delle diverse fasi del processo o addirittura dello stesso procedimento (se si considerano taluni supporti probatori richiesti

un rilievo centrale e, per questo, ha rappresentato uno dei nodi più intricati che l'elaborazione – soprattutto dottrinale – si è proposta di sciogliere negli anni di vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., nel tentativo di ampliare la portata della disposizione e così assicurare un rilievo processuale ai materiali acquisiti dalla difesa in fase d'investigazione.

E non può certo dirsi che fosse imprevedibile che uno sforzo in tale direzione avrebbe incontrato resistenze, poiché per anni si è dubitato addirittura che il materiale conoscitivo di provenienza difensiva fosse suscettibile di impiego a fini decisori finanche nella fase – procedimentale – delle indagini preliminari⁸⁹.

Un orientamento oltremodo restrittivo che veniva motivato con argomentazioni certamente non insuperabili da una giurisprudenza incoraggiata dai limiti strutturali della disposizione d'attuazione⁹⁰ e poco propensa ad abbandonare schemi mentali formati nel corso dei decenni di vigenza del codice Rocco⁹¹.

In particolare, il fronte conservatore faceva leva ora su una originale lettura del

per la emissione di provvedimenti consentiti fin dalle indagini preliminari). Si può appunto fare uso di svariate perifrasi per indicare l'ingresso formale nel procedimento e la valutazione di elementi comunque idonei a costituire il referente della motivazione di provvedimenti che possono essere adottati prima del dibattimento e, taluni, proprio in funzione di esso ovvero, senza remore, parlare esplicitamente di elementi di prova». P. P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 44 dimostra di aderire alla concezione relativistica della prova definendo molto opportuna l'osservazione di quella parte della dottrina che ritiene doversi parlare di prova anche in relazione alle acquisizioni investigative deputate a fondare l'adozione di decisioni intermedie, pur curando di dover distinguere con chiarezza il procedimento probatorio dialettico da quello monodico. In particolare l'Autore richiama P. FERRUA, *La formazione della prova nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989, pp. 243 ss.

*Rileva persuasivamente G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 168: «Quella che ci si affrettò a chiamare indagine difensiva restava certo fuori dal processo, come attività interna all'ufficio difensivo, utile e necessaria ad alimentare le sue "mosse" processuali: l'introduzione e l'escussione delle proprie prove, il contrasto di quelle *ex adverso*, le scelte tattiche o strategiche sul rito, ecc. (poco male – si disse – anche l'indagine del pubblico ministero restava fuori dal processo, con valenza essenzialmente "endofasica", funzionale alle determinazioni, positive o negative, sull'esercizio dell'azione penale). Tale appunto era la logica del processo di parti. Non si pose, tuttavia, attenzione al rischio che l'indagine difensiva restasse anche fuori del procedimento, del tutto "deritualizzata", priva di una diretta possibilità di incidere e di contrapporsi all'indagine del pubblico ministero anche in quegli "snodi" in cui era pur previsto che questa fosse in qualche misura utilizzabile: si pensi ai procedimenti in materia cautelare ovvero all'udienza preliminare, tanto più se trasformata in udienza per il giudizio abbreviato; si pensi all'uso degli atti di indagine a contenuto dichiarativo per le contestazioni, sia pure (allora) solo ai fini di valutare la credibilità del teste».

⁸⁹Basti pensare che, nella formulazione originaria dell'art. 38 disp. att. c.p.p., mancasse addirittura qualsivoglia riferimento alla destinazione materiale della documentazione delle indagini difensive. Escluso, invero, l'accesso di essa in un "fascicolo del difensore" normativamente non previsto, ne era altresì esclusa l'immissione nel fascicolo delle indagini preliminari, destinato normativamente ad ospitare in via esclusiva gli atti investigativi compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, unitamente all'atto contenente la notizia di reato (art. 373, comma 5 c.p.p.). L'unica via che, in qualche modo, avrebbe consentito – alla luce della normativa vigente – un travaso di atti investigativi difensivi nel fascicolo del pubblico ministero si sarebbe dovuta tracciare facendo leva su una interpretazione estensiva dell'espressione "atti" che figura nell'art. 421, comma 3 c.p.p. Pertanto, presentata per l'udienza preliminare, la documentazione difensiva ("atti", appunto, diversi dai documenti contemplati dalla stessa norma) sarebbe naturalmente confluita nel fascicolo del pubblico ministero formato in via residuale ai sensi dell'art. 433 c.p.p. Per una soluzione simile, fondata però su una interpretazione ampia dell'art. 419, comma 2 c.p.p. v. G. FRIGO, *Indagine difensiva per il processo penale e deontologia*, in *Cass. Pen.*, 1992, pp. 2231 ss.

⁹¹Come ben evidenzia N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 32 s., la ragione dell'orientamento restrittivo della giurisprudenza, di merito e di legittimità, andava individuata «soprattutto nella circostanza

rapporto di strumentalità, per cui al difensore non è consentito raccogliere direttamente prove, bensì ricercarle e individuarle al fine di sollecitare il pubblico ministero alla raccolta o, in sede processuale, al fine di esercitare il diritto all'ammissione⁹²; ora sulla assenza di una specifica disciplina dei profili formali dell'attività investigativa⁹³. Talvolta valorizzava il tenore letterale dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione e la ratio del sistema processuale, che, attraverso l'art. 358 c.p.p. attribuisce esclusivamente al p.m. il compito di compiere ogni attività necessaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale e di svolgere accertamenti su fatti o circostanze favorevoli all'indagato⁹⁴. Infine, attribuiva rilievo dirimente all'elemento del carattere non fidefaciente dell'attività di cer-

za che il c.p.p. 1988 è stato applicato da persone che da anni avevano abituato la loro mente agli schemi del sistema inquisitorio, e dunque al cumulo di più funzioni processuali in un unico organo, il pubblico ministero-istruttore del c.p.p.1930: l'investigazione difensiva – che, dal legislatore del 1988, era stata considerata una implicazione necessaria di uno dei principi fondamentali del sistema accusatorio – è stata, al contrario, ritenuta espressione di un principio eccezionale del processo penale, e ciò ha comportato l'interpretazione dell'art. 38 disp. att. c.p.p. in modo restrittivo, secondo il canone *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*.

⁹²Cass. penale, Sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo. Ma, prima, Cass. penale, Sez. VI, 1 marzo 1993, Minzolini, nella quale si è affermato che l'art. 38 disp. att. c.p.p. «è norma strumentale all'esercizio del diritto alla prova, cioè per formare e definire il *thema probandum* da sottoporre da parte della difesa all'autorità procedente, onde contribuire all'accertamento della verità». E' evidente la deformazione cui andava incontro il concetto di "diritto alla prova", sminuito al rango di strumento preparatorio e persuasivo di scelte pienamente rimesse alla compiacenza di un antagonista pubblico libero da qualsiasi vincolo, ovvero di sacrificio istruttorio deputato ad una singolare funzione informativa interna.

⁹³Cfr., ancora, Cass. penale, Sez. VI, 1 marzo 1993, Minzolini: «per il carattere informale ed extraprocedimentale delle ricerche effettuate e delle risultanze acquisite» – si è statuito – l'art. 38 disp. att. c.p.p. «non costituisce strumento surrogatorio della prova, che per risultare idonea all'accertamento dei fatti non può prescindere da forme volte a garantire genuinità e affidabilità sicura». Insomma, è il rilievo di N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 38, «le investigazioni difensive, per loro stessa natura, si collocerebbero fuori dal procedimento vero e proprio e non potrebbero, quindi, offrire le garanzie necessarie per una valutazione di circostanze offerte dalla difesa». L'aspetto sorprendente è che la Corte di cassazione facesse leva su questo argomento dopo che, relativamente alle esigenze di forma connesse allo svolgimento di atti di indagine preliminare, aveva enunciato un principio eccezionalmente allegro: «L'obbligo di verbalizzazione degli atti indicati nell'art. 357, comma 2 c.p.p. non è prescritto a pena di nullità, sicché si deve ritenere che qualora la loro documentazione sia avvenuta in altro modo che consente comunque l'individuazione delle fonti relative, essa può far parte del fascicolo del P.M. da depositare a norma dell'art. 416, comma 2 stesso codice, e se ne può tenere conto ai fini dell'adozione delle misure cautelari e del rinvio a giudizio dell'imputato, mentre non può entrare a far parte del fascicolo per il dibattimento nel quale anche gli atti irripetibili possono essere inseriti solo se risultanti da verbali» (Cass. pen., 3 febbraio 1993, Sirsi). Come si vede, la Suprema Corte passava, in poco più di un mese, da un trattamento particolarmente rigoristico, riservato alla difesa, al massimo indulgenzialismo per la pubblica accusa.

⁹⁴Cass. penale, Sez. I, 31 gennaio 1994, Vicenti, per la quale «le indagini difensive possono essere finalizzate alla sollecitazione dell'attività investigativa del pubblico ministero ovvero alla richiesta di incidente probatorio, mentre è esclusa una loro diretta utilizzabilità per le decisioni del giudice». Conclusione corretta, ritiene la Suprema Corte, perché desumibile «dal tenore letterale dell'art. 38 disp. att. oltre che dalla *ratio* del sistema processuale, che, attraverso l'art. 348 c.p.p., attribuisce esclusivamente alla polizia giudiziaria il compito di procedere all'assicurazione delle fonti di prova e, attraverso l'art. 358 c.p.p., attribuisce esclusivamente al pubblico ministero il compito di compiere ogni attività necessaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale e di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato». In termini simili si esprime la già cit. Cass. penale, Sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo. L'impiego dell'art. 358 c.p.p. come argomento per negare autonomo rilievo alle investigazioni della difesa ha suscitato non poche critiche. Cfr., tra i tanti, N. LIBERINI, *Le indagini difensive tra giurisprudenza promozionale e vuoti legislativi*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 333, la quale ha addirittura auspicato la soppressione dell'ultima parte dell'art. 358 c.p.p. scelta ritenuta «non più rinviabile».

tificazione del difensore⁹⁵.

Se il problema dell'efficacia procedimentale della documentazione degli atti compiuti dalla difesa – postosi in modo vistoso in relazione alla fase incidentale cautelare, nell'ambito della quale l'apertura agli apporti difensivi avrebbe dovuto essere massima a cagione della peculiare rilevanza degli interessi in gioco – venne in qualche modo ed a stento risolto con l'intervento normativo sull'art. 38 disp. att. c.p.p. attuato con la legge 8 agosto 1995, n. 332⁹⁶, rimaneva aperto il problema del

⁹⁵Cass. penale, Sez. II, 16 marzo 1995, Marras, la quale, pronunciandosi ancora una volta sul potere del difensore di sottoporre gli elementi di prova acquisiti al tribunale del riesame, ha affermato che l'organo della libertà «se può valutare mezzi di prova precostituiti sottopostigli direttamente dall'indagato, non può viceversa utilizzare le dichiarazioni di persona informata sui fatti raccolte dal difensore, da un suo sostituto o da un investigatore – soggetti privi di poteri fidefacienti – poiché queste sono mere scritture private, come tali carenti di forza probante sull'esistenza delle dichiarazioni e della provenienza di esse da parte di colui che ne appare l'autore, sicché viene meno il presupposto minimo perché possano formare oggetto di valutazione, nei contenuti, da parte del giudice». Né maggiore fortuna ha incontrato il tentativo di coinvolgere nell'attività di documentazione del contributo dichiarativo acquisito dal difensore soggetti dotati di peculiari poteri di certificazione. Invero la Suprema Corte ha fatto leva sul divieto di compiere «atti contrari al buon costume e all'ordine pubblico», stabilito dall'art. 28 della legge sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili (l. 16 febbraio 1913, n. 89) per costruire un divieto, a carico dei notai, di ricevere dichiarazioni aventi natura di deposizione testimoniale, asserendo che «la ricezione da parte di un notaio di vere e proprie deposizioni testimoniali, su specifiche domande rivolte dal notaio stesso, chiaramente destinate ad essere utilizzate come elementi di giudizio davanti all'autorità giudiziaria, è indubbiamente contraria all'ordine pubblico, e rientra quindi nella sfera di applicazione dell'art. 28 n. 1 l. n. 89/1913, giacché tale ricezione tende a fissare in maniera determinata con carattere pubblico la verità di un fatto oggetto di future eventuali indagini dell'autorità giudiziaria, in aperta violazione della libertà dei testimoni e con alterazione del corso regolare del processo». Per approfondimenti ulteriori si rinvia a N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 328 ss.

⁹⁶Con la novella del 1995, come è noto, furono aggiunti al corpo dell'art. 38 disp. att. c.p.p. i commi 2 bis e 2 ter i quali, tuttavia, lasciarono irrisolti diversi dei problemi che la pregressa versione della norma aveva posto e, sotto diversi aspetti, diedero nuovo vigore agli orientamenti restrittivi della giurisprudenza. Invero, il riferimento alla figura della persona sottoposta alle indagini (contenuto nel comma 2 bis dell'art. 38) ed al fascicolo relativo agli atti d'indagine (che appare nel comma 2 ter) orientò gli interpreti nel senso che la norma fosse applicabile esclusivamente in fase di indagine preliminare. Come ben rileva C. CASONE, *La parità tra accusa e difesa nel dibattimento del terzo millennio*, cit., p. 34, la portata innovativa della modifica del 1995 non venne colta in maniera piena dall'universo giudiziario italiano, anzi assolutamente mortificata: «La novità grossa stava nel fatto che il legislatore non solo spazzava via l'interpretazione riduttiva operata sin ad allora dalla giurisprudenza, ma faceva altresì crollare i principi su cui tale interpretazione si reggeva: se il Pm non ha più il potere di filtro sulla documentazione raccolta dal difensore, ne deriva che egli non ha più il monopolio delle indagini preliminari, ribadendo così il legislatore – per chi ancora non l'avesse compreso – che anche le altre parti hanno il diritto-potere di svolgere attività investigativa nel proprio interesse, già durante la fase delle indagini preliminari, riversando i relativi risultati direttamente all'attenzione del giudice». Giova tuttavia rilevare, sul versante dell'opzione legislativa prescelta, come l'intervento novellistico del 1995 costituisse un passo indietro anche rispetto alla proposta di modifica – in sede di conversione – del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306. In particolare essa comprendeva l'inserimento, dopo il comma 1 dell'art. 38 disp. att. c.p.p., dei seguenti ulteriori commi:

1 bis) «*I difensori hanno facoltà di documentare personalmente le dichiarazioni loro rilasciate ovvero di farle documentare, nelle forme previste dalla legge, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato*».

1 ter) «*I difensori hanno facoltà di depositare nel fascicolo del pubblico ministero per l'udienza preliminare o per il dibattimento, fino a sette giorni prima di questo, la documentazione relativa alle dichiarazioni*».

1 quater) «*In caso di deposito della documentazione per l'udienza preliminare, il giudice può utilizzarla per l'esercizio del potere previsto dall'art. 422 comma 1 c.p.p. e, se vi è il consenso del pubblico ministero, anche per la decisione*».

1 quinquies) «*Se la documentazione è depositata per il dibattimento, le dichiarazioni possono essere utilizzate dalle parti per le contestazioni*».

contatto delle risultanze degli atti investigativi difensivi con la fase processuale in senso stretto, fondamentale perché implicante una incidenza diretta del materiale di produzione difensiva sulla decisione di merito⁹⁷.

Se è vero che il diritto alla prova «implica, per chi ne è titolare, non solo il diritto all'ammissione di un esperimento probatorio rilevante su un oggetto di prova verosimile e pertinente, ma anche quelli alla sua effettiva assunzione in contraddittorio ed alla valutazione dei suoi esiti»⁹⁸, ci si doveva preoccupare di articolare sul

Le modificazioni su esposte, ancorché insufficienti, avrebbero costituito un significativo passo in avanti nella direzione della parificazione effettiva delle parti del processo penale. La strage di Palermo del 19 luglio 1992 impresso però un'accelerazione all'iter di conversione del decreto di cui fecero le spese proprio i prospettati interventi modificativi. Occorre osservare, per completezza di analisi, come già prima della riforma del 1995 si erano registrate importanti decisioni della Suprema Corte dirette a consentire l'ingresso delle risultanze investigative difensive in sede di riesame delle ordinanze applicative di misure cautelari. In tal senso cfr. Cass. pen., Sez. I, 29 gennaio 1990, De Ruvo; Sez. I, 5 giugno 1992, Padovani. Si è trattato però di pronunce sporadiche, prevalendo nettamente un orientamento restrittivo, sostanzialmente abrogante della norma d'attuazione.

⁹⁷Il problema dell'acquisibilità di dichiarazioni documentate dal difensore si poneva già in relazione alla fase processuale dell'udienza preliminare. Tradizionalmente esclusa dalla giurisprudenza, sia di legittimità sia di merito, la questione rimase aperta anche a seguito della riforma attuata con la legge 16 dicembre 1999, n. 479. Anzi non mancarono prospettazioni tese ad individuare proprio nella novella un elemento di conferma della tradizionale tesi della preclusione di un contatto diretto tra produzione difensiva e giudice per l'udienza preliminare. In particolare, era stato evidenziato da F. CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimenti contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., p. 279, come la legge di riforma organica del 1999 non autorizzasse una tattica attendistica del difensore che «scarsamente fiducioso della possibilità di far mutare opinione al pubblico ministero – o preoccupato di possibili manovre di appropriazione del testimone da parte dell'accusa – poteva ritenere strategicamente preferibile rinunciare alla facoltà che gli attribuisce l'art. 415 bis, comma 3 c.p.p. ed esibire soltanto in udienza preliminare gli elementi di prova raccolti nelle forme dell'art. 38 disp. att. C.p.p.». Si ritenne di individuare una conferma alla tesi restrittiva nel dato letterale: l'art. 419, comma 2 c.p.p. continua – si fece notare – a riferirsi ai soli documenti, che il difensore, ai sensi della norma processuale, è legittimato a produrre unitamente alla presentazione di memorie. Né la nozione di documento accolta dall'art. 419 c.p.p. – si disse – sarebbe idonea ad inglobare la documentazione dell'attività di indagine difensiva, a causa dello scorporo dei due concetti effettuato proprio dall'art. 415 bis c.p.p. L'Autore, nell'opera *ult. cit.*, non manca tuttavia di mettere in evidenza la «curiosità» di un obbligo di discovery a parti invertite: per rendere spendibili le proprie investigazioni all'udienza preliminare, il difensore ha l'onere di presentare la relativa documentazione al pubblico ministero a norma dell'art. 415 bis c.p.p. Se non che, una più attenta valutazione del dato sistematico avrebbe convinto della mancanza di preclusioni rispetto al recepimento di una diversa conclusione, orientata a confermare la possibilità di un contatto diretto tra difesa e giudice per l'udienza preliminare in un sistema che, sia pure sulla base di una operazione a sfondo negoziale, aveva superato la cronica apatia rispetto all'inscrimento di atti d'indagine difensiva nel fascicolo per il dibattimento. Invero, l'art. 419, comma 2 c.p.p. deve essere letto alla luce dell'art. 421, comma 3 c.p.p., nel quale si fa riferimento ad «atti e documenti» ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione. Dunque, il difensore dell'imputato poteva far penetrare all'udienza preliminare memorie, atti e documenti, con la conseguenza che una attenta lettura libera da preconcetti avrebbe consentito di superare eventuali difficoltà nel ricomprendere nel concetto di «atto» che figura nell'art. 421, comma 3 c.p.p. anche la documentazione relativa ad investigazioni del difensore. D'altra parte, la bontà di questa costruzione è confermata dalla complessiva sistematica codicistica, la quale esprime la tendenza ad un impiego «atecnico» dell'espressione «atti»: per es., nell'art. 416, comma 2 c.p.p. essa è utilizzata per richiamare tutte le attività compiute dinanzi al giudice per le indagini preliminari (e non c'è dubbio che possa trattarsi anche di dichiarazioni); negli artt. 431, comma 2 e 493, comma 3 c.p.p. addirittura essa esprime un riferimento al complessivo contenuto del fascicolo del pubblico ministero.

⁹⁸G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., pp. 286 ss. Aggiunge l'Autore come il diritto alla prova, inteso come diritto dell'inquisito di difendersi provando, sia riconducibile all'art. 24 della Costituzione. Per una

piano normativo strumenti idonei ad assicurare un adeguato rilievo processuale ai risultati conoscitivi – in particolare ci si riferisce alle emergenze a carattere dichiarativo – acquisiti e documentati⁹⁹ dal difensore o dai suoi ausiliari nel corso dell'attività d'indagine compiuta¹⁰⁰.

Premessa – senza indugiare sull'argomento – l'assoluta convinzione circa la correttezza della qualificazione giuridica degli atti d'indagine difensiva quali atti del procedimento¹⁰¹, un'utile spunto nel senso della suscettibilità della relativa

nozione ancora più ampia del "diritto alla prova", ossia comprensiva del diritto di svolgere investigazioni, cfr. P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 67: «Il "diritto alla prova" è una espressione di sintesi che comprende il diritto delle parti di ricercare le fonti di prova, di chiedere l'ammissione del relativo mezzo, di partecipare alla sua assunzione e di presentarne una valutazione al momento delle conclusioni».

⁹⁹Volutamente si evita di parlare di "documentazione dei risultati conoscitivi a carattere dichiarativo" per evitare di ingenerare l'impressione di stare impostando il problema in termini di utilizzo meramente "cartolare" delle dichiarazioni pregresse percepite dalla difesa. Come rileva D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 187, «non si tratta di ammettere una sorta di testimonianza scritta raccolta dalla parte privata ed aggirare così le forme della prova testimoniale, ma solo di riconoscere una equivalenza di massima nei confronti di talune attività investigative della parte pubblica».

¹⁰⁰La necessità di attribuire un rilievo processuale alle dichiarazioni documentate dal difensore è sottolineata dal Tribunale di Brescia nell'importante ordinanza 8 gennaio 1997, *Previti ed altri*: «E' stata precedentemente sottolineata la finalità dei poteri difensivi e da essa discende che necessariamente il risultato delle investigazioni debba poter essere utilizzato nella fase del dibattimento, unico luogo, come noto, deputato alla formazione della prova. Diversamente ritenendo, la norma di cui all'art. 38 sarebbe evidentemente svuotata di ogni utile contenuto; né sarebbe soddisfacente restringere l'ambito di utilizzazione degli elementi acquisiti ad attività d'impulso dell'organo inquirente, attività rimessa esclusivamente alla discrezionalità dello stesso». Una necessità generalmente avvertita anche in dottrina. Cfr., fra i tanti, O. DOMINIONI, *Le investigazioni dei difensori*, in AA. VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, a cura del CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, Milano, 1997, pp. 90 ss.: «la logica di parità tra accusa e difesa comporta (...) indefettibilmente un dato: gli atti dell'indagine difensiva devono essere dotati dell'identica utilizzabilità che è riconosciuta a quelli dell'indagine del pubblico ministero. Non si giustificerebbe in alcun modo che, una volta legittimato il difensore a compiere un certo atto d'indagine, ad esempio l'intervista di una persona informata sui fatti, e acquisirne la documentazione al procedimento, tale atto non fosse poi riconosciuto utilizzabile quanto il corrispondente atto del pubblico ministero». Già nell'immediatezza dell'entrata in vigore del nuovo codice processuale, D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., pp. 191 ss. sosteneva che «appare coerente con la logica accusatoria che la scrittura contenente dichiarazioni rese da un soggetto in merito a circostanze inerenti all'oggetto del procedimento sia accostata alla sommaria informazione testimoniale acquisita dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 351 c.p.p.». Non sono mancate, in dottrina, opinioni contrarie ad ogni forma di impiego processuale delle dichiarazioni raccolte dalla difesa, alle quali si attribuiva un'efficacia puramente endoinvestigativa.

¹⁰¹Contrapposta alla tesi che, invece, qualificava l'elemento raccolto dal difensore come "documento". In punto di qualificazione dell'atto investigativo difensivo come atto del procedimento è oltremodo chiaro G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione della notizia di reato alle indagini difensive*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332, cit., 1996, p. 225: «Riesce difficile (...) riconoscere valore di atto del procedimento ad un atto formato da un soggetto del procedimento per il procedimento e inserito *ope legis* nel procedimento». Nello stesso senso v. A. PISTOCHINI, *Natura e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., pp. 3607 ss. ove si sottolinea come «nell'attribuire alle risultanze dell'indagine difensiva natura documentale si realizza una scorretta sovrapposizione di categorie giuridiche: da un lato il documento inteso come mezzo di prova, disciplinato dal libro III, titolo II del codice di rito; dall'altro i documenti che riproducono le attività compiute in sede di inchiesta, e cioè che mirano alla documentazione degli atti». V., altresì, la dottrina ivi citata per le conseguenze che l'accoglimento di questa tesi comporterebbe sul piano dell'acquisizione ed utilizzazione processuali. Sembra abbracciare la teoria da noi respinta D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 186: «A ben vedere, una scrittura apprezzata come fatto in sé e non per quello che descrive non viene in rilievo come documento rappresentativo di qualcosa (...) Ritenere la inammissibilità dell'acquisizione di scrit-

documentazione di soggiacere al regime processuale degli atti d'indagine del pubblico ministero si ritenne di poter trarre proprio dall'intervento novellistico effettuato con la legge 8 agosto 1995, n. 332.

Invero, la dottrina ha individuato nei commi 2 bis e 2 ter dell'art. 38 delle disposizioni d'attuazione una indicazione normativa capace di coniugare le risultanze dell'attività investigativa del difensore, e quindi l'attività stessa, con la fase propriamente processuale.

In particolare, la norma prevedeva che la documentazione degli atti di indagine difensiva, immessa nel procedimento attraverso la diretta presentazione al giudice, dovesse essere inserita nel fascicolo del pubblico ministero e da questo dato positivo si fece derivare meccanicamente l'equiparazione degli atti della difesa agli atti della parte pubblica. Di conseguenza, si ritenne, deve essere identico anche il regime processuale¹⁰².

Era però problematico pervenire, sulla base delle norme integratrici di nuova introduzione, ad una conclusione univoca in punto di perfetta simmetria delle potenzialità utilizzative degli atti provenienti dalle parti.

Innanzitutto l'innovazione – c'è da chiedersi il perché di un intervento novellistico su una disposizione di principio – lasciava inalterati i profili problematici inerenti al difetto di formalizzazione e all'entità delle garanzie che avrebbero dovuto assistere l'attività di investigazione difensiva, mentre proprio la mancanza di una dettagliata disciplina di questi profili è stata dalla stessa dottrina meno conservatrice considerata la causa principale dello scarso riflesso processuale delle risultanze dell'attività stessa¹⁰³ nonché, in giurisprudenza, una delle ragioni preclusive dell'u-

ture rappresentative (se non *sub specie facti*) equivale pertanto ad espellere dall'art. 234 c.p.p. il riferimento esplicito agli "scritti... che rappresentano fatti". Seguono però, come già detto, utili precisazioni nel senso dell'assimilazione di detta tipologia di scritture agli atti investigativi del difensore. Contraddittoria appare, invece, la tesi di P. TONINI, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. Pen.*, 1990, p. 2214, il quale parte da una corretta delimitazione del concetto di documento ai sensi dell'art. 234 c.p.p. («Il legislatore, nel fare espresso riferimento ai documenti nell'art. 234 c.p.p. pone due requisiti, uno positivo ed uno negativo. Il primo requisito richiede una qualsiasi incorporazione su di una base materiale, sia esso lo scritto, la fotografia o "qualsiasi altro mezzo". Il secondo requisito impone che non si tratti di un "atto" del procedimento, per il quale vigono norme apposite che prevedono la documentazione e l'utilizzazione in giudizio») per pervenire alla conclusione – o almeno così pare – che gli atti di investigazione difensiva abbiano natura di documento. Sul piano normativo, già prima della novella del 2001 – della quale basta citare il rinvio dell'art. 391 ter alle norme del codice processuale sulla documentazione degli atti – erano rinvenibili disposizioni dalle quali emergeva l'adesione alla tesi prevalente in dottrina: si veda, per tutte, la disposizione contenuta nell'art. 415 bis c.p.p., ove la facoltà dell'indagato di presentare documenti viene tenuta distinta da quella di depositare documentazione relativa alle indagini difensive. Per approfondimenti sul tema degli atti processuali in generale cfr. P. P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999; nonché AA.VV., *Atti del procedimento penale, Forma e struttura*, coordinati da E. Marzaduri, Torino, 1996. In ambito enciclopedico cfr. G. CONSO, *Atti processuali (Diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, IV, pp. 140 ss.

¹⁰²Cfr., O. DOMINIONI, *Le investigazioni dei difensori*, cit., p. 91. Della stessa opinione G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, cit., p. 221 il quale, in modo cristallino rileva come «con una disposizione apparentemente diretta a precisare la destinazione fisica di atti che il giudice non è attrezzato a trattenere si introduce il rivoluzionario principio secondo cui anche gli atti della difesa possono valere come prova ai fini dell'udienza preliminare, dei riti speciali e, previa contestazione, anche ai fini del giudizio».

¹⁰³Cfr. G. PECORELLA, *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale di fronte alla nuova legge*, in AA. VV. *Misure cautelari e diritto di difesa nella legge 8 agosto 1995, n. 332*, cit., p. 337; G. GIOSTRA,

tilizzabilità diretta degli elementi raccolti dalla difesa persino nella fase delle indagini preliminari.

Inoltre, la norma in esame sfuggiva a qualsiasi possibilità di coordinamento con le norme del codice di procedura penale che disciplinano le forme di utilizzazione processuale delle dichiarazioni acquisite in sede investigativa, al punto che, come si è giustamente affermato, il sistema che si era venuto a creare era bizzarro, consentendo al difensore di conoscere, ma non di utilizzare¹⁰⁴.

Se, infatti, era possibile sostenere sul piano teorico l'utilizzabilità delle dichiarazioni assunte e documentate dal difensore ai fini contestativi ai sensi degli artt. 500 e 503, commi 3 e 4 c.p.p., non ponendo le norme in esame preclusioni di carattere formale scaturite dalla predeterminazione di peculiari connotazioni pubblicitiche degli autori dell'atto e della relativa documentazione¹⁰⁵, ben più faticoso era il tentativo di configurare le stesse dichiarazioni come utilizzabili in funzione probatoria positiva ai sensi degli artt. 503, comma 5, 512 e 513 c.p.p.

Invero, tutti gli interventi legislativi che nel corso degli anni hanno interessato le norme compendianti momenti di contatto tra le risultanze della fase investigativa e la fase strettamente processuale hanno tenuto ferma l'opzione per un sistema tipizzato di dati conoscitivi a carattere dichiarativo utilizzabili in chiave probatoria¹⁰⁶ ed i tentativi di aggiramento di questo limite formale – che non sono mancati

Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive, cit. p. 209; PULVIRENTI, *Le indagini difensive: dal nuovo codice di rito alla legge di riforma n. 332/95*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 985; N. LIBERINI, *Le indagini difensive tra giurisprudenza promozionale e vuoti legislativi*, cit., II, p. 332; E. AMODIO, *Le indagini difensive tra nuovi poteri del GIP e obblighi di lealtà del PM*, cit., p. 2287; R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida al diritto*, 2001, n. 1, p. 46; C. MURRU, *Le indagini difensive nelle indagini preliminari nell'udienza preliminare*, (Documento Internet), cit.

¹⁰⁴E. AMODIO, *Le indagini difensive tra nuovi poteri del GIP e obblighi di lealtà del PM*, cit., p. 2286, evidenzia come «la formulazione della norma è, fin dall'origine, monca poiché c'è la previsione di un potere del difensore di svolgere indagini e di contattare testimoni che non si sviluppa fino al punto di offrire sul piano legislativo gli strumenti per formare la prova. In sostanza, le indagini difensive sono costruite, all'origine, come potere di conoscere, ma non come potere di utilizzare la conoscenza in sede processuale». L'esigenza di una disciplina dettagliata dei canali di immissione rituale delle conoscenze acquisite alla difesa nel procedimento è avvertita, tra i molti, anche da D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 194.

¹⁰⁵Come mette in evidenza, in relazione all'art. 500 c.p.p., A. PISTOCHINI, *Natura e utilizzabilità delle indagini difensive*, cit., p. 3613. In giurisprudenza, aderisce alla tesi patrocinata dalla dottrina Cass. penale, Sez. I, 26 aprile 1996, De Santis, salvo puntualizzare che l'impiego a fini contestativi delle dichiarazioni acquisite dal difensore era subordinato al previo inserimento della relativa documentazione nel fascicolo del pubblico ministero. Più di recente, la stessa tesi è condivisa da Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 2000, Tassev.

¹⁰⁶Rimane sottinteso il riferimento all'efficacia probatoria "in positivo". La puntualizzazione è necessaria perché, come rileva M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro Italiano*, 1989, c. 282, anche l'impiego di elementi a carattere dichiarativo in funzione probatoria "negativa" costituisce un utilizzo probatorio, trattandosi di «una esperienza conoscitiva giudiziale che viene legittimamente valutata nella decisione». D'altra parte, ragioni di ordine letterale e sistematico inducono a ritenere che l'art. 513, comma 2 c.p.p. richiami le dichiarazioni tipizzate dal comma 1 dello stesso articolo. Non si capirebbe altrimenti perché, attraverso la lettura, possano penetrare al fascicolo del dibattimento dichiarazioni che, nell'ipotesi – attinente ad un contesto maggiormente garantito – delle contestazioni ex art. 503 avrebbero una efficacia probatoria esclusivamente "in negativo". Sarebbe altresì inspiegabile la disparità di trattamento tra soggetti (coimputato dichiarante *erga alios* e imputato giudicato *aliumde*) le cui posizioni processuali l'ordinamento tende ad equiparare. Infine, l'*incipit* dell'art. 513, comma 2 ("Se le dichiarazioni") sembra volto a creare un collegamento con il comma precedente. Né dovrebbe produrre un effetto estensivo il richiamo dell'art. 512 c.p.p. perché, come rileva

sia in dottrina, sia in giurisprudenza – si sono tradotti, a nostro parere, in opzioni contenenti forzature normative improponibili.

La cultura del processo di parti, invero, imponeva la configurazione di un rapporto tra dichiarazioni raccolte dal difensore e dibattimento quantomeno corrispondente a quello che connotava la relazione tra giudizio e dichiarazioni assunte dal pubblico ministero, ma l'assenza – oltre che di una disciplina specifica – di una norma che suffragasse un ragionamento positivamente fondato sulla confluenza delle dichiarazioni difensive nel fascicolo processuale impediva l'individuazione di adeguate, ma soprattutto legittime, soluzioni.

Scartata a priori la configurazione degli atti d'indagine difensiva come “documenti”, non era proponibile una riflessione fondata sul concetto di “prova atipica”: le acquisizioni difensive, infatti, realizzavano dati conoscitivi a contenuto dichiarativo i quali, ancorchè non disciplinati nelle forme della loro percezione e documentazione, erano legittimamente assunti in fase d'indagine, in esecuzione di un'attività che nella logica del sistema accusatorio avrebbe dovuto essere considerata “doverosa” e che sarebbero dovuti pervenire all'orizzonte cognitivo del giudice attraverso i meccanismi tipici della contestazione e delle letture¹⁰⁷.

La conferma dell'errore di impostazione in cui incorreva la tesi da noi criticata scaturisce, altresì, da un esame del sistema ancorato rigorosamente al diritto positivo: invero, non si vede come, in relazione a siffatte acquisizioni, avrebbe dovuto esplicitarsi il giudizio di idoneità imposto dall'art. 189 c.p.p., né su quali particolari modalità di assunzione avrebbero dovuto disquisire le parti.

Parimenti insoddisfacente si dimostrava il tentativo fondato sul ricorso alla “analogia”, poiché le norme del codice processuale che disciplinano la lettura di atti d'indagine, derogando ai principi fondamentali del processo penale accusatorio, quali l'oralità e l'immediatezza, hanno senza dubbio carattere eccezionale¹⁰⁸.

M. FERRAIOLI, *Il nuovo regime delle letture dibattimentali*, in AA. VV., *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, Milano, 1997, pp. 128 ss., la quale introduce un problema di possibile differenziazione dei referenti oggettivi delle due norme, l'intento è stato quello di «avvalersi di uno strumento normativo all'uopo già predisposto, non certamente anche per omogeneizzare la situazione che va a disciplinare con quella oggetto della previsione alla quale si richiama». Sui rapporti intercorrenti tra i commi 1 e 2 dell'art. 513 c.p.p. v., anche, A. SANNA, *Il contributo dell'imputato in un diverso procedimento: forme acquisitive e garanzie di attendibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, II, pp. 490 ss.

¹⁰⁷Come rilevava, d'altra parte, sia pure in prospettiva diversa, D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 186: «né è necessario far ricorso alla previsione sulla atipicità delle prove (art. 189 c.p.p.) per riconoscere che la dichiarazione rappresentativa di un fatto può trovare ingresso processuale in rapporto al fatto che essa rappresenta (e non alla dichiarazione medesima come fatto), poiché è proprio l'ordinamento a tipizzare tale strumentalità, nel consentire “l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia e qualsiasi altro mezzo” (art. 234 c.p.p.)».

¹⁰⁸La tesi del carattere eccezionale delle norme del codice processuale che disciplinano le letture dibattimentali è stata più volte ribadita dal Giudice di legittimità (cfr., tra le tante, Cass. penale Sez. VI, 20 settembre 1993, D'Ambrosio). Di recente, però, la Corte di cassazione ha manifestato sul punto qualche tentennamento. Ci si riferisce, in particolare, a Cass. pen., Sez. III, 24 aprile-18 giugno 2003, Proc. Rep. in proc. Nasolini, ove si è stabilito: «La materia della lettura delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari è ispirata, pur nel contesto di un ordinamento di tipo accusatorio fondato sul contraddittorio e sull'oralità, ai principi della “ricerca della verità materiale” e della “non dispersione delle dichiarazioni”». Sulla base di questo premessa si è ritenuto che l'art. 512 c.p.p. esprima una “regola generale” rispetto alla quale addirittura «si pone come eccezione e temperamento l'articolo 526, comma 1-bis del

Esse descrivono un procedimento probatorio evidentemente improprio per un modello processuale autenticamente accusatorio, per questo legittimato ad operare entro limiti oggettivi ben definiti sia sotto il profilo dei presupposti, sia in ordine all'individuazione tipologica degli atti suscettibili di lettura¹⁰⁹.

L'attività del difensore era, al contrario, *legibus soluta*. Né si poteva affermare, con fare evidentemente supponente e poco rispondente alla realtà processuale penale, che l'attività investigativa del difensore, in quanto posta in essere da un soggetto procedimentale diverso da quello preposto allo svolgimento di funzioni accusatorie, fosse "per definizione" garantita. Invero, questa affermazione si reggeva sull'erronea premessa di considerare come parametro di riferimento dell'analisi la posizione dell'imputato e di individuare l'unico soggetto legittimato ad investigare privatamente nel relativo difensore.

Una premessa palesemente erronea poichè l'attività investigativa avrebbe potuto ben essere compiuta da altre parti processuali, portatrici di interessi contrapposti a quelli dell'imputato e rispetto alla quale erano esigibili strumenti di garanzia sostanziale e formale in nulla dissimili da quelli che presidiavano l'indagine pubblica¹¹⁰.

Cpp, secondo cui "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore"». Un orientamento da respingere per evidenti ragioni di incompatibilità con il modello di processo penale imposto dalla Carta costituzionale. Volendo approfondire l'analisi dei principi fondamentali del dibattimento nel processo penale, si rinvia a G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, pp. 453 ss.

¹⁰⁹La scelta di essi non è casuale, bensì risponde ad una *ratio* di garanzia della posizione dell'accusato, essendo gli atti stessi individuati in funzione della loro natura, appunto, particolarmente garantita. L'interpretazione restrittiva delle disposizioni afferenti alle letture dibattimentali ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale. Infatti, relativamente all'esclusione, dal novero degli atti suscettibili di acquisizione ai sensi dell'art. 513 c.p.p., delle sommarie informazioni assunte ex art. 350 c.p.p., la Corte, con la sentenza 22 dicembre 1992, n. 476, ebbe modo di evidenziare come «non appare irragionevole la scelta di limitare la possibilità di lettura (e quindi di utilizzazione ai fini della decisione) alle sole dichiarazioni rese dall'imputato al pubblico ministero o al giudice, escludendo le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 350 c.p.p. Vi è invero, una sostanziale differenza (sempre sotto l'angolo visuale delle garanzie dell'imputato) fra queste ultime e l'interrogatorio effettuato dalla polizia giudiziaria: soltanto questo atto, infatti, (il quale costituisce essenzialmente uno strumento di difesa dell'indagato, mentre le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria hanno finalità prettamente investigative) deve essere svolto con le modalità stabilite dall'art. 65 c.p.p., ai sensi del quale l'autorità giudiziaria ha l'obbligo di contestare alla persona sottoposta alle indagini in forma chiara e precisa il fatto attribuitole, di comunicare gli elementi di prova a carico, ed anche, salvo eventuale pregiudizio per le indagini, le fonti dei medesimi, nonché quello di invitare la persona stessa ad esporre gli elementi ritenuti utili per la sua difesa». Nello stesso senso, con riferimento all'interrogatorio delegato ai sensi dell'art. 370 c.p.p., cfr. Corte costituzionale, sentenza 15 aprile 1993, 176.

¹¹⁰Un tentativo di superamento del limite scaturente dalla lettera delle norme concernenti le letture dibattimentali si sarebbe, forse, potuto fondare sulle implicazioni sistematiche scaturenti dall'innovazione apportata al codice processuale dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 e consistente nell'introduzione dell'art. 430 bis. Questa norma, la cui finalità è stata individuata da G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, in AA. VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., p. 415, nel «porre un limite all'attività investigativa, al fine di evitare che essa si trasformi in una manovra tesa ad orientare il contenuto delle dichiarazioni da assumere successivamente in sede di testimonianza», incontra il proprio antecedente, per quanto riguarda l'attività investigativa del difensore, nell'art. 33 del progetto preliminare del 1989, il quale, al comma 4, espressamente prevedeva: "La facoltà prevista dal comma 1 lettera b) (ossia la facoltà di conferire con le persone che possono dare informazioni e farsi rilasciare da esse dichiarazioni scritte) non può essere più esercitata dopo che la persona è stata ammessa come testimone

Per questa serie di ragioni non erano da ritenere condivisibili le argomentazioni utilizzate da quella parte davvero esigua della giurisprudenza di merito che, coraggiosamente, aveva intuito i limiti gnoseologici di un sistema processuale accusatorio privo di efficaci e rilevanti momenti investigativi difensivi e, conseguentemente, si era adoperata per scardinarne le più gravi anomalie.

Ragioni accresciute nella loro validità dall'attualità di un principio di inaccessibilità degli atti investigativi difensivi al fascicolo per il dibattimento, tanto diffuso quanto sconveniente e fuorviante soprattutto alla luce delle devastanti deroghe al principio di separazione delle fasi che avevano aperto la strada verso la trasformazione del fascicolo per il dibattimento in un inutile doppione del fascicolo delle indagini preliminari¹¹¹.

nell'incidente probatorio, nell'udienza preliminare o nel dibattimento". La circostanza che l'art. 430 bis c.p.p. sia stato in parte mutuato da una norma destinata originariamente a porre limitazioni ai poteri investigativi del difensore non è priva di rilievo, poiché anche dalla genesi della norma è possibile trarre spunti significativi per i fini che, in questa parte dello scritto, ci occupano. In particolare, come è oltremodo noto, la norma sanziona con la inutilizzabilità l'assunzione di informazioni «in violazione del divieto» stabilito dal comma 1 della stessa disposizione. Se utilizzabilità significa suscettibilità dell'atto legittimamente pervenuto nell'orizzonte gnoseologico del giudice di essere impiegato, in virtù di questa sua qualità, per la formazione del proprio convincimento, non può negarsi che questa norma, la quale fotografa un ruolo investigativo del difensore esteso a tutte le fasi del procedimento – correttamente rileva R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, in *Guida al diritto*, 2000, 1, p. LVIII, che «la collocazione della disposizione (...) non è delle più felici, atteso che la norma inibisce l'assunzione delle dichiarazioni anche in fase diversa dall'udienza preliminare» – letta *a contrario*, cristallizzasse un vero e proprio diritto del difensore all'utilizzazione delle dichiarazioni assunte nell'ambito della propria attività investigativa nel rispetto delle preclusioni dalla norma stessa imposte. Come potrebbero, altrimenti, essere utilizzate le dichiarazioni verbalizzate dal difensore? Dunque, una norma che solo apparentemente contempla una regola di esclusione, in verità era foriera di risvolti sistemati notevoli, poiché da un lato schiudeva la via ad una interpretazione autenticamente estensiva dell'art. 421, comma 3 c.p.p., dall'altro consegnava all'interprete uno strumento idoneo ad impostare in termini normativamente fondati una riflessione circa l'attuale permanenza delle limitazioni connesse alla formula degli artt. 503, comma 4, 512 e 513 c.p.p. Invero, poiché l'art. 430 bis c.p.p. si riferisce, a dispetto della sua formulazione letterale, a tutte le tipologie di dichiaranti (in questo senso G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., p. 418, il quale, a dispetto della lettera dell'art. 430 bis, comma 2 c.p.p., evidenzia come «non (...) esistano ostacoli di alcun tipo, ne avrebbe senso (...) riservare trattamenti diversi ai testimoni e alle persone richiamate dall'art. 210»), non si vede come potevano utilizzarsi le dichiarazioni assunte nell'osservanza delle preclusioni da esso stabilite al di fuori dei meccanismi processuali di contestazione e lettura. Per cui, gli artt. 503, comma 4, 512 e 513 c.p.p., letti alla luce del disposto dell'art. 430 bis c.p.p., appaiono suscettibili di un più ampio impiego, essendo destinati ad accogliere nel loro ambito anche i verbali di dichiarazioni assunte dalla difesa e confluiti nel fascicolo del pubblico ministero ex artt. 415 bis c.p.p. o 38 delle disposizioni di attuazione, per questa unica via realizzandosi la potenzialità utilizzativa postulata dall'art. 430 bis c.p.p. Ciò sarebbe stato possibile argomentare, e questo avrebbe potuto rappresentare l'elemento di novità rispetto ai tentativi già esperiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza in epoca pregressa, non più in virtù di una improponibile interpretazione analogica, ma in forza di un corretto ricorso al canone ermeneutico della sistematicità.

¹¹¹Principio accantonato fin dall'intervento novellistico del 1999. La legge 16 dicembre 1999, n. 479 ha, infatti, introdotto nel sistema codicistico una regola di acquisizione probatoria del tutto nuova, retta da un meccanismo negoziale in virtù del quale i contenuti di atti investigativi insuscettibili – nel procedimento probatorio che caratterizza il rito ordinario – di acquisizione dibattimentale divengono a tutti gli effetti "elementi di prova" utilizzabili dal giudice ai fini della decisione. Invero, se sussiste l'accordo delle parti, possono confluire nel fascicolo per il dibattimento atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché la "documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva". E' quanto emerge dagli artt. 431, comma 2 e 493, comma 3 c.p.p., nonché – in relazione al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica – dall'art. 555, comma 4 c.p.p. Le disposizioni in esame rappresentano una palmare

Ci si riferisce, evidentemente, al Pretore di Verbania (Sez. dist. Arona), il quale, richiamando l'art. 189 c.p.p., nella nota ordinanza del 25 giugno 1996 era giunto a sostenere che «comunque appare ammissibile una interpretazione analogica dell'art. 513 che permetta di estendere l'ipotesi anche alle dichiarazioni rese al difensore in presenza di garanzie identiche a quelle riconosciute avanti al PM trattandosi di situazione rispondente ad una identica ratio e disciplinante situazioni analoghe».

Più lineare appariva invece, nello svolgimento motivazionale, l'ordinanza del Tribunale di Brescia (Ord. 8 gennaio 1997, Previti ed altri), la quale faceva perno sul canone ermeneutico della "interpretazione conforme a Costituzione" per affermare che «una volta introdotto il potere per il difensore di raccogliere direttamente elementi a discarico, (qualora si affermasse) la loro inutilizzabilità in sede di dibattimento, ove l'indagato di reato connesso rifiuti l'esame con conseguente impossibilità di contestazione, sarebbe prospettabile una lesione dei principi costituzionali del diritto alla difesa a fronte del diritto alla lettura riconosciuto in capo alla pubblica accusa, e dunque illegittimità sotto tale profilo dell'art. 513 c.p.p.».

Una scelta ermeneutica coraggiosa, ma viziata all'origine dallo stravolgimento dei rapporti tra attività di normazione ed attività di interpretazione.

espressione di quella "concezione relativistica della prova" che ha connotato l'intera disciplina delle prove contenuta nella codificazione del 1988 (come è noto, l'espressione è stata coniata da M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzabilità degli atti nel codice di procedura penale*, cit., 1989, V, p. 275. Id. M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, pp. 10 ss.). Elementi finalizzati ordinariamente a fondare le determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale, nonché a soddisfare le esigenze sostanziali e motivazionali di provvedimenti giurisdizionali conclusivi di procedimenti incidentali (in questo senso, dunque, "prove") divengono, in virtù dell'esercizio di una opzione negoziale rimessa alla disponibilità delle parti, pienamente impiegabili in funzione decisoria sul merito dell'imputazione. Si tratta di un mutamento funzionale fondato sul convincimento dei titolari del diritto al contraddittorio nella formazione della prova, ritenuto corretto dal giudice a seguito di una verifica di completezza, che quanto conseguito unilateralmente corrisponde a ciò che sarebbe ottenibile con il vaglio in ambito dibattimentale della fonte di prova. Per quanto più da vicino ci riguarda, le norme che sanzionano il rilievo di scelte a carattere negoziale nell'ambito del diritto probatorio hanno il pregio di formalizzare una netta differenziazione tra "gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero" e la "documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva" con ciò significando in maniera inequivocabile che i materiali di provenienza difensiva – abbiano essi contenuto dichiarativo ovvero rappresentativo – possono avere diritto di cittadinanza nel fascicolo dibattimentale semplicemente in presenza del presupposto negozio processuale. La portata dell'innovazione è notevole, se solo si riflette sulla circostanza che le norme in esame costituiscono il primo intervento normativo diretto a tipizzare un meccanismo di confluenza di atti investigativi formati dalla difesa nel fascicolo per il dibattimento. Dunque, sia pure attraverso un procedimento probatorio a sfondo negoziale, venne sancito sul piano positivo il superamento del tradizionale principio di impermeabilità del fascicolo processuale alla documentazione delle risultanze investigative difensive. In un solo colpo svanivano, per volontà del legislatore, i frutti di quelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che avevano determinato l'arresto di ogni ipotesi di realizzazione di un sistema investigativo binario suscettibile di produrre risultanze conoscitive comunque impiegabili in giudizio. Gli atti investigativi difensivi venivano definitivamente equiparati – addirittura ai fini dell'utilizzazione nella fase processuale ordinaria – agli atti compiuti dal pubblico ministero e non si vede la ragione per cui atti espressamente deputati a penetrare nel fascicolo del processo dovessero pervenire a tale sede soltanto in virtù di un accordo processuale e non anche secondo gli schemi tipizzati in relazione agli atti di indagine del pubblico ministero. Era, l'innovazione normativa, il segno di un'epoca che volgeva al tramonto, l'epoca del monopolio investigativo del pubblico ministero. Pochi, a quanto pare, se ne

Invero, se non può porsi in discussione l'esistenza del canone ermeneutico dell'interpretazione conforme alla Costituzione¹¹², non può egualmente dubitarsi della funzione delimitatrice che le formule legislative assumono rispetto all'attività ermeneutica dei pratici¹¹³. Il giudice può "estendere" la portata di una disposizione ma non può in alcun modo prescindere dalle parole che la compongono, se non debordando dai confini dell'attività applicativa di pertinenza dell'ordine giudiziario, trasformandosi egli stesso in legislatore¹¹⁴.

Dunque, in assenza di un intervento legislativo che rivedesse, sia pure non direttamente ma quantomeno a livello di sistema, la conformazione delle norme deputate a disciplinare i meccanismi acquisitivi del processo, il limite formale insito nella loro formulazione appariva insuperabile.

Va da sé che, se l'unica interpretazione compatibile con il significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore ed alla luce del complessivo sistema normativo non fosse stata ritenuta conforme al dettato costituzionale, sarebbe stato necessario investire della questione la Corte costituzionale sollevando specifica eccezione di costituzionalità.

Questa strada, conforme al sistema di giustizia costituzionale accentrata voluto dal Costituente, è stata intrapresa dal Tribunale di La Spezia nel novembre del 1999.

In particolare, con ordinanza 29 novembre 1999, sul presupposto che l'art. 512 c.p.p. contiene «una indicazione tassativa degli atti dei quali può essere data lettura allorchè, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione», è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 512 c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 24, comma 2 della Costituzione, nella parte in cui non prevede, tra gli atti di cui può essere data lettura quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione, anche le dichiarazioni rese al difensore e sottoscritte da persona successivamente deceduta.

La questione, sollevata sotto il vigore della precedente normativa, è evidentemente assorbita sotto il profilo della rilevanza in virtù della nuova disciplina delle indagini difensive.

erano accorti.

¹¹²Come emerge con chiarezza cristallina da Corte costituzionale, Sentenza 25 ottobre 2000, n. 440: «i precetti costituzionali si pongono infatti rispetto alla legge ordinaria non solo come parametri di legittimità, ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a Costituzione della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità».

¹¹³Sostiene con chiarezza estrema A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 1996, p. 10: «La forza delle fonti, in senso sostanziale, non è tutta, e solo, espressa dalle disposizioni, né tutta quanta dalle norme, ma va ripartita equamente tra le une e le altre, se è vero – come sembra anche a chi scrive – che il linguaggio delle leggi non è né tutto né niente. Esso possiede l'attitudine a delimitare (ed effettivamente, in maggiore o minore misura, delimita) le possibilità operative degli interpreti, con una intensità che varia a seconda del linguaggio stesso, vale a dire a seconda che esso si faccia più minuto e penetrante, scendendo in dettagli sempre maggiori e più fitti, come è tipico delle regole, ovvero si mantenga ad un elevato grado di genericità, e, perciò, di vaghezza concettuale, come è tipico dei principi».

¹¹⁴A questo proposito, appariva errato configurare come attività interpretativa "estensiva" l'interpretazione dell'art. 512 c.p.p. nel senso di renderlo applicabile all'ipotesi di documentazione raccolta dal difensore (come accadeva, tra gli altri, in E. STEFANI-F. DI DONATO, *L'investigazione privata nella pratica penale*, cit., p. 67).

CAPITOLO II

LE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE SU FONTI DICHIARATIVE. FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALL'INDAGINE PRIVATA. PRINCIPI GENERALI E PROFILI TEMPORALI DELL'ISTITUTO DOPO LA LEGGE 7 DICEMBRE 2000, N. 397.

SOMMARIO: 1. Cenni sulla tutela costituzionale del diritto alle indagini difensive. L'ordinanza della Corte costituzionale 11 aprile 1997, n. 96: un "quasi" monito scarsamente valorizzato per l'accrescimento della funzione procedimentale della difesa. La copertura costituzionale del «profilo dinamico» del diritto di difesa. – 2. L'art. 327 bis c.p.p.: norma di principio e punto di riferimento per l'esatta interpretazione delle disposizioni del titolo VI bis c.p.p. – 3. La tempestività della conoscenza di un'indagine quale presupposto per l'attivazione dei poteri investigativi della difesa. Assenza di momenti informativi della persona sottoposta alle indagini. – 4. L'orizzonte temporale dell'attività di ricerca ed acquisizione di elementi a carattere dichiarativo. Attività suppletiva (art. 419, comma 2 c.p.p.) ed integrativa d'indagine (art. 430 c.p.p.). Il divieto di assumere informazioni (art. 430 bis c.p.p.).

1. Cenni sulla tutela costituzionale del diritto alle indagini difensive. L'ordinanza della Corte costituzionale 11 aprile 1997, n. 96: un "quasi" monito scarsamente valorizzato per l'accrescimento della funzione procedimentale della difesa. La copertura costituzionale del «profilo dinamico» del diritto di difesa.

La Costituzione, come è noto, ha per lungo tempo dedicato alla difesa processuale poca attenzione, limitandosi la considerazione di questa fondamentale garanzia processuale all'enunciazione contenuta nell'art. 24, comma 2: "*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*". Una norma lapidaria e perentoria con la quale l'Assemblea Costituente, in linea con la proposta dell'On. Tupini¹, si limitò a «segnare una direttiva precisa al legislatore, al quale spetterà di adeguare le leggi alla norma fondamentale»².

Indubbiamente lo svolgimento del programma sintetizzato nella direttiva costituzionale avrebbe potuto condurre a scelte di attuazione ben più robuste qualora si fosse valorizzata, attraverso una attenta ricostruzione sistematica, la funzione servente del diritto di difesa nel processo penale rispetto al principio di legalità, ma l'impostazione ideologica degli appartenenti alla giurisdizione e l'assuefazione a modelli inquisitori di grossa parte dell'avvocatura hanno favorito la diffusione di un atteggiamento rinunciatario rispetto all'approfondimento degli spazi evolutivi lasciati aperti dal sistema costituzionale complessivo in un comparto delicatissimo

¹Presidente della sottocommissione che, nell'ambito della Commissione dei settantacinque istituita all'interno dell'Assemblea Costituente, si occupò della predisposizione delle norme costituzionali concernenti i diritti e doveri dei cittadini. Le altre due sottocommissioni, rispettivamente presiedute dagli On.li Terracini e Ghidini, si occuparono, invece, delle parti della Carta Fondamentale attinenti all'organizzazione costituzionale ed ai lineamenti economico-sociali. La Commissione dei settantacinque era presieduta, come è noto, dall'On. Meuccio Ruini.

²La scelta di limitarsi all'enunciazione di una direttiva si fondava sul chiaro intendimento di riservare alle norme costituzionali una funzione enunciativa di principi generali che vincolassero il legislatore ordinario, competente a trasferirli nella sottostante legislazione ordinaria. Individuato in ciò il compito della Costituzione, venne respinta in Assemblea Costituente la proposta dell'On. Veroni di sostituire il comma in questione con il seguente: «La difesa, diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, è regolata dalla legge». Le risultanze dei lavori dell'Assemblea Costituente sono tratte da V. FALZONE-F. PALERMO-F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Roma, 1948, pp. 58 ss.

perché destinato a colpire il cuore delle prerogative dell'indagatore pubblico.

Invero, l'art. 25, comma 2 Cost. contiene un'enunciazione perfettamente calibrata in funzione della salvaguardia delle libertà individuali costituzionalmente riconosciute³, difficilmente disponibile a prestarsi ad una operazione ermeneutica di tipo evidentemente creativo come quella realizzata dalla Corte costituzionale, la quale ha rinvenuto nelle espressioni utilizzate dal Costituente lo spazio per estrarre un principio, tutt'altro che ovvio, di «doverosa punizione delle condotte penalmente sanzionate»⁴.

Al di là delle considerazioni sulla effettiva capacità della disposizione costituzionale di consegnare una simile direttiva⁵ a noi pare che, una volta acquisita la volontà del Giudice delle leggi di utilizzare la norma costituzionale come parametro direttamente influente sulle scelte legislative attinenti alla procedura penale, occorre essere consequenziali nella individuazione dei risvolti che il modello costituzionale generato dalla Corte offre.

In particolare, se è vero che le condotte penalmente sanzionate che esigono l'applicazione della pena criminale sono, ovviamente, quelle accertate mediante i meccanismi cognitivi del processo penale, la platea degli obblighi di garanzia all'interno del processo risulta notevolmente ampliata poiché non può non ritenersi costituzionalmente imposta la predisposizione di un corpo normativo che consenta la massima espansione dei poteri difensivi, nei profili statici e dinamici, al fine di assicurare il corretto adempimento del dovere punitivo dello Stato, ossia l'applicazione della sanzione penale "esclusivamente" nei confronti di persone che, disponendo di possibilità difensive rispondenti a quelle accusatorie del pubblico ministero, hanno fallito nell'opera di convincimento di un organo giudicante terzo ed imparziale.

I Costituenti, probabilmente, non pensavano che l'art. 25, comma 2 Cost. si prestasse ad interpretazioni ulteriori rispetto al tradizionale modo di intendere un principio fin troppo chiaro, ma, troppo concentrati sull'esigenza di porre fine agli abusi, alle incertezze, alle deficienze che avevano vulnerato l'istituto della difesa nella recente ed ancora troppo viva esperienza fascista, avevano trascurato di enunciare una chiara specificazione del contenuto delle garanzie difensive, omettendo di defi-

³Come è noto, la norma assicura che nessuno possa essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Per approfondimenti sul principio contenuto nell'art. 25, comma 2 Cost. si rinvia, anche per reperire riferimenti bibliografici, a G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, pp. 279 ss.

⁴Corte costituzionale, sent. n. 111/1993.

⁵Come è noto, dubita della effettiva esistenza di un siffatto principio M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 99: «come ognuno sa, si tratta di una storica affermazione di garanzie nell'ambito del diritto penale sostanziale. Ed ecco l'operazione che ha condotto ripetutamente a rivisitare il principio di legalità, non solo per spostarsi al piano della procedura penale (...) ma anche per farlo in termini opposti alle garanzie. Vengono sostanzialmente enucleate, dalla formulazione di quella regola, due parole: "punire", "forza" (di legge). Su di esse risulta poi teorizzata una sorta di immedesimazione del giudice penale con la cosiddetta potestà punitiva. Così il divieto ex art. 25, 2 è reinterpretato come "principio che rende doverosa la punizione delle condotte penalmente sanzionate" (...) e quella storica garanzia per l'individuo - trasformata in forme di supremazia del giudice penale e della funzione del reprimere - risulta infine assunta quale nuovo parametro per denunciare la illegittimità di varie norme (procedurali) che limitino il suo potere di conoscere ed il suo operare».

nire l'essenza stessa del diritto di cui ci si accingeva enfaticamente a sancire la inviolabilità.

Ne è derivata una disposizione troppo vaga e, per questo, troppo generica soprattutto in relazione alla funzione programmatica delle scelte legislative poiché, come è stato acutamente rilevato «la difesa non è in nessun modo assimilabile ad una situazione di fatto che sussista indipendentemente dalla predisposizione di una disciplina: essa si configura quale situazione “di diritto”, in quanto la relazione che intercorre, a fini difensivi, tra il soggetto ed una determinata vicenda processuale è esclusivo prodotto dell'intervento del legislatore»⁶.

La verità di questa osservazione evidenzia come un ordinamento democratico che voglia assicurare l'effettività del diritto di difesa non può chiudersi dietro l'enfasi delle enunciazioni, ma, attingendo a piene mani dalle proprie risorse culturali ed ideologiche, deve affermare un concetto di “difesa processuale” puntualmente definito sotto il profilo contenutistico.

Questa opera di affermazione di un valore fondamentale, tanto più ferma quanto più si regge su direttrici costituzionali ben delineate, spetta in via primaria al legislatore e, soltanto in via suppletiva, alla Corte costituzionale, la quale proprio dinanzi ad un principio assolutamente indefinito incontra la condizione ottimale per fare sfogare l'ideologia al proprio interno dominante, scegliendo, in luogo dell'adesione a valori etico-politici collocati al di sopra della legge scritta, la via più comoda di adagiarsi su considerazioni di conformità costituzionale legate strettamente al modello processuale in concreto adottato ed alle garanzie difensive compatibili con esso⁷.

Solo di recente il nostro ordinamento ha scelto la via della definizione “costituzionale” dell'essenza del diritto di difesa, ossia di quel diritto di cui la prima parte della nostra Carta Fondamentale continua, in modo quanto mai opportuno e cogen-

⁶C. E. MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul rifiuto di difesa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, pp. 1371 ss. Molto efficacemente P. FERRUA, *Difesa (Diritto di)*, cit., p. 477, definisce non felice la formulazione prescelta dal Costituente in quanto «decisamente povera in senso denotativo, giacché la difesa vi figura, concettualmente non meno che grammaticamente, come un postulato, come un'entità di cui sia noto e indefettibile il contenuto. Nulla è detto, infatti, né sul tipo di struttura idonea a salvaguardare la difesa né sulle singole garanzie che la compongono». L'Autore richiama, come termine di paragone, proprio l'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, atto normativo al quale ha indubbiamente guardato il legislatore della riforma costituzionale del 1999.

⁷Il che è come dire che la Corte rimane libera nelle proprie valutazioni, guardando più che ad un “vuoto” principio costituzionale alle esigenze concrete che il sistema rappresenta. Ed infatti, più volte la Corte costituzionale ha affermato che le modalità di esercizio del diritto di difesa devono armonizzarsi con le speciali caratteristiche dei singoli procedimenti. Soccorrono ancora una volta, per comprendere l'importanza della specificazione normativa dei contenuti rispetto alla mera caratterizzazione esteriore di una situazione giuridica, le parole di P. FERRUA, *Difesa (Diritto di)*, cit., p. 477: «La difesa è, come performance processuale, più che mai artificiale, letteralmente “finta”, giacché solo l'artificio legale può modellare i meccanismi, i congegni, le forme in cui si articola; ed è soltanto in rapporto agli esiti di questa attività creativa che acquista un senso la garanzia della inviolabilità (...) Tutto quello che al soggetto (difesa) aggiunge il predicato (inviolabile) in termini di effettività della tutela può essere facilmente neutralizzato, impoverendo l'essenza del diritto il cui valore viene a dipendere sostanzialmente dalla discrezionalità dell'interprete (legislatore e Corte costituzionale). A sollevare discussioni è il concetto della difesa, non la sua inviolabilità della quale nessuno osa dissentire».

te, a sancire la “inviolabilità”.

E non è un caso che la riforma costituzionale dell’art. 111 Cost., attuata con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, sia stata fermamente voluta dalle forze politiche proprio come forma di reazione alle statuizioni contenute nella storica sentenza della Corte costituzionale 2 novembre 1998, n. 361 la quale, attingendo proprio al carattere indefinito del principio costituzionale dell’inviolabilità della difesa, attuava decisamente la scelta strategica di adagiarsi al modello processuale in concreto vigente per enucleare garanzie poco assimilabili dal principio costituzionale ma compatibili con il modello stesso.

Ne derivò, come è noto, la restituzione di un sistema processuale penale tendenziale inquisitorio che determinò la reazione sdegnata dell’intero mondo politico e parlamentare, ingenerandosi un vero e proprio stato di tensione istituzionale tra i più duri della storia repubblicana.

La nuova versione dell’art. 111 Cost., nonostante la specificità delle previsioni che lo compongono, è priva di riferimenti espressi alla materia delle indagini difensive.

Tuttavia, come evidenziato dalla dottrina, non è da sottovalutare la funzione orientativa delle scelte del legislatore ordinario che, in relazione alla tematica del potere investigativo difensivo, assume la previsione di un diritto dell’accusato di disporre «del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa»⁸.

Sarebbe, infatti, inconcepibile un modello preparatorio di un’adeguata difesa processuale che possa prescindere da strumenti normativi diretti a creare e regolamentare momenti di contatto con le fonti di prova che l’investigante privato ritiene possano essere depositarie di elementi favorevoli per la parte assistita.

Ma il contatto presuppone logicamente e materialmente una attività di ricerca di fonti personali e reali che, appunto, sostanzia il lavoro di investigazione difensiva.

Dunque, la piena realizzazione della prescrizione di cui all’art. 111, comma 3 Cost. esige, quale condizione costituzionalmente necessaria e preminente rispetto ad ogni altra, la garanzia del “diritto all’indagine difensiva” e, quindi, la predispo-

⁸P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 11, ritiene che la disposizione di cui al comma 3 dell’art. 111 Cost., nella parte in cui conferisce all’accusato il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa, dia impulso alle indagini difensive. L’Autore esprime la medesima opinione in *L’indagine difensiva e la legge sulla privacy*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 521. Sottolinea l’importanza della riforma costituzionale in vista dell’approvazione della legge sulle indagini difensive N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 64 ss. Ritiene, ugualmente, che la riforma delle investigazioni difensive era stata resa indifferibile dalla modifica costituzionale G. SPANGHER, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 530. G. FRIGO, *Avvocati pronti alle nuove responsabilità con le regole del «difendersi provando»*, in *Guida al diritto*, 2000, n. 44, p. 11, sottolinea come «appartiene alla natura intrinseca del processo *adversary* riconoscere – accanto al potere di indagine della polizia e del pubblico ministero – il diritto di indagine dei soggetti privati (indagato, imputato, offeso dal reato), quale prima espressione del diritto di difendersi provando e del diritto alla prova, altrimenti impraticabili, benchè ormai assistiti da una tutela costituzionale. Nell’ambito del “giusto processo” delineato dal nuovo articolo 111 della Costituzione spiccano, da un lato, le condizioni di parità delle parti e, dall’altro, il diritto dell’accusato di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; il che necessariamente presuppone il diritto di ricercare, individuare, assicurare le fonti e gli elementi probatori».

sizione di strumenti che rendano effettivo siffatto diritto sul piano operativo e sotto il profilo delle potenzialità d'impiego delle risultanze⁹.

Esige, inoltre, la conformazione di idonee garanzie per l'accesso, da parte dell'accusato, alle fonti di prova già in possesso della controparte.

Invero, elementi utili alla prospettazione della tesi difensiva possono essere tratti da fonti alle quali sia già pervenuto il pubblico ministero e che, se rese inaccessibili al difensore, sarebbero mortificate nella capacità – potenziale o effettiva che sia – di esprimere elementi di valutazione favorevoli.

L'attuazione della direttiva costituzionale contenuta nell'art. 111, comma 3 Cost. sarebbe dunque parziale se, accanto al diritto di indagare, non fosse garantito alla difesa – evidentemente con modalità temporalmente compatibili con la tutela dell'efficacia dell'indagine pubblica – il “diritto di accedere alle fonti di prova apprese dalla controparte”¹⁰.

Persisterebbero profili di parziale attuazione dei principi costituzionali, altresì, qualora il materiale acquisito dalla difesa in sede investigativa fosse ritenuto inidoneo a partecipare dei momenti di contatto con la fase propriamente processuale in presenza di condizioni analoghe a quelle legittimanti il mutamento funzionale degli elementi raccolti dal pubblico ministero.

L'impossibilità di utilizzare le dichiarazioni acquisite e verbalizzate per effettuare, alle condizioni e con i limiti normativamente previsti, le contestazioni dibattimentali, ovvero di recuperare, mediante la lettura, il narrato di un teste a discarico deceduto o irreperibile costituirebbe un chiaro ed ingiustificato vulnus all'esplorazione piena del diritto di difesa della parte, la quale, in un sistema a garanzia limitata, non sarebbe posta in condizioni di “ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore” (art. 111, comma 3 Cost.).

Se è vero che la Costituzione non obbliga il legislatore ordinario a disegnare i poteri investigativi della difesa in modo perfettamente simmetrico rispetto a quelli del pubblico ministero, è non meno vero che il novellato art. 111 impone l'estensione agli elementi acquisiti in fase d'indagine difensiva dei meccanismi realizzativi di significative deroghe al principio di separazione della fase d'indagine preli-

⁹Facendo leva sull'impiego, nel testo costituzionale, delle diverse espressioni “*accusata*” e “*accusa*” G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 8 ss. ritiene indispensabile, ai fini di una adeguata preparazione della difesa, la previsione di un congruo intervallo temporale tra l'attribuzione del reato in una prima *notitia criminis* e la formale elevazione dell'accusa pubblica al termine delle indagini. ¹⁰Coglie giustamente questa necessità, collegandola al dettato costituzionale, F. FOCARDI, *Più garantito il diritto di accesso agli atti di indagine*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 149 ss., per il quale: «Le esigenze di garantire l'effettività del diritto di difesa, consacrato nell'art. 24, comma 2 Cost. e nell'art. 111, comma 2 Cost. con la formula “disponga del tempo e delle condizioni per preparare la sua difesa”, sono assicurate dal compilatore della legge 397 del 2000 in una duplice direzione: da un lato il diritto di compiere, in autonomia, le investigazioni che ciascuna parte ritiene necessarie (cosicché il “diritto di difendersi provando” può essere esercitato senza la necessaria intermediazione di un altro soggetto); dall'altro il diritto di visionare anche quel materiale a cui sia giunta, per prima, una controparte (...) Possiamo così ritenere che esista un principio di non dispersione delle fonti di prova, nel senso che a nessuna parte deve essere consentito distruggere o occultare persone o cose dalle quali le controparti possano estrarre elementi per la decisione». Muovono in questa direzione, secondo l'Autore, il nuovo art. 366 c.p.p. e l'art. 233 bis c.p.p., come modificato dalla legge in commento.

minare dalla fase propriamente processuale.

Deviazioni da un modello procedimentale autenticamente binario sul piano delle prospettive d'impiego processuale degli atti investigativi realizzerebbero una chiara violazione della norma costituzionale, oltre che un allontanamento dal canone valutativo della ragionevolezza.

Se la riforma costituzionale ha assunto un ruolo di primo piano nel processo di arricchimento del profilo dinamico del diritto di difesa, un significativo impulso verso l'attribuzione di una copertura costituzionale all'esigenza di garantire un diritto alle indagini difensive si sarebbe potuto trarre, ancora prima della novellazione, dall'ordinanza della Corte costituzionale 11 aprile 1997, n. 96 la quale presenta, nel suo corpo motivazionale, elementi interessanti per la tematica che ci occupa, meritevoli di ben più ampia attenzione rispetto a quella che hanno ricevuto ed immediatamente percepibili se proiettati all'interno del sistema processuale.

L'occasione per il pronunciamento dei giudici di Palazzo della Consulta fu data, come è noto, da una ordinanza di remissione del Pretore di Messina, sez. distaccata di S. Teresa di Riva, con la quale si censurava l'art. 358 c.p.p., in relazione all'art. 24, comma 2 Cost.¹¹, nella parte in cui non prevede alcuna sanzione processuale – nullità ovvero inutilizzabilità – in caso di inottemperanza da parte del pubblico ministero dell'obbligo di svolgere anche accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini¹².

L'inosservanza del principio di inviolabilità della difesa venne ritenuta dal giudice remittente muovendo dalla premessa che «il diritto di difesa dell'imputato trovi la sua massima estrinsecazione proprio nell'obbligo del pubblico ministero di raccogliere anche le prove a favore dell'imputato».

Al di là dell'intento meritorio che nel caso concreto il giudice di merito intendeva perseguire, non c'è dubbio che una impostazione che individui nel pubblico ministero – e nei doveri da cui egli è gravato – la maggiore garanzia di tutela della posizione del soggetto ad esso contrapposto, rappresenti la più grave forma di negazione dei principi ispiratori di un sistema processuale a tendenza accusatoria¹³.

Per questo merita consensi il punto della decisione costituzionale in cui si afferma che «il pretore rimettente vorrebbe attribuire al pubblico ministero compiti e

¹¹I parametri costituzionali violati, in particolare, furono individuati negli artt. 76 (in riferimento alla direttiva di cui all'art. 2, n. 37 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, ove è previsto il potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale, ivi compresi gli accertamenti su elementi favorevoli all'imputato; nonché in riferimento alla direttiva di cui all'art. 2, n. 3 della medesima legge in quanto la mancanza di qualsiasi sanzione processuale in caso di inosservanza di tale dovere violerebbe il principio di uguaglianza tra accusa e difesa), 24, comma 2 e 27, comma 2 Cost.

¹²Nel caso particolare, il Pretore lamentava che il pubblico ministero, nel disporre una consulenza tecnica, avesse affidato al consulente l'incarico di accertare l'entità dell'appropriazione contestata all'imputato, così escludendo dal campo delle indagini il caso in cui nessuna appropriazione fosse stata realizzata.

¹³Non sfugge la diversità della posizione da noi espressa in precedenza: l'esigenza di "obbligare" il pubblico ministero a compiere attività investigativa a favore dell'indagato non è da noi affermata quale momento di massima estrinsecazione del diritto di difesa, ma come necessità "di sistema" e fattore di garanzia mediata degli interessi della persona sottoposta alle indagini in un contesto normativo e giurisprudenziale poco incline alla valorizzazione della funzione investigativa della difesa. Ciò è come dire che, se il pubblico ministero si preoccupa di raccogliere elementi su circostanze favorevoli all'indagato, la posizione di quest'ultimo – quantomeno – non subirà peggioramenti.

funzioni che nell'architettura del nuovo codice spettano piuttosto alla difesa».

L'importanza di questo passaggio va ben oltre la mera funzione motivazionale del provvedimento costituzionale poiché i compiti e le funzioni che la Corte ritiene rientrare nella sfera delle fisiologiche, nell'architettura del nuovo codice, attribuzioni della difesa si sostanziano proprio nelle facoltà di investigazione.

Una decisione importante, dunque, perché riconosce il rilievo costituzionale di un concetto di difesa a struttura "multiforme", in cui la fase dinamico-evolutiva assume profili di preminenza rispetto alla dimensione statica.

Per effetto di questa ordinanza, infatti, si amplia la portata della garanzia costituzionale compendiata nell'art. 24 Cost., poiché, quando la Corte costituzionale riconosce che l'attività investigativa su elementi favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, ossia proprio i compiti e le funzioni che il Pretore di Messina vorrebbe fossero attribuiti al pubblico ministero, "deve" essere svolta dal difensore, non fa altro che estendere la copertura costituzionale dell'art. 24 della Legge fondamentale al "profilo dinamico" del diritto di difesa.

D'altra parte, è proprio il giudice delle leggi ad escludere la violazione della norma costituzionale proprio perché questi momenti investigativi non costituiscono funzioni e compiti del pubblico ministero: ragionando secondo canoni strettamente logici, ne deriva che la norma sarebbe violata da una normativa ordinaria che precludesse alla difesa di compiere attività d'indagine.

Era dunque enucleabile dal sistema, a prescindere dalla riforma dell'art. 111 della Carta costituzionale, un diritto costituzionalmente protetto del difensore a salvaguardare la posizione del proprio assistito attraverso la piena esplicazione della funzione difensiva, ossia attivando tutti i mezzi che di essa costituiscono l'essenza, abbiano essi attinenza con il profilo statico o dinamico¹⁴.

Sebbene la tutela costituzionale del "diritto all'indagine difensiva" sia stata rafforzata dall'intervento novellistico attuato con la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, sarebbe stato interessante soffermarsi sulla verifica della compatibilità dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione con il principio della inviolabilità del diritto di difesa (chiamiamolo così) "allargato"¹⁵.

Spingersi su questo terreno avrebbe significato, però, dilungarsi in una analisi a carattere retrospettivo i cui risultati sarebbero appartenuti alla storia del diritto.

¹⁴Recentemente la tesi della copertura costituzionale del diritto del difensore di investigare è stata sostenuta, sia pure sulla base di diverse argomentazioni, da A. DI MATO, *Le indagini difensive*, cit., pp. 39 ss., il quale ritiene indubbio che l'istituto delle indagini difensive «rappresentando la concreta esplicazione del c.d. diritto di difendersi provando si colloca a pieno titolo nell'alveo normativo del diritto di difesa e ne costituisce una manifestazione essenziale e, per molti versi, di sviluppo evolutivo, tesa ad arricchire di significati dinamici il diritto di cui all'art. 24 Cost. ed a segnare, in modo definitivo, il passaggio dal c.d. interesse alla prova al c.d. diritto alla prova (...) Nelle linee evolutive attuali del processo penale» – continua l'Autore – «le investigazioni difensive trovano tutti i più naturali presupposti storico normativi per essere ricondotte nel quadro giuridico definito dall'art. 24 Cost.». F. D'AMATO, *Le indagini difensive*, cit., sia pure facendo leva su un rapporto di mutua alimentazione tra valori costituzionali e valori recepiti nelle carte internazionali, ritiene che si debba dare «un'interpretazione in senso estensivo e specificativo della norma costituzionale, in ordine alla necessità di affermare un diritto di difesa sì, ma con uno specifico contenuto partecipativo e dinamico».

¹⁵Ossia costituzionalmente garantito sotto il profilo statico e dinamico.

2. *L'art. 327 bis c.p.p.: norma di principio e punto di riferimento per l'esatta interpretazione delle disposizioni del titolo VI bis c.p.p.*

La legge 7 dicembre 2000, n. 397¹⁶ colma, dopo undici anni, la più eclatante lacuna che snaturava il sistema processuale del 1988, attraverso una disciplina organica della materia delle investigazioni difensive¹⁷ che, sia pure tra profili perfettibili ed incertezze coordinative, non può che essere salutata con entusiasmo per le nuove frontiere che apre alla "funzione processuale difensiva"¹⁸.

Le disposizioni più significative sul piano strettamente operativo, afferenti al profilo della ricerca ed individuazione di elementi di prova a carattere dichiarativo, sono contenute nel libro V del codice di procedura penale, in particolare nel nuovo art. 391 bis.

Altre norme del novellato codice processuale penale ospitano, tuttavia, la disciplina di importanti aspetti concernenti questo fondamentale settore del diritto all'investigazione difensiva, inerenti in particolare ai limiti dell'attività di apprensione, alle modalità documentative dell'atto acquisitivo ed al regime utilizzativo¹⁹.

La tecnica utilizzata dal legislatore del 2000 ripercorre, sul piano sistematico, le scelte legislative del 1988 in ordine alla dislocazione della regolamentazione dell'attività investigativa del pubblico ministero.

Infatti, alla disciplina delle modalità attuative dell'attività d'investigazione difensiva si antepone una disposizione, l'art. 327 bis c.p.p., enunciante il fondamentale principio di libertà investigativa in funzione della realizzazione di obiettivi immediatamente inerenti alla tutela della posizione della parte privata coinvolta nel processo penale.

Non è casuale, si badi, la dislocazione della disposizione sotto il profilo sistematico. La collocazione nell'ambito della disciplina delle indagini preliminari tra le norme che delineano la legittimazione dei soggetti investiganti pubblici vuole assicurare alla norma fondamentale in tema di investigazioni difensive una posizione di pari dignità formale e di eguale forza enunciativa rispetto agli artt. 326 e 327 c.p.p., al punto che si è ritenuto di individuare nell'opzione sistematica prescelta l'orientamento «verso la figura del difensore quasi come altro organo d'indagine chiamato così a svolgere non un'attività solo passivamente difensiva, ma nel ruolo di obbiettivo ricercatore di materiale probatorio destinato a confluire nel

¹⁶La legge, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 3 gennaio 2001, è entrata in vigore il 18 gennaio 2001.

¹⁷N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 68, definisce l'intervento normativo «di ampio respiro e assai articolato».

¹⁸Come riconosce L. MOSER, *Le nuove indagini difensive*, relazione all'incontro sul tema organizzato dalla Camera penale "Franco Bricola" di Bologna il 18 gennaio 2001 (Documento *INTERNET*), per il quale «la riforma è sicuramente lacunosa in alcuni suoi snodi e non completamente convincente per certi aspetti, ma sarebbe miope non riconoscerne la portata eversiva e potenzialmente anche più innovativa di quanto possa essere lo stesso art. 111 della Costituzione (...) Ed è una riforma eversiva perché destinata ad incidere direttamente all'interno di un territorio istituzionalmente e sistematicamente considerato inviolabile e, cioè, il monopolio della prova nella fase investigativa. Un segnale del fatto che la riforma – con la proiezione sulla scena procedimentale di un nuovo soggetto, l'avvocato raccoglitore e fornitore di prove – abbia intaccato un punto nevralgico del sistema lo si ricava dal tenore delle reazioni a caldo di altri protagonisti del processo penale».

¹⁹Per una analisi schematica dei poteri d'indagine difensiva può consultarsi E. STEFANI (a cura di), *Codice pratico delle indagini difensive*, Milano, 2001.

corpo delle indagini preliminari e, come queste, proiettabile nelle evoluzioni successive del processo»²⁰.

Una ulteriore riflessione, di natura anch'essa squisitamente sistematica, conduce all'approvazione della scelta di collocare le norme sulle investigazioni difensive nel corpo del codice processuale. Si tratta di una vera conquista rispetto alla scelta originaria di relegare la caricaturale disciplina delle facoltà investigative difensive in sede di normativa d'attuazione, optandosi così per una sistemazione topografica già di per sé indicativa del marginale significato attribuito ad un profilo evidentemente non percepito come essenziale per il corretto funzionamento del modello accusatorio²¹.

Se da un punto di vista formale, ossia di forza normativa, non cambia nulla dal momento che «anche le disposizioni di attuazione, al pari del codice, sono fonti normative primarie, di legislazione delegata, che ripetono la loro legittimità dalla stessa legge delega, oltretutto secondo un identico procedimento»²², la scelta effettuata dal legislatore riveste una notevole forza emblematica poiché diretta a rimarcare la pari dignità formale e sostanziale tra le indagini difensive e le investigazioni della polizia giudiziaria e del pubblico ministero²³.

²⁰G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 91, il quale, coerentemente, si chiede se non fosse stato preferibile aderire alla tesi dell'Unione delle Camere Penali, la quale, nel dicembre 1993 aveva predisposto una compiuta proposta di legge recepita nel d.d.l. S1016, presentato al Senato della Repubblica il 14 ottobre 1994 dal Sen. A. Lisi. La proposta dell'Unione prevedeva di inserire la normativa fondamentale in materia di investigazioni difensive nel quadro delle norme dedicate al difensore (libro I, titolo VII c.p.p.), mediante la formulazione di due nuovi articoli (103 bis e ter c.p.p.) improntati al potenziamento dello *status* del difensore ed alla regolamentazione dettagliata dei profili strutturali e funzionali delle investigazioni difensive. Il significato della collocazione sistematica dell'art. 327 bis c.p.p. è sottolineato, altresì, da A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 173 per il quale «si è voluto, in tal modo, creare, anche sotto il profilo della collocazione sistematica, una sorta di parallelismo ideale tra le parti ed in specie, tra la pubblica accusa e la difesa». N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 71 s., dopo avere ricordato che, già alla vigilia dell'entrata in vigore del nuovo codice, la dottrina aveva auspicato che si chiarisse subito, nelle prime disposizioni della c.d. parte dinamica del codice, il nuovo ruolo del difensore accanto a quello del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari, fissato, rispettivamente, dagli artt. 326, 327 e 328 c.p.p., sottolinea come «dopo più di un decennio, quell'auspicio è stato accolto dal legislatore, che viene così a sottolineare la dimensione triadica anche della fase preliminare al giudizio».

²¹Tra i tanti, cfr. G. DI CHIARA-S. GIAMBRUNO, *Temi di giurisprudenza sul processo penale*, a cura di G. Tranchina, Torino, p. 1999, p. 99 i quali osservano come «la stessa collocazione della norma, per così dire marginale, fa comprendere che certo le indagini della parte privata poco o nulla hanno a che vedere con le indagini condotte dal pubblico ministero alle quali il codice dedica tutto il libro V». D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 195, a sua volta rileva in punto di collocazione della normativa sulle indagini difensive come «non può che condividersi l'opinione che ritiene inidonea la sede delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale. A parte la considerazione di ordine tecnico secondo cui la futura disciplina presenterà tali problemi capillari da necessitare essa stessa, a sua volta, di una serie di norme di attuazione, il rilievo della questione considerata per l'equilibrio della dialettica tra accusa e difesa è tale da richiedere una sede normativa primaria, sia essa o meno interna al codice». Gli stessi rilievi critici sono stati mossi dal Consiglio superiore della magistratura e dal Consiglio nazionale forense nei rispettivi pareri sull'art. 33 prog. prel. disp. att. (in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. VI, cit., t. I, cit., p. 138 e, per quanto attiene il parere del Consiglio nazionale forense, p. 278).

²²Così G. FRIGO, *Difensore*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 578.

²³G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 89 saluta con favore la scelta legislativa di ordine sistematico, rinvenendovi il segno dell'avanzamento epocale della normativa in materia di indagini difensive e rilevando sul piano dogmatico come «una volta promosse al rango di fonti primarie, que-

Prima di esaminare la parte della nuova normativa afferente alle investigazioni su fonti dichiarative, è opportuno analizzare gli aspetti salienti della regola generale contenuta nell'art. 327 bis c.p.p., per individuare il rapporto che la lega al resto dell'innovazione legislativa ed al complesso delle norme del codice processuale che, direttamente o indirettamente, incidono sulle facoltà attribuite al difensore.

L'art. 327 bis, comma 1 c.p.p. ("*Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI bis del presente libro*") fissa un principio di carattere generale, attinente al diritto della parte privata di svolgere investigazioni a tutela della propria posizione processuale²⁴.

Un diritto, come più volte sottolineato, intimamente connesso al corretto funzionamento di un sistema processuale a tendenza accusatoria, anzi qualificativo di un tale modello processuale²⁵.

ste disposizioni potranno essere esse stesse munite di proprie norme di attuazione». Individua nell'aspetto formale e sistematico costituito dalla collocazione delle nuove norme un segno dell'importanza che si è inteso attribuire alla nuova disciplina dell'attività d'indagine del difensore, altresì, S. SANDANO, *La nuova disciplina sulle indagini difensive. L'esperienza inglese*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 454.

²⁴Un diritto di pertinenza di tutte le parti, non rinvenendosi nel corpo della nuova normativa limitazioni di sorta in ordine alla titolarità di un diritto d'investigazione in capo alle parti private diverse dalla persona sottoposta alle indagini. In tal senso, fra i tanti, D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, pp. 161 s. Egualmente F. PIAZZOLLA, *Ingiustificata disparità tra il legale costituito e quello incaricato*, in *Dir. e giust.*, 2001, 42, pp. 55 ss, il quale, tuttavia, esplicita condivisibili perplessità in relazione alla configurazione di un potere d'indagine in capo al difensore della persona danneggiata dal reato (non ancora costituita parte civile) che non sia anche persona offesa (né, come nel caso affrontato – peraltro pervenendo a conclusioni opposte – dal GIP di Urbino nella sentenza ex art. 438 c.p.p. 7 luglio-1 agosto 2001, n. 62, prossimo congiunto del deceduto), evidenziando sul punto una grave vuoto normativo. La decisione di cui sopra è reperibile in *Dir. e giust.*, ult. cit., pp. 50 ss., con una interessante nota di M. ANDREANO, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*, pp. 46 ss. La tesi della pluralità dei centri d'investigazione è sostenuta altresì da A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., pp. 174 ss. il quale ritiene di poter desumere tale conclusione «sia da generali ragioni sistematiche, non essendovi motivi plausibili e tali da escludere dal novero dei soggetti processuali legittimati allo svolgimento delle indagini difensive i difensori delle parti processuali diverse dalla persona sottoposta alle indagini e dall'imputato, sia da precisi riferimenti normativi che, non solo non precludono in alcun modo tale interpretazione, ma vi fanno esplicito ed univoco riferimento». Sotto questo profilo, il riferimento, contenuto nel novellato art. 512 c.p.p., agli "*atti assunti dai difensori delle parti private*" fornisce un dato di carattere letterale che, collocato nella sistematica codicistica, è chiaramente significativo dell'intenzione legislativa di attribuire a tutte le parti private una piena potestà investigativa. L'orientamento estensivo in ordine alla legittimazione investigativa è stato recentemente ribadito, sia pure in via incidentale, da G. FRIGO, *Sequestri di persona: le mutazioni del reato mettono fuori gioco il blocco dei beni*, in *Guida al diritto*, 2003, 33, pp. 10 s. Per ulteriori, significativi approfondimenti sul tema della legittimazione investigativa dei soggetti diversi dall'imputato o indagato si rinvia, ancora una volta, a G. RUGGERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 95 ss., nonché a N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 89 ss. Sul tema è importante rilevare come il d.d.l. C 2217/02, presentato in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nella seduta del 10 luglio 2002 su iniziativa dell'On. G. Pittelli, preveda un intervento correttivo sull'art. 327 bis c.p.p. diretto a specificare che la facoltà di svolgere investigazioni difensive sia attribuita ai difensori dell'indagato e della persona offesa dal reato. La modifica appare inopportuna poiché sostituisce una formulazione chiara ed onnicomprensiva con un testo irragionevolmente restrittivo in punto di individuazione dei soggetti legittimati a compiere atti investigativi.

²⁵Oltre che, come già detto, presupposto per l'effettivo decollo dell'alternativa inquisitoria rappresentata, nel nostro sistema, dal giudizio abbreviato.

Dunque, un diritto valorizzabile già nel sistema antecedente alla riforma del 2000 ed in esso solennemente enunciato – sia pure in sede di normativa di attuazione – ma mortificato, al momento dell’enucleazione di specifiche facoltà investigative, da una scarsa attenzione legislativa in ordine alla definizione di tutti i profili necessari per la sua piena operatività e da una giurisprudenza poco propensa ad attribuire rilievo a soggetti investiganti diversi dal pubblico ministero.

Da un primo esame dell’art. 327 bis c.p.p. emerge il venire meno, rispetto all’abrogato art. 38 disp. att. c.p.p., della formalizzazione del rapporto tra l’attività d’indagine difensiva ed il diritto alla prova (c.d. “rapporto di strumentalità”)²⁶. Viene altresì rimossa la specificazione che attribuiva ai soggetti legittimati a svolgere attività d’indagine la facoltà di «conferire con le persone che possono dare informazioni».

Quest’ultima innovazione ha carattere puramente formale, rappresentando per lo più un momento di razionalizzazione normativa, in quanto la facoltà di conferire con le persone informate sui fatti null’altro è che una delle possibili modalità con cui può esplicarsi l’attività investigativa difensiva²⁷.

Né merita eccessiva attenzione la scelta di rimuovere dal testo normativo il riferimento al nesso di strumentalità poiché nulla autorizza a vedere in essa la manifestazione di una volontà legislativa tesa a sganciare l’attività d’indagine difensiva dall’esercizio della fondamentale situazione giuridica processuale quale è il diritto alla prova, anche se – come è stato rilevato – emergono «le differenze connaturate alla diversità delle funzioni nel cui esercizio (le indagini) si compiono»²⁸.

Invero, il “rapporto di strumentalità” prescinde da qualificazioni normative e – per come evidenziato – non è suscettibile di sopportare pregiudizi che non si tramutino, allo stesso tempo, in subdole forme di mutamento del modello processuale di riferimento. Il difensore assolve al proprio compito, ossia la tutela l’interesse processuale del proprio assistito, anche (e soprattutto) attraverso l’esplicazione di un’attività investigativa tesa alla individuazione di elementi per quest’ultimo favorevoli, naturalmente destinati a confluire – direttamente o indirettamente – nell’orizzonte cognitivo dell’autorità chiamata ad adottare una decisione che, indipendentemente dalla fase processuale specifica, sia suscettibile di incidere nella sfera giuridica del proprio rappresentato.

Appare, sotto questo profilo, singolare il richiamo alle “*finalità stabilite nel titolo VI bis del presente libro*” contenuto nel nuovo art. 327 bis c.p.p., poiché nel tito-

²⁶Anche se, al comma 2 della disposizione in esame, si precisa che la facoltà d’indagare “*può essere attribuita*” per l’esercizio del diritto di difesa. Si noti la stranezza della formulazione, ennesima esemplificazione di un fenomeno di sciattezza normativa generalmente riconosciuto: quasi che il diritto all’indagine non spetti al difensore per volontà della legge, ma per gentile concessione di qualcuno.

²⁷In questo senso, altresì, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 217 s., il quale, richiamando voci dottrinarie diverse, sottolinea come «la facoltà di conferire con le persone in grado di dare informazioni sui fatti oggetto del procedimento penale – e, quindi, di raccogliere elementi probatori consistenti in enunciati dichiarativi – non costituiva un dato normativo autonomo rispetto alle investigazioni, quasi fosse un *quid pluris*, qualitativamente diverso da quelle, essendo, chiaramente, una esplicazione, uno dei tipi di condotta con i quali le investigazioni difensive potevano realizzarsi».

²⁸Cfr., però, G. FRIGO, *L’indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 174 ss.

lo richiamato non vengono enunciate le finalità dell'attività d'indagine difensiva, ma semplicemente disciplinati gli strumenti operativi utilizzabili dal difensore per attuare la propria strategia difensiva²⁹.

Il "fine mediato" dell'attività investigativa del difensore va individuato analizzando il sistema, precisamente va desunto dall'esame coordinato delle disposizioni codicistiche che ammettono la parte privata a sottoporre alla valutazione giudiziale elementi a sostegno delle proprie affermazioni probatorie. In una parola, esso si sostanzia nel secondo termine del "rapporto di strumentalità", mancando il quale una facoltà investigativa non avrebbe senso, o, comunque, avrebbe lo scarso significato che gli è stato attribuito nel sistema precedente.

Il "fine immediato" dell'attività d'indagine difensiva è, invece, correttamente identificato dallo stesso art. 327 bis, comma 1 c.p.p.: "*ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito*"³⁰.

Due finalità distinte, ma strettamente collegate all'interno di una sequenza logica – investigazione-risultato-spendita – della quale si coglie l'intima connessione, che si tramuta in vera inscindibilità, se solo si riflette sul dato che la (attività di) ricerca ed individuazione di elementi di prova³¹ scadrebbe a mero svolgimento di attività materiale se non fosse preordinata alla prospettazione diretta delle relative risultanze ad un organo dotato del potere di valutazione a fini decisori, dunque a confluire in uno scenario in cui l'esplicarsi di efficacia probatoria dà un senso all'attività di ricerca e acquisizione.

Per conseguire questi risultati l'ordinamento consente al difensore ed ai suoi ausiliari³² di svolgere – in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione

²⁹Salvo ritenere, ovviamente, che l'inciso contenuto nell'art. 327 bis c.p.p. faccia riferimento all'attività di ricerca e reperimento di fonti di prova, sulle quali poi effettuare, con le modalità tipizzate dal legislatore nel titolo VI bis del libro V c.p.p. l'opera estrattiva di elementi conoscitivi. Così ragionando, ed il ragionamento recupererebbe evidentemente la scissione operata nell'ambito della disciplina dell'attività della polizia giudiziaria tra ricerca di persone (art. 348 c.p.p.) ed acquisizione delle relative risultanze (art. 351 c.p.p.), si assicurerebbe certamente un legame di tipo funzionale e finalistico tra l'attività di ricerca – compendiata dall'articolo in esame – e l'attività di estrazione di elementi. Un approccio ermeneutico di questo tipo, tra l'altro, potrebbe beneficiare del contributo interpretativo offerto dall'art. 8 delle "*Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*" deliberate dall'Unione delle Camere penali italiane il 19 aprile 2001, ove viene precisato che: "*Il difensore, il sostituto e gli ausiliari incaricati procedono senza formalità alla individuazione delle persone che possono riferire circostanze utili alle investigazioni difensive*". Viene, dunque, enucleato dall'universo dei poteri investigativi difensivi un contesto non formalizzato di atti diretti al reperimento di possibili informatori, destinato chiaramente ad alimentare le opzioni investigative successive. L'interpretazione su esposta della norma generale contenuta nell'art. 327 bis c.p.p. appare, a nostro avviso, riduttiva. Invero, oltre a porsi in evidente contrasto con la lettera della disposizione – ove, oltre a farsi riferimento ad "elementi" di prova e non a "fonti" di prova, come invece accade nell'art. 348 c.p.p., si richiamano altresì le "forme" stabilite nel titolo VI bis – la tesi si legherebbe inscindibilmente ad un giudizio di tassatività delle operazioni investigative individuate dal legislatore.

³⁰Come ritenuto dal Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Torino nell'unica sentenza a noi nota che abbia trattato il tema della verbalizzazione delle dichiarazioni rese al difensore (26 febbraio 2003). La sentenza è reperibile su *Guida al diritto*, 2003, 23, pp. 63 ss.

³¹Ma sarebbe più corretto parlare di "fonti di prova". Sulla differenza tra i due concetti, nonché sulla costruzione dei vari momenti della sequenza probatoria si rinvia ancora a G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., pp. 286 ss.

³²L'art. 327 bis, comma 3, individua costoro nelle figure del sostituto, consulente tecnico ed investigatore privato autorizzato.

penale e per promuovere il giudizio di revisione³³ – un’attività d’indagine connotata da caratteri essenziali che, per molti aspetti, la distinguono significativamente dall’investigazione del pubblico ministero.

L’indagine privata, come correttamente rilevato dalla dottrina³⁴, presenta innanzitutto il carattere della “facoltatività”³⁵: il difensore, infatti, compie atti d’indagine in quanto lo ritenga necessario e, diciamo con franchezza, in quanto la persona assistita disponga delle risorse finanziarie necessarie per sostenere gli ingenti costi che essa comporta³⁶.

Inoltre, l’attività investigativa del difensore è connotata – di regola ma non necessariamente – dal requisito della “monodirezionalità” dovendo questi ricercare ed individuare elementi di prova “esclusivamente” a favore del proprio assistito³⁷.

Essa può, infine, presentare carattere di “frammentarietà”. Il difensore, invero, è libero nella scelta degli atti investigativi da compiere e delle risultanze di essi da portare alla conoscenza della controparte e, quindi, da sottoporre alla valutazione giudiziale³⁸. L’unica eccezione al principio è costituita dagli atti irripetibili compiuti con la partecipazione del pubblico ministero o della polizia giudiziaria all’uopo delegata ovvero dagli accertamenti tecnici irripetibili compiuti a norma dell’art. 360 c.p.p.: in questi casi, infatti, l’art. 391 decies c.p.p. prescrive che la relativa documentazione sia depositata nel fascicolo del pubblico ministero ed in quello del difensore³⁹.

³³Nonché prima dell’instaurazione di un procedimento penale, per l’eventualità che ciò dovesse accadere (art. 391 nonies c.p.p.).

³⁴R. BRICCHETTI, *L’attività investigativa del difensore*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 111 ss.

³⁵A differenza dell’attività d’indagine del pubblico ministero la quale, essendo finalizzata al conseguimento di risultati di carattere pubblicistico, non può che essere “necessaria”. Dello stesso avviso, da ultimo, E. RANDAZZO, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in *Dir. e giust.*, 2003, 44, pp. 10 ss., il quale individua proprio in questa caratteristica l’elemento escludente l’assunzione della qualità di pubblico ufficiale da parte del difensore investigante: al contrario, il difensore «ove fosse mai divenuto un pubblico ufficiale, avrebbe l’obbligo giuridico di investigare».

³⁶Sottolinea G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 91 ss., come il potere investigativo difensivo scaturisce dal conferimento dell’incarico difensivo, fermo restando il potere dell’assistito di rinunciare alle investigazioni, ossia di concordare con il difensore l’esclusione dall’oggetto del mandato professionale delle facoltà investigative. Della stessa opinione N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 173, il quale evidenzia come in tal senso dispone l’art. 2 delle “*Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*” del 14 luglio 2001: “*Il conferimento dell’incarico professionale, rilasciato con atto scritto, legittima il difensore a svolgere investigazioni difensive senza necessità di specifico mandato*”.

³⁷E. RANDAZZO, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in *Dir. e giust.*, cit., p. 12, parla di «incontestabile unilateralità». Per acute osservazione sulla caratteristica in questione cfr. G. FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 69. Interessanti precisazioni sono contenute, altresì, in G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 133 ss., il quale sollecita un’attenta riflessione in ordine al riconoscimento in capo al difensore della persona sottoposta alle indagini di un potere di accertamento di elementi meramente dimostrativi della responsabilità di altri: «In tal modo, infatti, si postula un mutamento di qualità, che rischierebbe di trasformare il difensore in un altro accusatore».

³⁸Ancora, fra i tanti, v. E. RANDAZZO, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in *Dir. e giust.*, cit., p. 12, ove, dopo aver precisato che l’attività investigativa privata non è vincolata al requisito della completezza, osserva come essa si svolga «*extra moenia*. E la documentazione può rimanere fuori dal processo, se il difensore così decide».

³⁹Invero, qualche dubbio potrebbe sorgere in relazione alla previsione contenuta nell’art. 430 c.p.p. il quale – come modificato dall’art. 14 della legge 397 – consente alla difesa di svolgere attività c.d. integrativa

Nessun elemento di differenziazione pare ravvisabile, invece, sotto il profilo della legittimazione difensiva al compimento di atti investigativi non tipizzati.

La formulazione dell'art. 327 bis c.p.p., in particolare il rinvio in esso contenuto alle "forme (...) stabilite nel titolo VI bis del presente libro" potrebbe prestare il fianco ad opzioni esegetiche restrittive, tese a sostenere l'esistenza di un principio di tipicità degli atti d'indagine concretamente disponibili alla difesa.

In effetti, solo un approccio connotato da un insuperabile formalismo potrebbe indurre a ritenere che il legislatore, rinviando alle forme stabilite nel Titolo VI bis del Libro V del codice di procedura penale, abbia inteso determinare tassativamente le tipologie di attività d'indagine suscettibili di essere realizzate dal difensore, ossia creare un "numero chiuso" di atti investigativi difensivi al di fuori del quale l'operato dell'investigante privato sarebbe privo di copertura normativa, dunque illegittimo⁴⁰.

Indubbiamente, il corpo normativo in commento non compendia norme che, specularmente alle previsioni contenute negli artt. 348 e 358 c.p.p., legittimino il compimento di atti d'indagine diversi da quelli espressamente disciplinati, ma una opzione ermeneutica restrittiva, oltre che essere frutto di un approccio semplicistico, costituirebbe una premessa suscettibile di realizzare risultati pericolosi sul piano dell'impiego processuale delle risultanze investigative: l'istinto di conservazione di forme collaudate di unidirezionalità investigativa porterebbe inevitabilmente a ritenere vietato il compimento di attività d'indagine diverse da quelle oggetto di tipizzazione legislativa e, per questa via, a sanzionare con la inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. le relative risultanze.

d'indagine la cui documentazione, esattamente come quella afferente alle investigazioni ulteriori del pubblico ministero, deve essere "immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero". Sembrerebbe dunque scorgersi, nella disposizione in esame, un obbligo di ostensione delle risultanze investigative difensive esteso a tutti i dati acquisiti nella fase d'indagine successiva all'emissione del decreto di rinvio a giudizio. Rileva persuasivamente N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 183, che «l'interpretazione letterale dell'art. 430, comma 2 c.p.p., peraltro, non può accogliersi: se, infatti, il pubblico ministero, parte pubblica, con la chiusura delle indagini preliminari è chiamato a rendere noti gli elementi probatori a carico – e a tale dovere non può sottrarsi nell'eventualità di svolgimento di indagini successive – la difesa, viceversa, ha il diritto di scegliere se e quando esternare i risultati delle proprie attività, anche quando si tratti di attività integrativa. Del resto, diversamente opinando, il difensore sarebbe tenuto al deposito immediato della documentazione di ogni attività di investigazione difensiva, e non solamente dei risultati utili alla difesa: ciò, evidentemente, verrebbe a pregiudicare l'esercizio del diritto di difesa». Ancora più marcata, senz'altro condivisibile, l'osservazione di E. RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida al diritto*, 2001, I, p. 38, secondo il quale, qualora si aderisse ad una interpretazione letterale dell'art. 430 c.p.p. «si dovrebbe riflettere anche sull'investigazione difensiva precedente; non si può in altri termini immaginare che la documentazione delle indagini svolte il giorno precedente il rinvio a giudizio possa liberamente prodursi se e quando il difensore lo ritenga utile» mentre «quella successiva debba subire una così grave compressione delle opzioni difensive». Per A. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001, p. 119, non può pensarsi che il difensore «solo perché è divenuto contitolare del diritto all'investigazione integrativa, ne divenga prigioniero e, conseguentemente onerato dell'obbligo di produrne, comunque, i risultati, anche se in conflitto con l'interesse difensivo del proprio assistito».

⁴⁰Parla di tipizzazione delle attività investigative, sia pure facendo riferimento a "modelli operativi", L. MOSER, *Le nuove indagini difensive*, cit. Si assisterebbe, dunque, ad una netta inversione di tendenza rispetto alle prese di posizione più volte espresse durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p. e per le quali, in virtù dell'ampia dizione impiegata nel comma 1 della norma d'attuazione, l'attività investigativa difensiva era suscettibile di esplicarsi in qualunque forma ritenuta opportuna per la realizzazione del fine, salvo il limite della liceità delle condotte investigative.

Ma c'è di più. Sarebbe quanto mai concreto il rischio di incorrere in estremismi interpretativi suscettivi di condurre a conclusioni inaccettabili: poichè non si è osservato il divieto investigativo – potrebbero ritenere i gelosi custodi dell'ideologia inquisitoria – non sono utilizzabili nemmeno le risultanze di attività tipizzate il cui compimento sia stato, però, reso possibile grazie ai dati acquisiti nello svolgimento dell'attività vietata⁴¹.

Al di là del silenzio legislativo, per fortuna nulla autorizza a ritenere che il legislatore abbia inteso formalizzare un numero chiuso di atti d'indagine difensiva⁴² poiché già la formula legislativa si presta ad assimilare una scelta interpretativa restrittiva.

Per vero, può ritenersi che, utilizzando l'espressione "forme", il legislatore abbia voluto richiamare non già le specifiche attività d'indagine, bensì le modalità di svolgimento positivamente delineate per ciascuna delle attività tipizzate. In altre parole, l'investigante che vorrà procedere all'assunzione di informazioni, dovrà farlo nel rigoroso rispetto delle prescrizioni contenute nell'art. 391 bis c.p.p.⁴³. Egualmente, per accedere in luoghi privati dovrà, alternativamente, procurarsi il consenso della persona che ne ha la disponibilità ovvero un'autorizzazione del giudice.

Le attività diverse da quelle tipizzate, invece, essendo estranee alla regolamentazione legislativa, possono essere compiute con modalità di volta in volta ritenute idonee alla realizzazione del risultato acquisitivo atteso, dovendo i soggetti dell'indagine privata astenersi ovviamente dal compimento di operazioni lesive di altrui situazioni giuridiche.

Dunque, le "forme" cui si riferisce la norma sono quelle interne alle attività oggetto di espressa previsione normativa.

D'altra parte, quando il legislatore ha voluto creare categorie giuridiche con connotati di tassatività, ha utilizzato formule ben più significative: si pensi all'art. 272 c.p.p. in materia di misure cautelari (*"Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo"*) o all'art. 568, comma 1 c.p.p. in tema di impugnazioni (*"La legge stabilisce i*

⁴¹Non sono mancati casi in cui la giurisprudenza ha ragionato in questi termini. Cfr., in particolare, Cass. penale, S.U., 25 marzo 1998, D'Abramo.

⁴²Nello stesso senso cfr. C. CONTI, *Due nuove ipotesi di incompatibilità a testimoniare: il difensore che ha svolto investigazioni difensive e l'ausiliario che ha verbalizzato l'intervista*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 40. La stessa opinione è condivisa da P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2003, p. 130; nonché da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 221, per il quale «l'indagine difensiva, al pari di quella dell'accusa, è suscettibile di concretarsi anche in altre attività, per così dire, atipiche, non disciplinate specificamente dal nuovo dettato normativo». Egualmente L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001, p. 53, la quale, pur riconoscendo che il legislatore acceda ad una tipizzazione delle attività esperibili dalla difesa, ammette che «lo spettro delle operazioni nelle quali l'indagine è suscettibile di esplicarsi – analogamente a quanto si registra in ordine alle investigazioni del pubblico ministero e della polizia giudiziaria – sfugge fisiologicamente ad una completa enumerazione analitica».

⁴³Per una prima presa di posizione della Suprema Corte in relazione all'osservanza delle forme del procedimento acquisitivo di dichiarazioni in funzione dell'impiego delle risultanze dell'indagine difensiva finalizzato all'attivazione di un giudizio di revisione cfr. Cass. pen., Sez. I, 5-25 novembre 2003, Miroslava. La sentenza è annotata da R. BRICCHETTI, *Il giudice deve valutare al momento della domanda se le «nuove prove» sono inutilizzabili nel processo*, in *Guida al diritto*, 2003, 49, pp. 69 s.

casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati”).

Senza considerare, poi, che l'interpretazione contraria darebbe vita, già a livello di impostazione generale di una tematica di vitale importanza per il funzionamento del sistema acusatorio, ad una costituzionalmente censurabile disparità di trattamento dell'investigante privato rispetto al pubblico ministero, quest'ultimo legittimato a porre in essere atti d'indagine diversi da quelli tipizzati nel Titolo V del libro V del codice processuale.

Occorre tenere conto, infine, della circostanza che la giurisprudenza già in altre occasioni ha omesso di fornire una nozione “totalizzante” dell'espressione “forme” impiegata in altri contesti ma sempre con funzioni di richiamo di altri istituti⁴⁴.

Sembra, dunque, condivisibile l'opinione di chi ritiene che la disciplina complessiva delle investigazioni difensive non manifesti preclusioni affinché il difensore possa scegliere modalità di esplicazione della propria attività investigativa anche al di fuori dei moduli stabiliti dal Titolo VI bis, Libro V c.p.p. Per tanto, potrà svolgere pedinamenti, appostamenti, individuazioni di persone e cose, confronti, ed altri atti restando fermo, evidentemente, il divieto di impiegare, ancorchè per finalità investigative, strumenti restrittivi dei diritti inviolabili della persona o comunque lesivi di situazioni garantite dalla legge⁴⁵.

3. La tempestività della conoscenza di un'indagine quale presupposto per l'attivazione dei poteri investigativi della difesa. Assenza di momenti informativi della persona sottoposta alle indagini.

E' stato efficacemente evidenziato in dottrina come il decollo della disciplina delle indagini difensive sia inscindibilmente legato al potenziamento delle regole in tema di informazione di garanzia e di comunicazione della pendenza dell'indagine e come, senza l'adeguamento di questi istituti alle nuove esigenze comunicative «la legge sulle indagini difensive sia destinata all'aborto»⁴⁶.

Si è voluta manifestare, con questi rilievi, una valutazione di insufficienza di un sistema che, al di fuori delle ipotesi di attivazione di procedure incidentali, non prevede efficaci strumenti destinati ad assolvere ad una funzione eminentemente conoscitiva, ossia finalizzati sic et simpliciter a comunicare all'interessato l'esistenza di un procedimento penale a suo carico affinché costui, al di fuori di un fatto conoscitivo a valenza imputativa, possa attivare gli strumenti investigativi funzionali

⁴⁴Il riferimento è a Cass. penale, S.U., 6 novembre 1992, Bernini e altri, relativamente all'istituto della proroga delle indagini (art. 406 c.p.p.).

⁴⁵Al contemperamento delle esigenze investigative della difesa con la salvaguardia dei diritti della persona il legislatore provvede mediante sistemi di riconduzione alla mano pubblica delle vicende caratterizzate dalla mancanza del consenso del titolare di situazioni giuridiche che entrino in conflitto con il compimento dell'atto d'indagine. Cfr., per es., gli artt. 391 quater, comma 3; 391 septies; 391 bis, comma 10 c.p.p.

⁴⁶A. GARELLO-S. SCUTO, *Giallo sull'assunzione di informazioni del PM*, in *Guida al diritto*, 2001, 1, p. 66. Con la consueta incisività, G. FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 58, individua nell'informazione il «presupposto naturale per l'esercizio della difesa». Il carattere essenziale di una tempestiva informazione sulla pendenza del procedimento penale è sottolineato, altresì, da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 172.

all'attuazione di una definita strategia difensiva.

Al di là delle considerazioni che si possono svolgere sui caratteri del nuovo istituto della c.d. attività investigativa preventiva (art. 391 nonies c.p.p.)⁴⁷, il quale, comunque, opera al di fuori ed a prescindere dall'esistenza di un procedimento penale⁴⁸, è evidente che la conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale costituisca il "normale" presupposto per l'attivazione dei poteri investigativi difensivi ed è altrettanto chiaro che, quanto più vicino all'apprensione della notizia di reato da parte degli investiganti pubblici si colloca il momento conoscitivo, tanto maggiori saranno le opportunità difensive offerte

⁴⁷Ai sensi del citato articolo: "L'attività investigativa prevista dall'articolo 327 bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale. Il mandato è rilasciato con sottoscrizione autenticata e contiene la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce". Secondo N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 193 s., la fattispecie descritta dall'art. 391 nonies c.p.p. è sufficientemente ampia da comprendere sia l'ipotesi in cui un procedimento penale non risulti pendente, sia il caso in cui il procedimento a carico di una persona sia già stato avviato, ma l'interessato non ne ha avuto ancora conoscenza: «l'investigazione risulta ammissibile in tutti i casi in cui il mandante non sia a conoscenza della pendenza di un procedimento penale nei suoi confronti, o perché – effettivamente – non risulta ancora indagato (non è stata ancora effettuata alcuna iscrizione nel registro delle notizie di reato ovvero il suo nome non è stato iscritto nel registro, trattandosi di procedimento a carico di ignoti ovvero di un'altra persona individuata) o perché – pur essendolo – non abbia ricevuto alcun atto che dia giuridica certezza della conoscenza». Riteniamo di non poter aderire a questa impostazione poiché, oltre a scontrarsi in maniera palese con la lettera della norma – la quale, facendo espreso riferimento all'eventualità dell'inizio di un procedimento penale, esclude dal proprio campo d'applicazione la diversa situazione costituita dall'effettiva pendenza di un procedimento ignorata, però, dall'interessato – trascura di conferire il dovuto rilievo alla norma generale contenuta nell'art. 327 bis c.p.p. la quale, attribuendo un potere d'indagine esplicitabile "in ogni stato e grado del procedimento" intende evidentemente garantire l'effettività dell'investigazione alla luce del parametro obiettivo della pendenza di una indagine pubblica, a prescindere dal rilievo di qualsiasi profilo soggettivo connesso ai fatti di conoscenza della persona sottoposta alle indagini. Occorre altresì sottolineare come l'interpretazione da noi patrocinata si pone in linea con le finalità perseguite dalla legge, poiché la persona che decidesse di avviare un percorso investigativo privato nell'erroneo convincimento di non essere ancora divenuta protagonista di un procedimento penale disporrebbe, per ciò solo, di poteri investigativi pieni, sottraendosi alle limitazioni stabilite dall'art. 391 nonies c.p.p., destinate ad operare soltanto nel caso di oggettiva inesistenza di un procedimento. Merita, comunque, di essere evidenziato l'intento perseguito dall'Autore, ossia sopprimere attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 391 nonies alle carenze della procedura penale in punto di predisposizione di tempestivi strumenti comunicativi della pendenza dell'indagine: «il meccanismo predisposto dagli artt. 335, 369 e 415 bis c.p.p. risulta inadeguato a garantire le esigenze della difesa (...) Ove non ricorra l'esigenza del compimento di atti a sorpresa, alla persona sottoposta alle indagini da parte del pubblico ministero bisognerebbe, infatti, assicurare la contestuale possibilità di ricercare gli elementi di prova a suo favore».

⁴⁸E' chiaro, comunque, che è sempre necessaria, affinché si attivi una siffatta forma di investigazione, quantomeno l'intuizione di un pericolo di attivazione del procedimento penale a proprio carico. Discorso diverso vale, invece, per l'attività d'indagine del difensore della persona offesa finalizzata alla revoca della sentenza di non luogo a procedere (artt. 434 ss. c.p.p.) ovvero tesa a sollecitare una richiesta di autorizzazione alla riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p. In entrambi i casi l'attività d'indagine, comunque legata ad un procedimento penale accantonato *rebus sic stantibus*, si colloca al di fuori di un procedimento penale ed in funzione della riattivazione di esso. Essa va dunque qualificata come attività di investigazione preventiva e correttamente collocata nell'ambito del nuovo art. 391 nonies c.p.p. Si osservi, d'altra parte, che l'art. 2 delle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive" deliberate dall'Unione delle Camere penali italiane il 19 aprile 2001, espressamente prevede che le disposizioni sull'attività investigativa preventiva si intendano applicabili anche per le ipotesi poco sopra considerate, nonché in vista di una richiesta di revisione.

all'indagato⁴⁹.

Volutamente si è parlato, in generale, di opportunità difensive, in quanto l'esigenza di predisporre canali informativi efficaci e tempestivi prescinde dalle opportunità investigative connesse alla riforma attuata con la l. 7 dicembre 2000, n. 397.

L'informazione è funzionale alla piena realizzazione delle finalità di un processo penale ispirato al principio del contraddittorio nella formazione della prova, nonché strettamente correlata all'insediamento di un diritto di difesa costruito su solide basi ideologiche e dotato di un soddisfacente grado di effettività esplicativa. Basta chiedersi, infatti, come potrebbe attivare l'incidente probatorio un soggetto che non ha cognizione del procedimento penale avviato nei suoi confronti. Ovvero, come potrebbe sopperire al venire meno della fonte dichiarativa qualora, al momento della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415 bis c.p.p.), la persona da esaminare sia deceduta⁵⁰.

In questi casi l'ignoranza dell'esistenza del procedimento penale è la principale causa di dispersione di elementi destinati ad incidere, talvolta in maniera determinante, sulla formazione del quadro gnoseologico del giudice e, dunque, sulla capacità del processo penale di perseguire il proprio fine.

Nell'attuale sistema processuale, invero, l'avviso previsto dall'art. 415 bis⁵¹ costituisce l'unico strumento di procedura penale necessario e realmente preposto all'assolvimento di una funzione informativa della persona sottoposta alle indagini. Si tratta, però, di un istituto che opera in una fase molto avanzata dell'esperienza procedimentale dell'indagato, prevedendo la norma che esso sia notificato alla persona sottoposta alle indagini ed al difensore addirittura quando il pubblico ministero ha ritenuto di non avere più nulla da dire, considerando conclusa l'attività di indagine e l'indagato meritevole di essere sottoposto al giudizio⁵².

A ciò si aggiunga l'esiguità del tempo posto a disposizione della persona sottoposta alle indagini per compiere l'attività d'indagine difensiva preordinata ad influire sulle scelte del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione pena-

⁴⁹Su tutti, cfr. A. NAPPI, *Indagini preliminari*, cit., p. 695.

⁵⁰Rileva persuasivamente P.P. RIVELLO, *Persona sottoposta alle indagini*, in *Dig. disc. pen.*, IX, pp. 553 ss., in relazione ai tempi di spedizione dell'informazione di garanzia, che la persona sottoposta alle indagini «in assenza dell'invio dell'informazione di garanzia ignora l'esistenza stessa di un procedimento a suo carico e non può conseguentemente provvedere alla ricerca di elementi di prova a suo favore, che rischiano di andare dispersi nell'arco temporale di svolgimento delle indagini preliminari». Lo stesso Autore mette in evidenza come il problema della carenza informativa si riproponga nell'ipotesi di riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p., all'esito della quale – come è noto – viene riassunta la qualità soggettiva di persona sottoposta alle indagini. Infatti, la procedura delineata dalla norma in questione non prevede forme di contraddittorio con la persona nei cui confronti si dovrebbero riaprire le indagini, né forme surrogatorie di controllo da parte di questa. Peraltro, la nuova fase investigativa potrebbe essa stessa non essere accompagnata da una (tempestiva) informazione di garanzia, con rinnovato pregiudizio per le facoltà investigative del difensore. Gli stessi rilievi sul punto da ultimo considerato sono svolti da R.E. KOSTORIS, *Riapertura delle indagini*, in *Enc.Dir.*, XL, pp. 350 ss.

⁵¹Peraltro, si tratta di un istituto di recente introduzione. Esso, infatti, è stato inserito nel sistema processuale italiano nel 1999 in occasione della novellazione operata con la legge 16 dicembre 1999, n. 479.

⁵²Infatti l'avviso di conclusione delle indagini preliminari deve essere notificato alla persona sottoposta alle indagini ed al suo difensore soltanto qualora il pubblico ministero non intenda formulare richiesta di archiviazione, ossia quando ha già maturato un convincimento nel senso del necessario approfondimento dibattimentale della vicenda sottoposta al suo esame.

le. Come attenta dottrina ha evidenziato, infatti, «c'è da chiedersi come si possa pretendere che un difensore possa essere in grado in soli 20 giorni di procurarsi le copie degli atti e studiarli e articolare un serio contributo nell'interesse del proprio assistito (...) solo un ristretto numero di atti processuali è accessibile alla parte privata durante l'indagine preliminare»⁵³.

Ma una esasperazione dei tempi investigativi della difesa sarebbe inevitabile anche a prescindere dall'affannosa rincorsa dell'indagato verso l'osservanza del termine previsto dall'art. 415 bis, comma 3 c.p.p. Il difensore, infatti, dovrebbe affrettarsi nello svolgimento della sua attività di ricerca per evitare che gli eventuali momenti di contatto con persone informate sui fatti possano essere vanificati dalla preclusione stabilita dall'art. 430 bis del codice processuale. Ossia, deve "tentare" di assumere le informazioni prima che il pubblico ministero abbia presentato la lista testimoniale ai sensi dell'art. 468 c.p.p.⁵⁴.

Al di fuori di questo momento comunicativo ed al di là delle occasionali procedure incidentali che possono innestarsi nell'ambito di un procedimento penale, comunque, l'odierna procedura penale non offre strumenti che, «garantendo al cittadino una conoscenza in ordine all'apertura delle indagini da parte del pubblico ministero»⁵⁵, lo pongano nelle condizioni ideali per attivarsi nella ricerca delle fonti di prova.

La conformazione normativa e la prassi hanno fatto emergere l'assoluta inadeguatezza dell'istituto della "comunicazione dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato", disciplinato dall'art. 335, commi 3 e 3 bis, c.p.p.

A parte le restrizioni connesse alla previsione di specifici casi di esclusione (in relazione ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p.)⁵⁶ ed a prescindere dalla attribuzione al pubblico ministero di un generale potere di segretazione delle iscrizioni⁵⁷, non può non rilevarsi che la comunicazione è disposta solo su richiesta di soggetti dotati di peculiare qualificazione soggettiva⁵⁸. E' chiaro, allora, che la richiesta da parte della persona sottoposta alle indagini presuppone la previa conoscenza del procedimento a carico, o quantomeno un ragionevole sospetto circa

⁵³C. MURRU, *Le indagini difensive nelle indagini preliminari e nell'udienza preliminare*, cit. Parla, molto incisivamente, di «norma condivisibile in astratto, (la cui) utilità si è tuttavia rivelata limitata in concreto» V. PEZZELLA, *L'avviso di conclusione delle indagini in caso di imputazione iussu iudicis*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 7, pp. 54 ss.

⁵⁴Si rammenti che l'art. 430 bis c.p.p. vieta l'assunzione di informazioni da persone indicate nella lista prevista dall'art. 468 c.p.p. La violazione del divieto è sanzionata con l'inutilizzabilità delle dichiarazioni acquisite, evidentemente a prescindere dalla consapevolezza dell'avvenuta presentazione di una lista testimoniale da parte del pubblico ministero. Anche la norma sopra citata è stata introdotta dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479.

⁵⁵A. POGGI-C.D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., pp. 388 ss.

⁵⁶Si tratta di ipotesi di reato – in continua evoluzione – connotate da una presunzione di complessità investigativa e, per questo, accompagnate dalla previsione di termini di durata delle indagini preliminari più lunghi.

⁵⁷Per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile. Il pubblico ministero provvede con decreto motivato in quanto sussistano specifiche esigenze connesse all'attività d'indagine (art. 335, comma 3 bis c.p.p.).

⁵⁸La norma prevede, infatti, che la richiesta di comunicazione possa essere presentata dalla persona sottoposta alle indagini, dalla persona offesa e dai rispettivi difensori.

l'avvio di una indagine soggettivamente orientata⁵⁹.

Altresì inadeguato si rivela l'istituto dell'informazione di garanzia previsto dall'art. 369 c.p.p., la quale deve essere notificata dal pubblico ministero alla persona sottoposta alle indagini ed alla persona offesa "solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere"⁶⁰. Si tratta, all'evidenza, di una comunicazione meramente eventuale e non necessariamente collocata nella fase di avvio dell'indagine preliminare⁶¹ con la conseguenza – che non poteva sfuggire agli osservatori – che «si può (...) verificare l'ipotesi di una assoluta mancanza di tale informativa, qualora non vengano mai compiuti atti garantiti dall'assistenza del difensore, così come può accadere che detta informativa giunga dopo molti mesi dall'inizio delle indagini, qualora il pubblico ministero decida di differire nel tempo il compimento di tali atti»⁶².

Sostenere l'insufficienza dei canali comunicativi della pendenza del procedimento contemplati dal codice di procedura penale per evidenziare le difficoltà che questa lacuna può produrre sul piano della tempestiva attivazione di una efficace

⁵⁹A. POGGI-C.D. CAVALERA, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, cit., p. 389, individuano un insuperabile limite dell'istituto nella circostanza, appunto, che è rimesso alla parte l'onere di attivarsi con una richiesta, agendo più o meno per congetture, se non proprio a tentoni, vale a dire cercando di opinare se e dove (cioè, presso quale procura) possa essere aperta l'indagine. A voler fare il caso limite, si osserva ancora, per avere certezza della risposta la richiesta dovrebbe essere fatta in forma di circolare, presentata a tutti gli uffici del territorio nazionale. Critico sulla nuova disciplina delle modalità conoscitive di una indagine a carico da parte della persona sottoposta alle indagini, in relazione alla previsione – riferita al vecchio art. 38 disp. att. c.p.p. – di una facoltà di intraprendere un'autonoma attività investigativa difensiva è stato, fin da subito, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 22, il quale definisce l'art. 335 c.p.p. «disposizione allarmante e sintomatica, che integra comunque una insanabile contraddizione per un codice che però, contestualmente, vorrebbe affidare al difensore il compito di indaffararsi con le sue investigazioni private e parallele».

⁶⁰Queste parole sono state sostituite dall'art. 19, l. 8 agosto 1995, n. 382 a quelle: "Sin dal compimento del primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere, il pubblico ministero invia". P. P. RIVELLO, *Il dibattito nel processo penale*, cit., p. 46 definisce incongrua e contraddittoria la scelta del legislatore del 1995 di abrogare la facoltà di invio della comunicazione di garanzia prima del compimento di atti garantiti. Ancora più ferma appare la critica di G. GIOSTRA, *Il diritto della persona sottoposta alle indagini di essere informata del procedimento*, in *Gazz. Giur.*, 1996, n. 2, p. 8 per il quale «per scongiurare, anzi soltanto "ritardare", le distorsioni giornalistiche di un numero pur sempre marginale di procedimenti, si comprime indiscriminatamente il diritto di difesa».

⁶¹Il discorso non cambia se si fa riferimento alla c.d. "informazione alla persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa" introdotta dall'art. 19 della l. 6 marzo 2001, n. 60 (il quale ha inserito nel corpo del codice di procedura penale l'art. 369 bis). Essa, infatti, deve essere notificata alla persona sottoposta alle indagini "al compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere e, comunque, prima dell'invito a presentarsi per rendere interrogatorio ai sensi del combinato disposto degli articoli 375, comma 3 e 416". In teoria, dunque, essa potrebbe addirittura seguire l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Inoltre l'avviso *de qua* non reca informazioni in ordine ai fatti contestati ed alla loro qualificazione giuridica, con la conseguenza che, al fine di disporre di una informazione concreta, idonea ad avviare l'indagine difensiva, occorre comunque fare riferimento ad altri strumenti conoscitivi. La prassi, comunque, si sta consolidando nel senso di incorporare in un unico atto gli avvisi di cui agli artt. 369 e 369 bis c.p.p. In ogni caso, per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. M. MANNUCCI, *Alcune considerazioni sul nuovo articolo 369 bis c.p.p.*, (Documento Internet) in *PENALE.IT*.

⁶²P.P. RIVELLO, *Persona sottoposta alle indagini*, cit., pp. 553 ss. A. NAPPI, *Indagini preliminari*, cit., p. 694, ritiene incostituzionale l'attuale disciplina dell'avviso di garanzia, auspicando un ritorno al testo originario dell'art. 369 c.p.p.

attività investigativa difensiva non significa, tuttavia, trascurare la delicatezza del problema ed auspicare un ritorno al vecchio «avviso di procedimento»⁶³.

Soltanto una visione evanescente del processo penale, che trascuri l'esigenza di assicurare le condizioni affinché il processo stesso possa realizzare il proprio scopo, può spingere a sollecitare l'introduzione di un istituto a finalità comunicativa collocato al momento della percezione della notizia di reato da parte del pubblico ministero. Sono dotate di una impareggiabile capacità indicativa delle distorsioni che potrebbero derivare da una simile opzione legislativa le parole utilizzate da uno dei massimi studiosi di procedura penale in sede di commento dell'informazione di garanzia: «Fiorito nel "garantismo inquisitorio" come avviso di procedimento (art. 8, l. 5 dicembre 1969, n. 392), poi comunicazione giudiziaria⁶⁴, tutelava l'inquisito ignaro: i vecchi artt. 304 e 390 lo imponevano "sin dal primo atto d'istruzione" o preistrutturato, compiuto dal pubblico ministero ovvero, su ordine suo, dalla polizia (artt. 231 e 232 codice 1930); e stando alla formula (...) lo presupponevano persino le intercettazioni telefoniche. Insomma, garantismo fino al suicidio istruttorio»⁶⁵.

D'altra parte, la previsione legislativa di una immediata comunicazione dell'avviso del procedimento alla persona interessata non può ritenersi opzione costituzionalmente imposta.

L'art. 111 della Carta fondamentale, nel riconoscere alla persona accusata di un reato il diritto di "essere informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico", specifica che l'informazione deve essere data "nel più breve tempo possibile", utilizzando una formula precisa nell'individuazione dell'obbligo informativo che grava sui pubblici poteri ma relativamente indefinita sul piano della localizzazione temporale del relativo adempimento.

Il legislatore costituzionale ha evidentemente inteso ammettere ragionevoli margini di discrezionalità legislativa in ordine all'individuazione del momento della procedura penale – e, nell'ambito di essa, tenendo conto delle peculiarità dei diversi riti compendiate dal codice processuale – idoneo ad ospitare lo strumento comunicativo, consapevole di stare lavorando ad una disposizione costituzionale che si colloca «nel punto di frizione tra il diritto di difesa dell'accusato e l'esigenza di segretezza delle indagini. Da una parte vi è l'indagato che ha interesse a conoscere quanto prima l'esistenza di procedimenti nei suoi confronti per potere raccogliere elementi a discarico che successivamente potrebbero disperdersi. Dall'altra parte vi è il pubblico ministero che, per svolgere indagini efficaci, deve poter compiere atti a sorpresa (perquisizioni, intercettazioni, ecc.)»⁶⁶.

⁶³Poi ribattezzato «comunicazione giudiziaria», era previsto dall'art. 304 del codice Rocco: "Sin dal primo atto di istruzione, il giudice istruttore è obbligato ad inviare, a coloro che vi possono avere interesse come parti private, una comunicazione giudiziaria con indicazione delle norme di legge violate e della data del fatto addebitato, con invito ad esercitare la facoltà di nominare un difensore". Relativamente all'istruzione sommaria, disponeva l'art. 390: "Per l'avviso di procedimento e la nomina del difensore dell'imputato nei procedimenti con istruzione sommaria, si osservano le disposizioni stabilite per l'istruzione formale, sin dagli atti di istruzione preliminare a norma degli articoli 231 e 232".

⁶⁴Ribattezzato come tale nella novella dell'art. 304 c.p.p. 1930, l'istituto ha conservato la vecchia denominazione nell'art. 390.

⁶⁵F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 811.

⁶⁶P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 11.

Queste considerazioni portano la dottrina più attenta a ritenere costituzionalmente consentita una opzione legislativa che non collochi l'informativa a ridosso del momento acquisitivo della notizia di reato, facendo leva sull'impiego di una espressione che «non significa "immediatamente", bensì «non appena l'avviso all'indagato è compatibile con l'esigenza di genuinità e di efficacia delle indagini»⁶⁷.

E' dotata di autonomo rilievo, poi, la circostanza che il legislatore costituzionale abbia optato per una formula normativa caratterizzata da una maggiore flessibilità interpretativa rispetto alla terminologia utilizzata nel Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, l'art. 15 del quale riconosce ad ogni individuo accusato di un reato il diritto "*ad essere informato "sollecitamente" (...) della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta*".

Letto con rigore letterale e logico, per vero, l'avverbio "sollecitamente" sembra poco disposto ad assimilare significati espressivi dell'attribuzione di un qualsiasi rilievo alle esigenze di tutela dell'investigazione preliminare del pubblico ministero, realizzandosi nella formula di sintesi un bilanciamento tra valori nell'ambito del quale il diritto di difesa, di cui l'obbligo informativo costituisce l'irremovibile premessa, risulta assolutamente privilegiato.

Sarà, dunque, compito del legislatore ordinario attuare la riserva di legge prevista dall'art. 111, comma 3 Cost. in maniera da soddisfare il pressante invito all'equilibrio delle soluzioni che la formula costituzionale reca, ciò implicando la consapevolezza che "nel più breve tempo possibile" non significa né troppo presto – si rischierebbe il suicidio istruttorio – né troppo tardi – si rischierebbe il suicidio difensivo⁶⁸.

Una considerazione finale ci sia consentita. Qualunque sia la soluzione prescelta in ordine alla collocazione temporale dell'avvertimento di cui all'art. 111 Cost., la fisiologica impossibilità di coniare un sistema comunicativo che operi a ridosso dell'acquisizione della notizia di reato fa comprendere come, nonostante la riforma attuata con la legge n. 397/2000, conservi ancora oggi carattere centrale, in funzio-

⁶⁷P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 11. La Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi incidentalmente della questione in due recentissime ordinanze (ord. 13-15 gennaio 2003, n. 8 e ord. 16 gennaio-4 febbraio 2003, n. 32), precisando che il diritto dell'imputato, costituzionalmente garantito, ad essere informato nel più breve tempo possibile dei motivi dell'accusa a suo carico «possa essere variamente modulato in relazione alla peculiare struttura dei singoli riti alternativi». Trova quindi autorevole conferma l'interpretazione flessibile del dato costituzionale, alimentandosi così la tesi che riconosce al legislatore ordinario un ambito rimesso a valutazioni ragionevolmente discrezionali.

⁶⁸La delicatezza degli interessi in gioco spiega la difficoltà di pervenire a soluzioni soddisfacenti su un tema nel quale si misura l'equilibrio del sistema processuale penale. Invero, la Commissione prevista dagli artt. 7 e 8 della legge 16 febbraio 1987, n. 81 aveva programmato di correggere la disciplina dei tempi dell'invio dell'informazione di garanzia, disponendo che la comunicazione dovesse avvenire entro sessanta giorni dall'iscrizione nel registro delle notizie di reato. Verso una soluzione ancora più estrema si dirige, invece, il d.d.l. C 2217/02 (c.d. progetto Pittelli). In particolare, l'art. 23 della proposta presentata alla Camera dei Deputati prevede che la comunicazione dell'informazione di garanzia alla persona sottoposta alle indagini avvenga "*nel momento in cui viene iscritto nel registro di cui al comma 1 dell'articolo 335 il nome della persona alla quale è attribuito*". La salvaguardia di peculiari esigenze di segretezza delle indagini del pubblico ministero avviene attraverso la previsione di un meccanismo sospensivo della comunicazione dell'avviso per un periodo di tre mesi prorogabile una sola volta. La sospensione è disposta dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero.

de della tutela – che abbiamo definito riflessa – della posizione della persona sottoposta alle indagini nella fase d'indagine antecedente all'attivazione del canale conoscitivo, una corretta modalità di esercizio della funzione investigativa da parte del pubblico ministero, ossia un modus operandi saldamente ancorato al principio di pluridirezionalità investigativa anche se, come puntualmente sottolineato dalla dottrina «suscita comunque sconcerto il fatto che nella fase delle indagini preliminari solo lo scrupolo del P.M. possa evitare di pregiudicare, in maniera talvolta irreversibile, la posizione dell'indagato»⁶⁹.

4. *L'orizzonte temporale dell'attività di ricerca ed acquisizione di elementi a carattere dichiarativo. Attività suppletiva (art. 419, comma 2 c.p.p.) ed integrativa d'indagine (art. 430 c.p.p.). Il divieto di assumere informazioni (art. 430 bis c.p.p.)*

L'attività investigativa del difensore e, nell'ambito di essa, l'attività di ricerca di elementi di prova a carattere dichiarativo, non soggiace a limitazioni di carattere cronologico⁷⁰.

Sia pure con formula poco persuasiva, l'art. 327 bis, comma 2 c.p.p. stabilisce che la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito "è" (non "può essere"!) attribuita "in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione".

La mancata previsione di precisi riferimenti temporali potrebbe portare i critici della riforma – e non sono pochi – ad individuare un profilo di incostituzionalità per violazione del principio di parità delle parti, questa volta però in pregiudizio della posizione della parte pubblica.

Si tratterebbe, all'evidenza, di una censura manifestamente infondata e per convincersene è sufficiente rilevare come l'indagine privata sia estranea a qualsiasi profilo di partecipazione ai valori ed interessi coinvolti nell'investigazione pubblica.

Per vero, il fondamento della previsione codicistica di termini entro i quali il pubblico ministero deve assumere le proprie determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale è stato, da sempre, individuato nell'esigenza di realizzare un soddisfacente equilibrio tra il valore costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale ed il diritto della persona sottoposta alle indagini ad una verifica in termini ragionevoli della fondatezza della notizia di reato a lui attribuita⁷¹.

Volendo approfondire la questione, a conclusioni leggermente diverse si pervie-

⁶⁹Il rilievo è di P.P. RIVELLO, *Persona sottoposta alle indagini*, cit., p. 555.

⁷⁰Nello stesso senso cfr., fra i tanti, G. PIZIALI, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., pp. 217 ss.

⁷¹Paradossalmente, la giurisdizione di merito ha più volte denunciato, nelle ordinanze con le quali sono stati, fin dai primi anni di vigenza del codice di procedura penale, sollecitati interventi sanzionatori della Corte costituzionale il contrasto tra la previsione di termini di durata delle indagini preliminari e il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Si vedano, per esempio, le ordinanze del GIP presso la Pretura di Vercelli del 4 luglio 1991, del GIP presso la Pretura di Genova del 4 febbraio 1992, del GIP presso il Tribunale di Milano del 4 dicembre 1992, del GIP presso il Tribunale di Roma dell'8 ottobre 1993. La funzione di salvaguardia della persona rispetto allo *status* di indagato, oltre ad essere sottolineata unanimemente dalla dottrina, è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale la quale, fin dalla sentenza n. 174 del 1992, ebbe modo di affermare che la disciplina sui termini delle indagini preliminari «risponde alla duplice esigenza di imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è sottoposto».

ne se si riflette sulla caratteristica essenziale dell'azione penale nel sistema processuale vigente. Essa assume carattere di concretezza poiché non si sostanzia in una generica richiesta di intervento della giurisdizione in funzione della verifica di una ipotesi di reato semplicemente acquisita.

L'esercizio dell'azione realizza una vera e propria richiesta di condanna del soggetto tratto a giudizio, una domanda di punizione sorretta da una valutazione di fondatezza della notizia pervenuta al requirente che scaturisce dal reperimento, durante la fase investigativa, di elementi conoscitivi ritenuti – nella proiezione dibattimentale del loro valore, della loro efficacia, della loro evoluzione o involuzione – idonei a condurre ad una decisione adesiva alla tesi ricostruttiva dell'accusa⁷².

L'azione penale, ancorchè concreta, è comunque una richiesta che il pubblico ministero, in virtù di una scelta costituzionale che attinge a piene mani dal principio di eguaglianza, è obbligato a rivolgere alla giurisdizione e la fissazione di un termine entro il quale l'operare investigativo deve sciogliere il nodo sintetizzato nel parametro ontologico previsto dall'articolo 326 c.p.p., unitamente alla previsione di un contesto di procedura a sfondo deflativo destinato ad ospitare una verifica della bontà della determinazione accusatoria del requirente, sono fattori al servizio e non in antitesi rispetto alla garanzia di effettività del canone costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Si giunge ad invocare, così, una revisione del rapporto tra i valori che, si è detto poco sopra, vengono equilibrati nell'ambito della imposizione di limiti temporali al potere investigativo, nel senso che tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e il valore della necessaria ragionevole delimitazione temporale dello stato soggettivo di persona sottoposta alle indagini⁷³ non intercorre una relazione antinamica che la previsione di termini di durata delle indagini preliminari mira a com-

⁷²Sul carattere "concreto" dell'azione penale esercitata ai sensi degli articoli 405 ss. c.p.p. si riportano le chiare parole di D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., p. 21: «Il passaggio dal vecchio al nuovo sistema è siglato dalla trasformazione dei connotati dell'azione. Che non è più un'azione in senso astratto, che si appaga del fatto di instaurare un rapporto con il giudice (a prescindere dal tenore della richiesta), ma è un'azione in senso concreto, dai contenuti specifici, e con una pretesa ben orientata in direzione dell'accusa». Per maggiori approfondimenti sul tema si rinvia a C.V. REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 96 ss. Occorre comunque evidenziare come la tradizionale impostazione delle problematiche inerenti ai caratteri dell'azione penale deve fare i conti con le innovazioni che sono state introdotte dal D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 recante "Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468". Rileva, sotto il profilo che ci occupa, l'articolo 25 dell'articolato ove, ritenendo che la formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero costituisca atto di esercizio dell'azione penale, il parametro valutativo legalmente previsto ("non manifesta infondatezza") allontana l'azione penale da un carattere di concretezza sufficientemente pregnante, tendendo verso la configurazione dell'azione da richiesta di punizione a domanda di giurisdizione. L'adeguato approfondimento della disciplina complessiva dell'istituto del ricorso immediato al giudice di pace (articoli 21 ss. del d.lgs. 274/2000) non manca di propiziare l'emersione di casi di processo penale senza azione o, a tutto concedere, di disgiunzione del binomio – fino ad oggi considerato inscindibile in virtù della scelta attuativa dell'articolo 112 della Costituzione realizzata attraverso la previsione dell'articolo 231 disp. att. c.p.p. – azione penale-pubblico ministero. Sulla tematica in oggetto v., da ultimo, E. SQUARCIA, *Giudice di pace e ricorso immediato dell'offeso: un'eccezione al principio ne procedat iudex ex officio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, II, pp. 614 ss.

⁷³Valore ribadito, da ultimo in forma di *obiter dicta*, dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 10-18 luglio

porre secondo un modello di ragionamento in virtù del quale si arreca un *vulnus* al primo per assicurare un *quid* di tutela al secondo⁷⁴.

Al contrario, l'imposizione di limiti di ordine temporale al lavoro dell'investigante concorre alla realizzazione piena e completa di entrambi i valori nessuno dei quali, in presenza di una scelta legislativa di segno opposto, troverebbe maggiore tutela⁷⁵.

Ma si tratta evidentemente di valori che sono di pertinenza esclusiva dell'investigazione pubblica e che nell'ambito di essa – soltanto di essa – esigono tutela.

Allo stesso modo, è soltanto l'investigazione pubblica a rendere attuale e concreto l'interesse della persona sottoposta alle indagini alla rapida definizione della propria esperienza processuale, componendo il momento sostanziale di una pretesa che merita adeguata tutela in ragione della immediata inerenza di esso alla sfera dei diritti della personalità.

Infatti, il soggetto destinatario di un'accusa vede la propria sfera giuridica vulnerata da atti dell'autorità statale che, sebbene diretti alla repressione di condotte penalmente rilevanti e solo in ragione di ciò consentiti dal diritto, realizzano comunque uno stato relazionale tra cittadino e autorità che, pur non arrivando ad alterare sempre e comunque la percezione che il soggetto ha del proprio patrimonio di valori, incrina sempre e comunque la percezione che di quel patrimonio ha

2002, n. 368 ove, con una non troppo celata rivisitazione in senso restrittivo dell'orientamento espresso nella nota sentenza n. 77 del 1994, il giudice delle leggi ha ristretto gli spazi di ricorribilità all'incidente probatorio nella fase investigativa successiva al decorso del termine di durata delle indagini preliminari. Ciò al fine di evitare «una irragionevole dilatazione della durata delle indagini e, quindi, dei tempi del procedimento».

⁷⁴La visione della previsione di termini di durata delle indagini preliminari come "attentato" al principio di obbligatorietà si rinviene nelle ordinanze di rimessione precedentemente citate. Invero, se nell'ordinanza del GIP presso la Pretura di Genova si censura la fissazione di limiti temporali al lavoro investigativo per «l'effetto paralizzante dell'esercizio dell'azione penale che consegue all'interruzione dell'attività d'indagine», nell'ordinanza del GIP presso il Tribunale di Milano si denuncia che la disciplina codicistica «costringe il pubblico ministero a formulare una richiesta di archiviazione motivata non dalla infondatezza della notizia di reato né dalla superfluità del processo, ma esclusivamente dalla non completezza delle indagini per la scadenza dei termini massimi». Il GIP presso il Tribunale di Roma, in modo ancora più esplicito, sembra quasi compatire la pubblica accusa costretta «ad operare in direzione contraria al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale». In dottrina, come è noto, critica la previsione di un termine di durata delle indagini preliminari F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 739, qualificandola – in modo tranciante – come istituto di cui «bisognava disfarsene». Più di recente, la scelta normativa è stata definita dallo stesso Autore «un assurdo, in logica accusatoria» (F. CORDERO, *Precedenti costituzionali e rogatorie ovvero: l'arte della mammaia*, in *Dir. e giust.*, 2001, 43, pp. 8 ss.).

⁷⁵Come si vede, si va ben oltre il rilievo, esplicitato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 48 del 1993 e ribadito nelle successive ordinanze nn. 485 del 1993 e 239 del 1994, per cui «non vi è alcuna contraddizione logica tra la previsione di un termine entro il quale deve essere portata a compimento l'attività di indagine e il precetto sancito dall'art. 112 della Costituzione». Infatti si sostiene la tesi, ben più pregnante, della funzionalità della previsione del termine di durata delle indagini rispetto alla piena attuazione del principio di obbligatorietà. La sussistenza di un rapporto di necessaria funzionalità, per come sostenuto nel presente lavoro, è adombrata dal GIP presso il Tribunale di Lanusei in una ordinanza di rimessione data il 10 ottobre 1995. Questi, nel ritenere la disciplina di cui all'articolo 335 c.p.p. incompatibile con l'articolo 112 della Costituzione, ebbe modo di rilevare come «l'obbligatorietà dell'azione penale comporta che l'azione è attribuita al pubblico ministero senza margine di discrezionalità, esigendo tale principio certezza sui presupposti che ne condizionano l'esercizio e sui tempi entro i quali l'esercizio deve avere luogo». Come si vede, il giudice *a quo* ritiene la previsione di tempi certi elemento necessariamente intrinseco al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

la comunità sociale di appartenenza. Nei casi peggiori, anche in mancanza di esposizione alla pubblica cognizione della vicenda giudiziale, la mera consapevolezza dello stato di persona sottoposta alle indagini può sfociare addirittura in malessere psico-fisico⁷⁶.

Esiste dunque una connessione diretta tra intervento statale in funzione repressiva dei fatti di reato e pregiudizio di situazioni giuridicamente protette in quanto attributi della personalità dell'uomo.

Onore, reputazione, integrità psico-fisica sono tutti beni che entrano in conflitto con il lavoro investigativo proteso alla ricerca e verifica di notizie di reato, materializzando il naturale contrasto che si produce tra la realizzazione della personalità dell'uomo, che la Costituzione assume a fine ultimo dell'ordinamento, e l'indagine penale, la quale aggredisce necessariamente attributi della personalità in modo tale da produrre o alterare il rapporto con l'autorità statale o con il pubblico, a seconda che il privato sottoposto ad indagini avesse voluto evitare siffatto rapporto ovvero, pur volendolo, avrebbe preferito che si sviluppasse con forme e contenuto diversi.

Pertanto, quando l'evenienza dell'avvio di un procedimento penale si palesa come inevitabile, la tutela della persona umana e le garanzie di libertà che siffatta tutela postula impongono che il naturale condizionamento esistenziale derivante dall'azione accertativa dello Stato sia quanto più possibile limitato sotto il profilo temporale.

Come si vede, anche rispetto ai diritti fondamentali della persona l'esigenza di garanzia insita nella delimitazione temporale dell'attività investigativa sorge in relazione all'azione di accertamento intrapresa dai pubblici poteri, con esclusione di qualsiasi profilo di rilevanza rispetto all'attività d'indagine privata.

Esclusa, dunque, qualsiasi comparazione tra i due modelli sotto il profilo delle esigenze di contenimento temporale dell'azione investigativa ed alla luce dei valori costituzionali di rispettiva pertinenza, deve evidenziarsi come, in mancanza di una disciplina organica del profilo temporale dell'indagine difensiva, non è possibile nemmeno richiamare genericamente la regolamentazione codicistica dei termini di durata delle indagini preliminari per ritenerla applicabile all'attività d'indagine privata.

Una operazione ermeneutica di questo genere implicherebbe, quantomeno, il coinvolgimento dei protagonisti dell'investigazione privata nella gestione dei tempi del procedimento. Al contrario, i soggetti del procedimento diversi dal pubblico ministero non dispongono di alcun potere d'influenza sui tempi dell'indagine pubblica, addirittura potendo venire a conoscenza di essa soltanto nell'imminenza della sua conclusione ovvero, come accade per le parti private diverse dall'indagato, in tempi successivi. D'altra parte, è sintomatico che la legge sulle investigazioni difensive abbia lasciato inalterata la disciplina della proroga dei termini di durata delle indagini preliminari, precludendo al difensore qualsiasi potere di interven-

⁷⁶Come ritengono D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., p. 30, per i quali il permanere dello stato di persona sottoposta alle indagini implica «conseguenze giuridiche ed extragiuridiche negative per il soggetto». Alle conseguenze extragiuridiche può ben ricondursi lo stato di malessere psico-fisico.

to relativamente ad un aspetto del procedimento che continua ad essere rimesso alla gestione esclusiva del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari.

A dispetto della formula utilizzata, occorre precisare che l'avvio di un procedimento penale non costituisce il presupposto per l'attivazione di una indagine difensiva perché, come è noto, l'art. 391 nonies c.p.p. consente lo svolgimento dell'attività investigativa prevista dall'art. 327 bis "*per l'eventualità che si instauri un procedimento penale*", salva la preclusione al compimento di atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria⁷⁷.

La mancata previsione di limiti temporali diretti – la quale costituisce un ulteriore, fondamentale elemento di differenziazione rispetto all'attività investigativa "preliminare" del pubblico ministero, notoriamente vincolata a scansioni temporali normativamente ben definite⁷⁸ – non priva di operatività, anche rispetto alle risultanze dell'azione investigativa difensiva, le norme che disciplinano il profilo temporale dei percorsi acquisitivi afferenti ai diversi momenti di intervento del giudice nella fase preliminare e tese ad assicurare, mediante la tempestiva *discovery*, il diritto delle parti al contraddittorio.

In altre parole, e ferma restando la facoltà del difensore di presentare la documentazione relativa alle indagini espletate al di fuori ed a prescindere da momenti decisionali stabiliti e previamente conosciuti (art. 391 octies, comma 2 c.p.p.), l'attività d'indagine difensiva può esplicarsi in ogni stato e grado del procedimento, ma la relativa documentazione non potrà essere utilizzata se prodotta in condizioni tali – evidentemente difformi dalle specifiche previsioni normative afferenti a

⁷⁷Sull'attività investigativa preventiva, ed in particolare nel senso di una notevole restrizione degli spazi operativi che la connotano, cfr. A. A. ARRU, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 314 ss. L'Autore ritiene che l'attività d'indagine difensiva preventiva soggiaccia ad una disciplina distinta da quella dettata per l'investigazione "endoprocedimentale" sulla base della considerazione che, qualora il legislatore «avesse voluto che la disciplina dell'attività investigativa difensiva endoprocedimentale si applicasse anche a quella preventiva, avrebbe inserito direttamente il momento precedente l'instaurazione di un procedimento fra quelli, previsti dall'art. 327 bis comma 2 c.p.p., nei quali è possibile esercitare la facoltà di svolgere investigazioni al fine di ricercare ed individuare gli elementi di prova a favore del proprio assistito». Pertanto la disciplina dell'attività investigativa preventiva, sostiene l'Autore, deve «essere ricostruita tenendo conto delle sue notevoli peculiarità». La tesi, indubbiamente fondata se riguardata sotto il profilo della corrispondenza alla lettera della legge, presta il fianco all'osservazione che, così opinando, si deritualizza la fase investigativa preventiva, pregiudicando l'affidabilità delle relative risultanze. Si rinvia, per ulteriori approfondimenti sull'istituto, a G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 324 ss.; nonché a N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 191 ss.

⁷⁸Anche se il disegno legislativo di restringere temporalmente lo spazio investigativo preliminare del pubblico ministero rischia di essere posto nel nulla dall'orientamento giurisprudenziale – assolutamente prevalente – che non prevede conseguenze sanzionatorie di ordine processuale per il caso di inosservanza dell'obbligo di procedere immediatamente alla iscrizione nel registro delle notizie di reato ex art. 335 c.p.p. (da ultimo Cass. pen. Sez. VI, 17 febbraio-8 maggio 2003, n. 20510, affida ancora una volta ad improbabili sanzioni penali e disciplinari a carico del pubblico ministero il rimedio alla sistematica inosservanza della disposizione). Sul punto, tuttavia, è all'esame del Parlamento un intervento correttivo. Ci si riferisce, in particolare, alla proposta di modifica dell'art. 405, comma 2 c.p.p. contenuta nel progetto di legge n. 1225 presentato alla Camera dei Deputati dall'On. Anedda e per la quale il termine di durata massima delle indagini preliminari dovrebbe decorrere dal momento acquisitivo della notizia di reato da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria (art. 12). Questa soluzione è stata però accantonata dal più volte citato d.d.l. Pittelli, nel quale il progetto Anedda è confluito.

singoli contesti utilizzativi – da pregiudicare, mediante l'impossibile attivazione di una effettiva *discovery*, il diritto al contraddittorio delle altre parti interessate al provvedimento giudiziale sul cui contenuto si pretende di influire⁷⁹.

Pertanto, esemplificando, il difensore che intenda avvalersi della documentazione di atti d'indagine in un contesto di procedura disciplinata dall'art. 127 c.p.p. avrà l'onere di depositarla "fino a cinque giorni prima dell'udienza". Qualora l'atto sia destinato all'utilizzazione in udienza preliminare, dovrà essere "spedito" entro il termine stabilito dall'art. 421, comma 3 c.p.p., ossia "prima dell'inizio della discussione"⁸⁰.

Dunque, mentre per il pubblico ministero il deposito della documentazione relativa alle indagini espletate – in vista dell'udienza preliminare – può avvenire in due soluzioni, ossia unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio per quanto riguarda gli atti contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari⁸¹ e prima dell'inizio della discussione per gli atti relativi alle indagini suppletive⁸², è da ritenere che il difensore potrà depositare la documentazione relativa alle proprie indagini direttamente all'udienza preliminare, prima dell'inizio della discussione⁸³, a prescindere dalla circostanza che esse siano state espletate prima o dopo il deposito della richiesta

⁷⁹Nel senso di una integrazione della disciplina delle indagini difensive con la disciplina di specifici istituti processuali anche sotto il profilo della sussistenza dei presupposti di operatività degli stessi, si è espresso il Tribunale di Pisa, Ufficio del Giudice delle indagini preliminari, ordinanza 8 febbraio 2001.

⁸⁰Come è noto, la disposizione in esame prevede: "Il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni utilizzando gli atti contenuti nel fascicolo trasmesso a norma dell'articolo 416 comma 2 nonché gli atti e i documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione".

⁸¹Ai sensi dell'art. 416, comma 2 c.p.p. il pubblico ministero, contestualmente al deposito della richiesta di rinvio a giudizio presso la cancelleria del giudice per l'udienza preliminare, deve trasmettere il fascicolo dell'indagine preliminare contenente "la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari". In proposito, la Suprema Corte ha da tempo precisato che l'inottemperanza, da parte del pubblico ministero, dell'obbligo di trasmettere, unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio «tutti gli atti noti al suo ufficio relativi alle indagini espletate per quel reato, attinenti all'imputato ed ai capi d'imputazione per i quali il giudizio è richiesto, pur se acquisiti quando ancora si procedeva contro ignoti e anche quando il procedimento si era concluso, prima dell'identificazione dei responsabili, per essere rimasti ignoti gli autori del fatto» è sanzionata con la inutilizzabilità successiva degli atti non trasmessi (Cass. pen., Sez. I, 10 novembre-23 dicembre 1999, Bracchi). Addirittura nella decisione citata la Corte aveva ammesso la possibilità che l'omissione del pubblico ministero determinasse la nullità del decreto che dispone il giudizio, per violazione dell'art. 178, lett. c) del c.p.p. «ogni qual volta risulti che l'attività difensiva sia stata in concreto compromessa dalla mancata conoscenza di elementi d'indagine, conseguente alla mancata trasmissione di parte degli atti dal pubblico ministero al giudice con la richiesta di rinvio a giudizio». Tuttavia Cass. pen., Sez. I, 21 settembre-1 dicembre 1999, Giada ed altri, pur precisando che l'inutilizzabilità attiene tanto alla fase dell'udienza preliminare, tanto alla fase del giudizio, ha escluso che possa derivarne la nullità del decreto di rinvio a giudizio per violazione dell'art. 178, lett. c) c.p.p. «non vertendosi in tema di inosservanza di norme concernenti l'intervento, l'assistenza o la rappresentanza dell'imputato». Anche su questo punto si propone di intervenire il d.d.l. "Pitelli" sanzionando con la nullità l'omessa trasmissione di tutti gli atti d'indagine preliminare (art. 39).

⁸²Ossia le «indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio».

⁸³Chiaramente rimane salva la facoltà della persona sottoposta alle indagini di depositare la documentazione relativa ad investigazioni del difensore direttamente presso la segreteria del pubblico ministero ai sensi dell'art. 415 bis c.p.p. In questo caso sarebbe evidente il tentativo di dissuadere il pubblico ministero dall'esercitare l'azione penale, presentando elementi tali da condurlo ad optare per una richiesta di archiviazione. Comunque, poiché la relativa documentazione confluirebbe nel fascicolo depositato ai sensi dell'art. 416, comma 2 c.p.p., il difensore sarebbe esonerato dall'effettuare un nuovo deposito presso la cancelleria del giudice.

del pubblico ministero.

Infatti, con la modifica dell'art. 419, comma 3 c.p.p., si è espressamente ammessa la facoltà del difensore di svolgere investigazioni anche in un momento successivo rispetto al deposito dell'atto imputativo⁸⁴, in nome di una "continuità investigativa" che, assicurata originariamente al pubblico ministero per garantire l'effettività dell'obbligatorietà dell'azione penale, è ora connotazione fondamentale dell'attività di indagine difensiva.

Anche in questa fase il difensore, al pari del pubblico ministero, può svolgere indagini senza incorrere in limitazioni di carattere oggettivo, curandosi tuttavia di predisporre la documentazione necessaria in tempo utile per l'utilizzazione all'udienza preliminare, qualora, chiaramente, sia questa la sede prescelta per spendere le risultanze delle proprie investigazioni.

Come è noto era stato posto, in passato, il problema della mancanza di un termine entro il quale il pubblico ministero avrebbe dovuto trasmettere la documentazione relativa alle indagini suppletive eventualmente espletate. Per salvaguardare in modo pieno il diritto di difesa dell'imputato a fronte del possibile pregiudizio scaturente dalla difficoltà di conoscere ed esaminare gli ulteriori elementi raccolti dal pubblico ministero dopo l'esercizio dell'azione penale, si era pensato di circoscriverne temporalmente l'esercizio delle facoltà investigative, individuando il relativo limite nella ricezione dell'avviso di cui all'art. 419, comma 2 c.p.p. ed onerando il pubblico ministero di depositare la relativa documentazione immediatamente dopo la ricezione dell'avviso stesso.

L'interpretazione restrittiva venne sottoposta all'esame della Corte costituzionale ma da questa disattesa. Invero, nella sentenza n. 16 del 1994 il Giudice delle leggi ha riconosciuto la facoltà del pubblico ministero di indagare senza limiti di ordine temporale, contestualmente specificando, secondo una logica prettamente sostanzialistica, che «ove le indagini suppletive del pubblico ministero sopravvengano in tempi tali da non consentire un'adeguata difesa, spetti al giudice di regolare le modalità di svolgimento dell'udienza preliminare anche attraverso differimenti congrui alle singole, concrete fattispecie, sì da contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio»⁸⁵.

Si era altresì posto, in dottrina, il problema della sussistenza di limitazioni di ordine oggettivo all'attività investigativa suppletiva. In particolare si era ritenuto che le indagini suppletive partecipassero della limitazione che connota le indagini

⁸⁴Indagini che soltanto impropriamente possono definirsi "suppletive" poiché, si ripete, l'investigazione difensiva può essere preventiva ma non è mai preliminare. A voler ragionare diversamente, ossia a voler ritenere l'attività investigativa difensiva espletata prima dell'esercizio dell'azione penale tesa ad influire sulle determinazioni del pubblico ministero, non potrebbe individuarsi, per le relative risultanze, destinazione diversa dalla trasmissione all'inquirente ai sensi dell'art. 415 bis c.p.p. Dunque, la modifica dell'art. 419, comma 3 c.p.p., se considerata al di fuori delle esigenze di coordinamento, si dimostra obiettivamente superflua poiché l'effetto legittimante proprio della norma è già compreso nella disposizione fondamentale contenuta nell'art. 327 bis c.p.p.

⁸⁵Giova rilevare come l'opzione ermeneutica sopra illustrata è stata recepita nel più volte citato d.d.l. "Pittelli". L'art. 40 della proposta prevede, infatti, l'inserimento di un comma 3 bis nell'ambito dell'art. 419 c.p.p. per effetto del quale gli atti compiuti ed i documenti acquisiti dopo la comunicazione dell'avviso non possono utilizzarsi nell'udienza preliminare.

integrative⁸⁶, consistente nel divieto di compiere atti d'indagine che richiedono la partecipazione dell'imputato o del suo difensore⁸⁷.

Questo perché – si sosteneva – l'investigazione suppletiva si svolgeva in un momento in cui la difesa aveva per la prima volta modo di conoscere compiutamente gli elementi raccolti dalla pubblica accusa e, pertanto, era impegnata in una delicata ed impegnativa attività di studio del materiale depositato dal pubblico ministero e nella raccolta di elementi a discarico in funzione preparatoria dell'udienza preliminare⁸⁸. Un complesso di operazioni conoscitive e valutative esigenti particolare attenzione da parte del difensore il quale, dunque, andava preservato da possibili distrazioni legate alla partecipazione ad ulteriori atti d'indagine del pubblico ministero.

La tesi, la quale indubbiamente si faceva carico di una esigenza di effettiva tutela della posizione della persona sottoposta alle indagini, appare oggi depotenziata nel suo fondamento teleologico dalle ampie possibilità conoscitive garantite dall'art. 415 bis c.p.p., tra le quali è inclusa la facoltà di prendere visione ed estrarre copia della documentazione relativa alle indagini espletate⁸⁹.

La limitazione di ordine oggettivo permane, invece, nella nuova formulazione dell'art. 430 c.p.p., nell'ambito della quale si è attribuita al difensore legittimazione ad espletare attività investigativa anche successivamente alla emissione del decreto che dispone il giudizio⁹⁰.

L'intervento correttivo del legislatore, poco meditato, non fa emergere come una limitazione oggettiva del tipo di quella configurata dall'articolo in questione non può indiscriminatamente ricondursi all'attività investigativa svolta dal difensore di qualsiasi parte.

Per vero, se essa appare riferibile alla persona offesa (eventualmente costituita parte civile) ed alle altre parti processuali eventuali – le quali, nel compimento di attività d'indagine integrativa, dovranno astenersi dal compimento di quegli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questi – non si riesce, invece, ad individuare ambiti applicativi del limite in questione in relazione all'indagine integrativa su fonti dichiarative esplicita dal difensore dell'imputato.

Infatti la partecipazione dell'imputato all'assunzione di informazioni è esclusa a priori dall'art. 391 bis, comma 8 c.p.p.⁹¹ mentre l'atto di acquisizione informale di elementi dichiarativi (c.d. "colloquio") solo apparentemente non sembra interessato dal divieto de qua, in quanto a conclusioni diverse conduce una più attenta

⁸⁶Definendosi tali le indagini compiute successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio (art. 430 c.p.p.).

⁸⁷La tesi era stata patrocinata da D. GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 48.

⁸⁸Individua nella provocazione della c.d. discovery una delle funzioni dell'udienza preliminare, in relazione però alla disciplina anteriore alla riforma del 1999, A. NAPPI, *Udienza preliminare*, in *Enc. Dir.*, XLV, pp. 518 ss.

⁸⁹Come rileva, altresì, G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., p. 416.

⁹⁰Per vero, anche in mancanza di interventi modificativi sulla norma in esame non poteva dubitarsi che il difensore disponesse di un potenziale investigativo anche in questa fase. Tuttavia, la previsione espressa di un potere di indagine "integrativo" riveste l'importante significato di assimilare alle investigazioni della difesa il limite oggettivo stabilito dall'art. 430 c.p.p.

⁹¹Ai sensi del quale: "All'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private".

analisi della disposizione.

Non può trascurarsi, invero, di considerare che il divieto stabilito dall'art. 391 bis, comma 8 c.p.p. è stato imposto al fine di assicurare la genuinità degli elementi dichiarativi acquisiti dalla persona informata, rispetto alla quale la presenza dell'imputato (o, a seconda dei casi, della persona sottoposta alle indagini) costituirebbe indiscutibilmente un fattore di turbamento psicologico suscettibile di influenzare la libertà di determinazione o, quantomeno, la serenità del dichiarante.

Se questa è la ratio della norma⁹², appare coerente l'applicazione analogica di essa al colloquio informale, sia per la elevata probabilità che le dichiarazioni rese in quella sede vengano poi ribadite nel successivo contatto formalizzato, sia perché le dichiarazioni non documentate rese dalla persona informata sui fatti che, successivamente, rifiuti la partecipazione al successivo momento acquisitivo formale, potrebbero formare oggetto di testimonianza indiretta da parte della persona eventualmente presente al momento del compimento dell'atto⁹³.

In ogni caso, anche a prescindere da queste considerazioni, occorre tenere presente che il colloquio informale non può qualificarsi quale "atto per il quale è prevista la partecipazione dell'imputato" poiché nessuna norma ne prevede una facoltà di partecipazione, con o senza invito.

Allo stesso modo non si rinvergono spazi di operatività del divieto in relazione al profilo della partecipazione all'atto del difensore dell'imputato: questi è, infatti, il titolare esclusivo dell'indagine difensiva⁹⁴ e – a meno che non si voglia ipotizzare una estromissione del difensore dalla fase d'indagine in questione a favore dei

⁹²Come ritiene, altresì, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 305. Egualmente G. FRIGO *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 200, per il quale la ragione del divieto è evidente: «in assenza di un terzo garante contro interferenze nella formazione dell'atto da parte di chi è portatore di un interesse personale nel procedimento, il rischio di tali interferenze si elimina escludendo la presenza di chi potrebbe determinarle (talora anche con il solo fatto della presenza stessa). Si tratta, insomma, di uno strumento di tutela della genuinità dell'atto». Occorre osservare come la corretta esplicazione del fine della disposizione potrebbe essere irrimediabilmente compromessa dal concreto atteggiarsi della facoltà dei difensori di avvalersi, al fine di redigere il verbale di assunzione di informazioni, di "persone di loro fiducia" (art. 391 ter, comma 3 c.p.p.). Invero, la norma autorizza il difensore ad avvalersi della collaborazione di chiunque goda della propria fiducia, ancorché si tratti, per esempio, del prossimo congiunto di un pericoloso delinquente interessato all'esito dell'atto investigativo difensivo. In questi casi, l'effetto intimidatorio sarebbe perfettamente conseguito, sia pure nel pieno rispetto della legge.

⁹³Almeno così ritiene, invero poco persuasivamente, parte della dottrina. Ma, sul tema, si rinvia oltre. Considera irrilevante la presenza di parti private al colloquio informale, a cagione della non documentabilità dell'atto, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 212. Concorda invece con la tesi illustrata nel testo N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 306, per il quale, sebbene il divieto sia sancito espressamente soltanto in relazione all'assunzione di informazioni «può ritenersi che la norma, attesa la sua funzione di garanzia, abbia portata generale, riguardando anche il colloquio informale e il rilascio di dichiarazioni scritte: in queste ultime ipotesi sussiste la medesima ratio costituita dalla necessità di tutelare la genuinità delle informazioni». Opposta è l'opinione di G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 200, secondo il quale «il divieto concerne soltanto il terzo modello di acquisizione di notizie, cioè l'assunzione formale di informazioni, quello, del resto, maggiormente idoneo a recepire e rappresentare con completezza, in ipotesi anche nel procedimento, le conoscenze di cui è capace la fonte e che, dunque, esige più forte tutela».

⁹⁴I suoi ausiliari, si rammenti, agiscono su "incarico", ossia esplicano un'attività riconducibile comunque al difensore.

propri collaboratori – non è concepibile un'attività investigativa a favore dell'imputato senza la presenza del difensore di questi.

I principali problemi interpretativi posti dall'art. 430 c.p.p. hanno riguardato, come è noto, l'estensione temporale della facoltà investigativa integrativa del pubblico ministero e le possibilità d'impiego processuale della relativa documentazione. Problemi che meritano, sia pure per sintesi, considerazione poiché le soluzioni delineatesi all'esito di un intenso dibattito conservano validità rispetto all'attività integrativa della difesa.

Relativamente al primo aspetto, la dottrina processuale-penalistica si è attestata su posizioni divergenti, passando da soluzioni rigidamente orientate nel senso che il termine ultimo fosse rappresentato dalla dichiarazione di apertura del dibattimento⁹⁵ ad altre, egualmente estreme, per cui gli spazi d'indagine si estendono fino al giudizio d'appello⁹⁶, compendiando infine una soluzione intermedia che, muovendo dal rapporto che lega l'indagine ex art. 430 c.p.p. alla formulazione di richieste al giudice del dibattimento, postulava la possibilità di svolgere indagini integrative nel corso del dibattimento di primo grado⁹⁷.

La giurisprudenza, per contro, ha risolto il problema attestandosi su una linea interpretativa estensiva, dunque non ravvisando preclusioni al compimento di attività investigativa integrativa anche in un momento successivo all'apertura del dibattimento, fin quando permangono spazi per la formulazione di richieste al giudice del dibattimento⁹⁸.

La tesi patrocinata dalla Suprema Corte ha ricevuto l'avallo autorevole della Corte costituzionale⁹⁹ e, di recente, il conforto dello stesso legislatore: il nuovo art. 430 bis c.p.p., infatti, precludendo agli organi di investigazione – privata e pubblica – di assumere informazioni dalla persona ammessa ai sensi dell'art. 507 c.p.p., implicitamente ammette la possibilità di assumere informazioni e, in generale, di compiere atti d'indagine – ovviamente osservando il limite stabilito dall'art. 430 c.p.p. – anche successivamente alla dichiarazione d'apertura del dibattimento¹⁰⁰, purchè evidentemente si tratti di persone informate sui fatti diverse da quelle già introdotte sulla scena processuale.

Per quanto riguarda, invece, il regime di utilizzabilità dei materiali investigativi a carattere dichiarativo acquisiti dal pubblico ministero in fase di indagine integrativa, sembra in via di consolidamento l'orientamento che ne patrocina l'utilizzabilità nelle stesse forme e con gli stessi limiti degli atti acquisiti in fase di indagine

⁹⁵Cfr. G. FRIGO, *Commento al nuovo codice di procedura penale* (coordinato da M. Chiavario), *Sub art. 430*, IV, 1990, p. 708.

⁹⁶Tra gli altri, v. A. DI MAIO, *Attività integrativa di indagine. Gli atti investigativi utilizzabili e non utilizzabili*, Padova, 1999, pp. 123 ss.; C. CESARI, *L'utilizzabilità delle indagini integrative: riflessioni a margine di una controversia giurisprudenziale*, in *Gazz. Giur.*, 1997, XIII, p. 6.

⁹⁷B. PETRALIA, *L'attività integrativa d'indagine. Durata, limiti, garanzie*, in *Giust. Pen.* 1997, III, c. 72 ss.

⁹⁸Cfr., tra le tante, Cass. penale, Sez. I, 23 novembre 1993, Morgante; Sez. I, 19 settembre 1995, Guarneri; Sez. VI, 12 giugno 1996, Aragozzini ed altri.

⁹⁹Il riferimento è alla citata sentenza n. 16 del 1994, ove il Giudice delle leggi ha specificato come l'attività integrativa d'indagine, così come l'attività d'indagine suppletiva, non soggiace a limitazioni di ordine temporale.

¹⁰⁰Il dato non è sfuggito a Cass. penale, Sez. V, 22 giugno 2000, Amato.

preliminare quale naturale corollario del principio di continuità investigativa.

Infatti, la tesi della parificazione del trattamento processuale – alla quale non sembrano opporsi insuperabili ostacoli di ordine letterale e sistematico – è particolarmente diffusa nella giurisprudenza della Corte di cassazione¹⁰¹ ed è destinata ad acquisire ulteriori consensi per effetto, ancora una volta, dell'autorevole avallo derivante dall'opinione della Corte costituzionale¹⁰².

Non rimane a questo punto che analizzare i profili di delimitazione temporale

¹⁰¹Cfr., tra le altre, e sempre a condizione che sia stato salvaguardato il diritto di difesa mediante una effettiva *discovery*, Cass. pen., Sez. II, 28 marzo 1995, Lorusso; Sez. I, 19 settembre 1995, Guarneri (alla quale si rinvia altresì per la soluzione positiva della problematica relativa all'utilizzabilità delle risultanze dell'indagine integrativa in funzione dell'attivazione dei meccanismi previsti dagli artt. 516 ss. c.p.p. relativamente all'effettuazione di nuove contestazioni o alla modifica di quella originaria); Sez. I, 13 novembre 1995, Kanoute; Sez. I, 27 ottobre 1997, Carelli ed altri; Sez. I, 29 dicembre 1998, P.G. in proc. Caronfalo ed altri. Per una presa di posizione di segno contrario, ossia nel senso che le risultanze delle indagini integrative (per vero con riferimento a quelle svolte successivamente alla dichiarazione di apertura del dibattimento) possono sostenere richieste istruttorie al giudice ma non possono essere utilizzate per le contestazioni, cfr. Cass. penale, Sez. I, 23 novembre 1993, Morgante; Sez. VI, 12 giugno 1996, Aragozzini ed altri. Per un approfondimento delle opinioni dottrinali sul tema si rinvia alla bibliografia riportata in D. VIGONI RAINÒ, *Le nuove prospettive dell'attività d'indagine integrativa*, in AA.VV. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 434, nota 27.

¹⁰²Invero, il Giudice costituzionale era stato investito della questione di costituzionalità dell'art. 430 c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni rese dai testimoni avanti al pubblico ministero nella fase della attività integrativa di indagine compiuta dopo l'udienza preliminare possano essere utilizzate per le contestazioni ai sensi dell'art. 500 c.p.p. La Corte, nella sentenza del 3 aprile 1996, n. 95 molto incisivamente ha ritenuto «errata la premessa interpretativa da cui ha tratto origine la questione» osservando che, dopo l'inserimento nel fascicolo del pubblico ministero delle dichiarazioni raccolte nella fase investigativa successiva all'adozione del decreto di rinvio a giudizio, il regime di utilizzabilità è quello previsto in via generale per tutti gli atti contenuti in quel fascicolo. Non rimane che chiedersi se questa pronuncia costituisca l'anticamera di una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 513 c.p.p. nella parte in cui non compendia, tra gli atti suscettibili di lettura in presenza dei presupposti ivi contemplati, i verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato ovvero dai soggetti di cui all'art. 210, comma 1 c.p.p. nel corso dell'attività di indagine integrativa. Infatti il divieto sancito perentoriamente dall'art. 514 c.p.p. («Fuori dei casi previsti dagli articoli 511, 512, 512 bis e 513, non può essere data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato, dalle persone indicate all'articolo 210 e dai testimoni alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero o al giudice nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, a meno che nell'udienza preliminare le dichiarazioni siano state rese nelle forme previste dagli articoli 498 e 499, alla presenza dell'imputato o del suo difensore») ribadisce il carattere eccezionale della disciplina sulle letture, il che non lascia spazio a soluzioni fondate su integrazioni normative di tipo analogico. In questo senso, peraltro, si è espressa Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 1997, Salini, ove si è specificato che «se l'intenzione fosse stata diversa, infatti, il legislatore – come in altri casi – non avrebbe mancato di utilizzare una formula generica e onnicomprensiva, riferita alle dichiarazioni precedentemente rese al p.m. e al giudice, senza specificazione in ordine alle singole fasi del processo». A questo punto, tuttavia, non può non rilevarsi la contraddizione in cui cade, nel complesso, la tesi in esame. Invero, la norma deve essere letta in relazione al divieto stabilito dall'art. 514 c.p.p., cui si è fatto cenno. Il riferimento, in quella norma – dotata, si badi, di portata generale in quanto riferita alle dichiarazioni comunque provenienti sotto il profilo soggettivo – alle sole dichiarazioni rese «nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare» dovrebbe condurre o all'ammissione della sussistenza di uno spazio investigativo – diverso dagli ambiti espressamente previsti – produttivo di risultanze comunque destinate all'acquisizione dibattimentale (perché non ricadente nell'ambito del divieto) o al riconoscimento che, effettivamente, l'intenzione del legislatore era quella di sottoporre le risultanze a carattere dichiarativo acquisite in fase di investigazione integrativa ad un regime diverso, ossia di generale esclusione. Il carattere eccezionale della disciplina delle letture sembra fare propendere per la soluzione da ultimo prospettata.

connessi alla disciplina preclusiva compendiata dall'art. 430 bis c.p.p.

Di questa fondamentale disposizione ci siamo già occupati in occasione dell'esplicitazione di poche riflessioni concernenti i possibili riflessi sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni verbalizzate dal difensore che si sarebbero potuti produrre nel sistema normativo antecedente alla riforma.

Si tratta adesso di guardarla più da vicino per cogliere la specificità degli aspetti di preclusione che ne derivano in ordine al compimento di attività investigativa difensiva tesa a ricercare elementi di prova dichiarativa.

La disposizione, come abbiamo già evidenziato, trova un antecedente, per quanto riguarda specialmente l'attività investigativa del difensore, nell'art. 33 del Progetto preliminare del 1989, il quale, al comma 4 espressamente prevedeva: «La facoltà prevista dal comma 1 lettera b) (*ossia la facoltà di conferire con le persone che possono dare informazioni e farsi rilasciare da esse dichiarazioni scritte*) non può essere più esercitata dopo che la persona è stata ammessa come testimone nell'incidente probatorio, nell'udienza preliminare o nel dibattimento». La norma vieta, a pena di inutilizzabilità, di assumere informazioni «*dalla persona ammessa ai sensi dell'art. 507 o indicata nella richiesta di incidente probatorio o ai sensi dell'art. 422, comma 2, ovvero nella lista prevista dall'art. 468 e presentata dalle altre parti processuali*»¹⁰³.

Il divieto – specifica la disposizione – non ha carattere permanente, essendo destinato a venire meno dopo l'assunzione della testimonianza e nei casi in cui questa non sia ammessa o non abbia luogo (art. 430 bis, comma 2 c.p.p.).

Senza soffermarci sulla portata del divieto nelle varie fasi in cui si articola il procedimento penale¹⁰⁴, ci limitiamo a rilevare, come peraltro già fatto dalla dottrina in sede di primo commento¹⁰⁵, che la preclusione non opera – almeno utilizzando un criterio interpretativo di tipo letterale – relativamente alle persone indicate nella richiesta di giudizio abbreviato “condizionata” ad una integrazione probatoria necessaria ai fini della decisione (art. 438, comma 4 c.p.p.), rispetto alle persone citate ai sensi dell'art. 441, comma 5 c.p.p. nonché a favore delle persone assunte d'ufficio dal giudice per l'udienza preliminare (art. 441, comma 5 c.p.p.)¹⁰⁶.

Si tratta di una scelta certamente non casuale, in considerazione del fatto che le

¹⁰³Concordiamo con N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 279, il quale ritiene che il divieto di assumere informazioni, a dispetto della formula utilizzata, vada interpretato in senso ampio, cioè esteso anche al colloquio informale ed al rilascio di dichiarazioni scritte. Nello stesso senso si esprime G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 182.

¹⁰⁴Su questo punto si rinvia a G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., pp. 414 ss.

¹⁰⁵R. BRICCHETTI, *L'impedimento del difensore rinvia la causa*, cit., p. LVIII.

¹⁰⁶G. GARUTI, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare*, cit., p. 417 rileva come la norma non richiama l'ipotesi contemplata dall'art. 467 c.p.p. Evidenziamo come sfugga all'ambito di applicazione della disposizione il caso di indicazione tardiva di prove dichiarative ex art. 493, comma 2 c.p.p. La peculiarità della scelta normativa non è sfuggita a N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 280 s., il quale non comprende «come il divieto *de quo* non sia stato esteso all'assunzione di dichiarazioni dalle persone che l'imputato ha indicato nella richiesta di giudizio abbreviato subordinata a integrazione probatoria ex art. 438 comma 5 c.p.p. (come modificato dall'art. 27 l. n. 479/1999), nonché dalle persone citate, nel giudizio abbreviato, a norma dell'art. 441 comma 5 c.p.p. (come modificato dall'art. 29 l. n. 479/1999), dal momento che all'assunzione della testimonianza di dette persone il giudice deve procedere nelle forme previste dall'art. 422 commi 2, 3 e 4 c.p.p.: a meno di non voler ritenere che l'art. 430 bis c.p.p., vietan-

norme omesse dal richiamo legislativo sono state introdotte dall'intervento normativo effettuato nel dicembre del 1999 e che tra le ipotesi contemplate dalla norma in esame figura quella di cui all'art. 422, comma 2 c.p.p., esso stesso modificato dalla legge n. 479/99¹⁰⁷. Tuttavia, la *ratio* di una scelta siffatta pare difficilmente comprensibile.

Per questo occorre approfondire il profilo concernente la possibilità di estensione in via analogica della portata della disposizione¹⁰⁸, profilo che necessariamente chiama in causa una riflessione sulla natura – eccezionale o meno – della stessa.

Invero, se si muove dalla premessa che l'art. 430 bis c.p.p. stabilisce un limite rispetto al principio di continuità investigativa – corollario dei principi generali di obbligatorietà dell'azione penale e di inviolabilità del diritto di difesa – non si potrebbe che accettare la conclusione del carattere “eccezionale” della norma.

A ben vedere, tuttavia, non ogni norma che pone dei limiti ad una determinata attività si configura come eccezionale, poiché le attività umane meritevoli di tutela giuridica – tra le quali rientra, appunto, l'attività d'indagine di tutti i soggetti del procedimento penale – sono per loro natura caratterizzate dalla previsione di vincoli che il diritto predispone e garantisce in funzione della tutela di altre situazioni giuridiche destinate altrimenti ad entrare in conflitto con le prime.

Ponendosi in questa ottica non può sfuggire che l'art. 430 bis, nel porre un limite generale all'attività investigativa delle parti, in verità si proponga di salvaguardare la bontà delle relative risultanze in un momento in cui risulta formalizzato un atto procedimentale – ossia l'indicazione nella lista ex art. 468 c.p.p. o nella richiesta di incidente probatorio ovvero ai sensi dell'art. 422 c.p.p., l'ammissione ai sensi dell'art. 507 c.p.p. – che sottrae la fonte ad un ambito di pertinenza esclusiva delle parti e la proietta in uno spazio conoscitivo riservato al giudice in funzione dell'adozione di una decisione avente, a seconda dei casi, valenza procedimentale o di merito¹⁰⁹.

Un momento, si badi, fondamentale della dinamica processuale poichè schiude le porte verso la realizzazione della funzione tipica dell'atto investigativo, ossia prestare un contributo alla formazione del convincimento del giudice.

Se si accede a questa prospettiva e dunque si conviene che l'art. 430 bis c.p.p.

do genericamente l'assunzione di informazioni dalla persona citata ai sensi dell'art. 422 comma 2 c.p.p., sia idoneo ad inibire anche le anzidette assunzioni in giudizio abbreviato».

¹⁰⁷Peraltro la norma non è stata modificata dalla legge 5 giugno 2000, n. 144 (conversione del d.l. 7 aprile 2000, n. 82) la quale ha apportato diverse correzioni alla legge n. 479/99.

¹⁰⁸Come propone, relativamente all'ipotesi di esclusione dallo stesso indicata, G. GARUTI, *La nuova fisiologia dell'udienza preliminare*, cit., p. 417.

¹⁰⁹Osserva N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 275 s., come, durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., si discusse in ordine al quesito se vi fosse un momento oltre il quale il difensore non doveva più ritenersi legittimato ad intervistare la persona informata sui fatti. La dottrina prevalente riteneva che il limite stabilito dal comma 4 dell'art. 33 prog. prel. disp. att. dovesse comunque osservarsi poichè, per effetto dell'ammissione, la persona svestiva i panni del soggetto informato per vestire quelli del testimone, dunque di soggetto ormai acquisito al patrimonio del processo. Conforme era l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, di cui v. Cass. pen., Sez. I, 26 aprile 1996, De Santis. Puntualizziamo, a chiarimento di quanto espresso nel testo, che si attribuisce tradizionalmente valenza procedimentale al provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare, anche se le innovazioni legislative che hanno interessato la disciplina dell'udienza preliminare hanno profondamente ridefinito i caratteri della decisione finale.

– considerato anche alla luce del carattere reciproco della preclusione che esso introduce – è strumento di garanzia affinché l'attività investigativa della parti realizzi la propria finalità istituzionale, ci si rende conto che la norma perde il carattere eccezionale e secondario di cui sembra rivestita per divenire espressione di un principio generale di rango primario.

Il risultato finale di questa elaborazione consiste nel rendere l'art. 430 bis c.p.p. applicabile in via analogica a tutti quei casi di introduzione di fonti di prova a carattere personale in ambiti caratterizzati dall'intervento del giudice in funzione decisoria.

Qualche dubbio suscita, poi, la dislocazione formale delle ipotesi compendiate nell'art. 430 bis, comma 1 c.p.p. Invero, il verbo "indicata" che figura nella norma in esame sembra connesso sia alla richiesta di incidente probatorio, sia alla lista prevista dall'art. 468 c.p.p., sia, infine, all'ipotesi mediana richiamata dalla formula linguistica "ai sensi dell'articolo 422, comma 2"¹¹⁰.

Quest'ultima norma compendia il caso in cui non sia possibile procedere immediatamente all'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere, disposta dal giudice «anche d'ufficio».

La tecnica utilizzata dal legislatore sembra voler riferire il limite alla sola ipotesi in cui l'assunzione della prova sia disposta dal giudice su richiesta di parte, soluzione che non si sarebbe potuta prospettare qualora, come sarebbe stato più corretto, l'inciso "ai sensi dell'art. 422, comma 2" avesse seguito il richiamo alla "persona ammessa ai sensi del 507"¹¹¹.

Nessun elemento, letterale o sistematico, dovrebbe infine fare dubitare dell'applicabilità della norma all'incidente probatorio richiesto ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11 c.p.p.

¹¹⁰Per inquadrare bene il problema si ritiene opportuno riportare il testo della disposizione (comma 1): "E' vietato al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria e al difensore assumere informazioni dalla persona ammessa ai sensi dell'articolo 507 o indicata nella richiesta di incidente probatorio o ai sensi dell'articolo 422, comma 2, ovvero nella lista prevista dall'articolo 468 e presentata dalle altre parti processuali. Le informazioni assunte in violazione del divieto sono inutilizzabili".

¹¹¹Per cui il testo della norma sarebbe risultato – con maggiore comprensibilità e coerenza logica – il seguente: "E' vietato al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria e al difensore assumere informazioni dalla persona ammessa ai sensi dell'art. 507 e 422, comma 2 ovvero indicata nella richiesta di incidente probatorio o nella lista prevista dall'art. 468 e presentata dalle altre parti processuali". Anche in mancanza di una formulazione siffatta, comunque, una interpretazione tesa a limitare il riferimento alle ipotesi contemplate dall'art. 422 c.p.p. sarebbe incoerente rispetto al richiamo, indubbiamente pieno, dell'art. 507 c.p.p. L'operatività dell'art. 430 bis c.p.p. anche in relazione alle ipotesi di assunzione d'ufficio di prove costituisce, comunque, una ulteriore conferma del carattere non eccezionale della norma.

CAPITOLO III

LIMITI INTERNI ED ESTERNI ALL'ATTIVITÀ INVESTIGATIVA SU FONTI DICHIARATIVE.

SOMMARIO: 1. Il potere di segretezza del pubblico ministero. – 2. Le diverse forme di contatto con le persone informate sui fatti e la funzione prodromica del colloquio informale. – 3. L'assunzione di informazioni dalle persone sottoposte alle indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato. – 4. L'atto acquisitivo di elementi dichiarativi in caso di self incrimination. Contraddizioni e vuoti di tutela di una disciplina all'insegna del parallelismo perfetto tra poteri investigativi pubblici e privati. – 5. Quali spazi per la testimonianza indiretta?

1. Il potere di segretezza del pubblico ministero.

L'art. 391 quinquies c.p.p. attribuisce al pubblico ministero il potere di “segretezza”, sostanziandosi nella facoltà di “vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza”.

Una disposizione di garanzia, della quale si rinviene una anticipazione a livello di legislazione speciale nella disposizione contemplante un generale dovere di riservatezza a carico di quella peculiare categoria di dichiaranti rappresentata dai collaboratori di giustizia.

L'art. 12, comma 2 del decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8 grava il collaboratore di giustizia che sottoscrive le speciali misure di protezione, pena la possibile revoca delle misure stesse, dell'obbligo di “non rilasciare a soggetti diversi dall'autorità giudiziaria, dalle forze di polizia e dal proprio difensore dichiarazioni concernenti fatti comunque di interesse in relazione ai quali hanno prestato o prestano la loro collaborazione”¹.

Si tratta di un obbligo imposto dalla legge per esigenze di salvaguardia della segretezza dei fatti – integranti gli estremi di gravissimi delitti contro l'ordine pubblico – di cui il collaborante ha cognizione e che, mediante la scelta collaborativa, porta a conoscenza dei pubblici investigatori in funzione di accertamento e repressione.

Pare chiaro che l'opzione normativa, indubbiamente giustificata dalle peculiarità soggettive del dichiarante ed oggettive dei fatti comunicati, restringe – a quanto pare a tempo indeterminato² – notevolmente il campo esplicativo delle investigazioni difensive. Il difensore investigante, infatti, non potrebbe acquisire alcun tipo di informazione dai soggetti qualificati in virtù del rapporto collaborativo con lo Stato ed in relazione ai fatti che ne costituiscono oggetto, emergendo così dalla legislazione speciale una prima e penetrante limitazione all'attività d'indagine difensiva su fonti dichiarative³.

Durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p. non era chiaro se l'investigante

¹Il decreto in questione, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, è stato ulteriormente modificato dalla legge 13 febbraio 2001, n. 45. Il testo originario dell'art. 12 compendeva un divieto analogo a quello introdotto dalla legge di riforma della disciplina dei collaboratori di giustizia, con esclusione, tuttavia, della possibilità di comunicare con il proprio difensore in ordine ai fatti oggetto di collaborazione.

²Il divieto normativo, infatti, sembra prescindere dal termine stabilito dall'art. 16 quater per la redazione del c.d. “verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione”.

³Eguale N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 265, per il quale al collaboratore di giustizia «risulta, infatti, inibito rilasciare dichiarazioni in sede di attività di investigazione difensiva compiuta

privato potesse acquisire informazioni da soggetti già sentiti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria.

La certezza dell'immissione nell'ambito del procedimento del patrimonio conoscitivo della persona informata per effetto del previo esame degli inquirenti pubblici⁴ e l'esigenza di assicurare un'effettiva tutela del segreto investigativo⁵ facevano propendere nel senso della necessaria astensione dal contatto investigativo difensivo.

Per contro, si osservava che l'attività d'indagine della difesa può tendere all'accertamento di profili diversi da quelli approfonditi dal pubblico ministero, da quest'ultimo magari trascurati perché ritenuti privi di rilevanza alla luce della propria strategia investigativa⁶.

Quest'ultima impostazione è stata accolta dal legislatore, il quale ha riconosciuto espressamente il diritto dei soggetti dell'indagine privata di assumere notizie da persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, vietando soltanto che a questi soggetti possano essere inoltrate richieste in ordine alle domande formulate dagli investigatori pubblici ed alle risposte date⁷.

Dunque, nulla impedisce al difensore di rivolgere domande ed alla persona intervistata di rispondere sugli stessi temi trattati nel corso dell'audizione dinanzi al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria⁸, a meno che non sia intervenuto lo specifico provvedimento preclusivo del pubblico ministero.

La portata dell'art. 391 quinquies c.p.p. è molto ampia, al punto che il potere

dal difensore diverso dal proprio». Estremamente critici nei confronti della scelta assolutamente preclusiva compiuta dal legislatore sono A. GARELLO-S. SCUTO, *Le indagini difensive. Commentario articolo per articolo della legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, p. 74, per i quali l'opzione «mette a nudo la stucchevole contraddittorietà cui il legislatore non è stato in grado di sottrarsi, nello svolgimento della propria funzione pur con riferimento a materie legate da evidenti connessioni e senza che tra un intervento e l'altro si sia interposto il minimo scarto temporale». Per G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 183, comunque, la natura del rapporto collaborativo e l'estraneità ad esso del difensore investigante non dovrebbero porre in dubbio l'utilizzabilità delle dichiarazioni comunque rese dal collaborante: «Innanzitutto, questo impegno (che potrebbe non essere neppure noto a chi svolge l'indagine difensiva) è di tipo convenzionale nel rapporto tra il c.d. *collaborante* e l'autorità che dispone il programma e non corrisponde ad un divieto oggettivamente operante sul piano procedimentale. In secondo luogo, l'inadempimento, lungi dal risolversi in una inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente fatte, costituisce semmai soltanto un fatto valutabile ai fini della revoca o della modifica del programma di protezione».

⁴Patrimonio al quale il difensore avrebbe potuto accedere in seguito, nel momento in cui gli atti investigativi pubblici sarebbero stati suscettibili di visione e, eventualmente, di estrazione di copie.

⁵La quale sarebbe venuta meno qualora il difensore, aggirando le scansioni temporali stabilite dagli artt. 114 e 329 c.p.p., avrebbe potuto conoscere il contenuto dell'informazione fornita dalla persona contattata.

⁶Per ulteriori approfondimenti sull'evoluzione degli orientamenti sulla questione trattata nel testo rinviamo, ancora una volta, a N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 243 ss.

⁷Rileva N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 249, come, con il divieto in esame «si vuole insomma impedire una sovrapposizione oggettiva delle indagini difensive su quelle dell'autorità giudiziaria, non tanto sulle stesse fonti probatorie – che non risulta impedita né espressamente vietata – quanto sugli stessi interrogativi dell'indagine penale in corso». L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 68, si chiede se il divieto copra anche eventuali dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero: «la lettera della legge» – è la conclusione cui perviene l'Autore – «la quale puntualmente fa riferimento a domande e risposte, indurrebbe ad escludere tale impostazione ed a considerare esperibili richieste della difesa volte ad accertare se siano state fornite dichiarazioni spontanee ed eventualmente a verificarne i contenuti».

⁸Ai quali, a loro volta, è precluso chiedere informazioni sulle domande formulate e sulle risposte ricevute alle persone già sentite dal difensore o dai suoi ausiliari (artt. 351 e 362 c.p.p.). O, più precisamente, dal

dell'investigante pubblico può trovare esplicazione anche al di fuori ed a prescindere dell'avvio di una attività di investigazione difensiva. Invero, la persona alla quale il divieto è indirizzato deve astenersi – la violazione del relativo obbligo è penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 379 bis c.p. – dal comunicare gli elementi attinenti all'indagine di cui abbia conoscenza non soltanto al difensore dal quale, eventualmente, venga contattata per finalità d'indagine privata, ma a chiunque.

Con la disposizione in esame viene, pertanto, ampliata la sfera di tutela delle esigenze di riservatezza dell'indagine preliminare perché si estende l'area del segreto dall'atto d'indagine⁹ ovvero dal suo contenuto¹⁰ ai “fatti e circostanze oggetto dell'indagine di cui (le persone sentite dal pubblico ministero) abbiano conoscenza”. Ciò rappresenta, dal punto di vista della qualità dei meccanismi di tutela del segreto investigativo, indubbiamente una evoluzione rispetto alla normativa precedente e che l'opzione legislativa preveda uno strumento la cui operatività prescinde dall'instaurazione di momenti di contatto con l'investigante privato¹¹ è testimoniato dai lavori preparatori della legge sulle indagini difensive, nel corso dei quali non si è mancato di osservare come «nel sistema attualmente vigente la persona informata sui fatti che riferisca ad altri quanto da lui detto al pubblico ministero non pone in essere un comportamento di per sé perseguibile penalmente, salva l'ipotesi contravvenzionale dell'art. 684 del codice penale in tema di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale. Da ciò discende che l'introduzione dell'art. 391 quinquies del codice di procedura penale e dell'art. 379 bis del codice penale è legata alla necessità di colmare un vuoto normativo e nel contempo di conciliare le esigenze di tutela dell'attività di indagine del pubblico ministero con quelle di garanzia dell'attività investigativa del difensore».

Dunque, assistiamo ad uno sviluppo ulteriore dei meccanismi di protezione di peculiari esigenze di segretezza investigativa, valore non sufficientemente garantito dalle regole previgenti nonostante la differenziazione dei regimi del segreto

difensore e dal sostituto. La puntualizzazione non è sfuggita a N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 251 (nt. 69) il quale ha segnalato «che – stando alla lettera dell'art. 362 comma 1, secondo periodo, c.p.p., che fa riferimento solo alle persone già sentite dal difensore o dal suo sostituto – in maniera invero poco comprensibile il divieto sembrerebbe non trovare applicazione con riferimento alle domande ed alle risposte date dalla persona informata all'investigatore privato o al consulente tecnico che, su incarico del difensore, si siano limitati ad effettuare il colloquio informale».

⁹E' questo, infatti, il referente oggettivo della disciplina del segreto contenuta nel codice processuale (art. 329 c.p.p.).

¹⁰Secondo le scansioni stabilite, in relazione al divieto di pubblicazione, dall'art. 114 c.p.p. Invero, che il contenuto dell'atto non coincida con il fatto che ne costituisce oggetto è dato acquisito in dottrina (v., da ultimo, F. RANDAZZO, *Rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale*, in AA.VV. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 491; nonché P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2000, p. 315. Egualmente A. TOSCHI, *Segreto (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XLI, pp. 1098 ss.) ed in giurisprudenza (cfr. in tal senso Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 1994, PG in proc. Leonelli e altro, ove si è precisato in maniera oltremodo chiara che «l'atto d'indagine non può automaticamente coincidere con il fatto che ne costituisce l'oggetto»).

¹¹Al punto che, si ritiene, questa norma avrebbe trovato la propria naturale collocazione in sede di disciplina delle indagini preliminari, dopo ovvero all'interno dell'art. 329 c.p.p. Si è, in altre parole, preso atto della fondatezza dell'osservazione dottrinale secondo cui in alcuni casi non è sufficiente limitare il segreto al fatto processuale poiché la rivelazione a terzi del patrimonio conoscitivo “storico” di una persona potrebbe equivalere alla rivelazione dell'atto o del suo contenuto. E' di questo avviso, tra gli altri, A. TOSCHI, *Segreto (Dir. proc. pen.)*, cit., pp. 1098 ss.

istruttorio e del divieto di pubblicazione¹².

Infatti, il codice processuale del 1988 si era mosso lungo una direttrice diversa, avendo recepito la scissione tra divieto di pubblicazione «dell'atto» e divieto di pubblicazione del «contenuto dell'atto» al fine di restringere quanto possibile le limitazioni di conoscenza da parte del pubblico e, per questa via, consentire all'opinione pubblica un controllo sociale sul comportamento delle parti del processo penale, in particolare del pubblico ministero¹³. Il sistema delineato dal codice del 1988, inoltre, consentiva di salvaguardare l'atto ed entro certi limiti il suo contenuto soltanto da fenomeni di diffusione, ossia di conoscenza estesa ad una cerchia indefinita di persone¹⁴.

In ogni caso, anche a volere ritenere sancito un generale divieto di divulgazione del contenuto dell'atto¹⁵, nulla impediva alla persona informata – ancorchè sentita dal pubblico ministero – di narrare a chiunque i “fatti” di cui aveva avuto cognizione o di cui aveva avuto, per altra via, conoscenza¹⁶.

Restringendo il campo di pertinenza delle considerazioni sopra svolte all'attività di indagine difensiva, il quadro emergente dal combinato disposto degli artt. 38 disp. att., 329 e 114 c.p.p. non garantiva in modo sufficiente la riservatezza investigativa poichè, conferendo con le “persone che possono dare informazioni” il difensore investigante poteva legittimamente venire a conoscenza di fatti inerenti all'indagine pubblica senza alcuna possibilità di intervento da parte del pubblico ministero¹⁷.

Oggi i pubblici ministeri dispongono di uno strumento in più per cautelare la segretezza dell'indagine eppure, paradossalmente, non manca chi impiega la norma in esame come grimaldello per rivolgere un attacco, addirittura sul piano dell'am-

¹²Apertamente critico rispetto alla nuova facoltà concessa al pubblico ministero, G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 185, il quale arriva a dubitare della legittimità costituzionale della disposizione per violazione del principio di parità tra le parti, osservando altresì come «è la prima volta che si pretende di porre a oggetto di segretezza non un atto e il suo contenuto (si riveda l'art. 329 c.p.p.), ma l'intero sapere di un soggetto (...)» Il divieto appare, dunque, odioso e velleitario insieme. Esso, inoltre, vulnera profondamente il principio – universalmente recepito e da tempo consolidato in tutti i paesi di democrazia liberale – secondo il quale “il testimone non è proprietà di nessuno” ed è fatto divieto alla polizia e al pubblico ministero di dare istruzioni ad un possibile testimone di non parlare con i difensori». L'Autore ribadisce le critiche alla disposizione in G. FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., pp. 58 ss. Dubbi di incostituzionalità della norma sono espressi anche da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 257.

¹³Sul punto cfr. G. LATTANZI-E. LUPO, *Rassegna di procedura penale*, II, 1997, *Sub. art. 114*, pp. 34 ss.

¹⁴Come emerge dall'art. 114, comma 1 c.p.p. – ove si fa riferimento espresso alla stampa e ad ogni «altro mezzo di diffusione» – e dalla ricostruzione dottrinale del concetto di “pubblicazione”. Invero, si ritiene in dottrina che si abbia pubblicazione non già nelle ipotesi di comunicazione ad uno o più soggetti determinati, ma soltanto nel caso di rivelazioni effettuate con modalità tali da mettere al corrente un numero indefinito di persone.

¹⁵Ossia di comunicazione a persone determinate. Ma non pare sostenibile una siffatta conclusione, nemmeno lavorando esegeticamente sull'art. 684 c.p. Cfr., sul punto, G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale*, 2000, XII, pp. 179 ss.

¹⁶Per vero, esporre fatti senza alcun riferimento all'esame non significa rivelare il contenuto di atti d'indagine, anche se quest'ultimo coincide con i fatti narrati.

¹⁷Lo stesso potere di segretezza del pubblico ministero ex art. 329, comma 3 c.p.p. si esplica su atti o sul contenuto di atti.

missibilità, all'idea stessa dell'investigazione privata su fonti dichiarative, un attacco celato sotto l'esigenza di evitare di «compromettere» le indagini pubbliche¹⁸.

Infatti, per impedire al difensore di venire a conoscenza di fatti e circostanze oggetto di indagine – e per questa via salvare l'indagine pubblica dal possibile operare di fattori pregiudizievoli – sarebbe necessario, ragionando per ipotesi estreme, vietare forme di contatto con le persone informate sui fatti, ossia colpire al cuore il profilo “dinamico” del diritto costituzionale alla difesa attraverso un ritorno al passato per nulla auspicabile.

Ne deriverebbe la mortificazione della capacità delle parti private di concorrere alla ricostruzione dei fatti, la mortificazione del metodo dialettico quale modello epistemico privilegiato, in una parola il ritorno ad un sistema “sostanzialmente” inquisitorio.

E' un rischio che il processo penale italiano, già travolto in passato nella sua intima essenza dal dilagare di nostalgie inquisitorie, non può permettersi di correre e che, per questo, deve essere scongiurato *ab initio*. Soltanto dopo, quando cioè l'ideologia dominante avrà assimilato i pregi di un sistema investigativo binario e ne avrà apprezzato l'indispensabilità in funzione dell'accertamento dei fatti di reato, si potrà discutere di peculiari aspetti di carattere tecnico – tra i quali, per esempio, la congruità del limite temporale stabilito dall'art. 391 quinquies¹⁹ – discussione che dovrà comunque muovere dall'accoglimento della fondamentale premessa che la segretezza costituisce un limite ad un diritto costituzionalmente garantito e, dunque, deve essere necessariamente circoscritta entro ragionevoli confini temporali normativamente definiti.

L'esercizio del potere di segretezza è regolato dalla legge, oltre che sotto il profilo della durata, sotto il duplice aspetto del presupposto e della forma.

Quanto al primo, la norma processuale richiede che sussistano “*specifiche esigenze attinenti all'attività d'indagine*”, ossia necessita – o, almeno, così sembrerebbe – la ricorrenza di circostanze tali da fare ritenere che la conoscenza dei fatti oggetto di accertamento giudiziale da parte di soggetti estranei all'apparato investigativo pubblico rischierebbe di compromettere l'esito delle indagini²⁰.

Un esame esegetico della previsione normativa è reso eccessivamente arduo dal carattere estremamente indefinito della formula utilizzata.

Il differente grado di qualificazione delle “esigenze” legittimanti l'iniziativa preclusiva del pubblico ministero rispetto a quanto prescritto dall'art. 274 c.p.p. – il quale richiede che le “specifiche esigenze attinenti alle indagini” presentino il

¹⁸M. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 253, il quale definisce la norma in questione un “contentino” offerto ai pubblici ministeri colpiti e sviliti da una normativa che, di fatto, attribuisce maggiore credibilità al difensore dell'indagato ed ai suoi atti piuttosto che agli organi pubblici (polizia giudiziaria e pubblico ministero) cui è affidato il compito di cercare di scoprire la verità.

¹⁹L'eccessiva esiguità del termine bimestrale è stata da più parti sottolineata. La previsione è invece ritenuta congrua da G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 274, il quale ne evidenzia l'adeguato coordinamento sia con l'art. 335, comma 3 bis c.p.p., sia con il combinato disposto degli artt. 274, lett. a) e 301, commi 2 bis e 2 ter c.p.p.

²⁰Esigenze che il legislatore ritiene *in re ipsa* rispetto al generale dovere di riservatezza imposto ai collaboratori di giustizia.

carattere della “inderogabilità” e siano valutate “in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l’acquisizione e la genuinità della prova” oltre che “fondate su circostanze di fatto”²¹ – sembra condurre ad una caratterizzazione piuttosto blanda del presupposto normativo.

Sul punto può soltanto auspicarsi che la formula legislativa – oltremodo vaga – sia interpretata in termini restrittivi affinché si eviti di attribuire al pubblico ministero un ampio potere discrezionale, ai limiti dell’arbitrarietà²².

Quanto ai profili di forma, il potere di segretezza deve esercitarsi tramite un decreto motivato²³ il cui contenuto deve essere comunicato ai dichiaranti con l’avvertimento delle responsabilità penali conseguenti alla indebita rivelazione delle notizie.

Il divieto, specifica la legge, non può avere una durata superiore a due mesi²⁴.

La norma in esame – è stato rilevato dai primi commentatori – pone la base normativa ad un momento di interferenza del pubblico ministero nell’attività di indagine del difensore, la cui giustificazione è stata individuata nell’esigenza di «disciplinare il problema della collisione dell’attività d’investigazione difensiva con le indagini preliminari del pubblico ministero o della polizia giudiziaria ancora segrete»²⁵. Tuttavia, come si è già avuto modo di dire, la norma conosce ambiti applicativi che prescindono dall’attivazione in concreto di una indagine difensiva, essendo la portata del divieto estesa ad ogni forma di comunicazione esterna di fatti dotati di attinenza con l’oggetto dell’indagine e nei confronti di chiunque²⁶.

Correttamente, dunque, il fine della norma deve essere individuato nella tutela dell’indagine del pubblico ministero dai pericoli che potrebbero derivare dalla comunicazione a terzi di fatti pertinenti con l’oggetto dell’investigazione pubblica²⁷.

Il presupposto di operatività della norma risiede nel fatto che una persona sia

²¹L’art. 274, comma 1 c.p.p. è stato modificato dalla legge 8 agosto 1995, n. 332.

²²Il carattere eccessivamente blando del presupposto legittimante l’adozione del decreto di segretezza è messo in evidenza da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 258 s.

²³Dunque, è necessario un provvedimento del pubblico ministero. In ciò risiede una ulteriore differenza rispetto all’obbligo sancito dall’art. 12, comma 2 della legge 13 febbraio 2001, n. 45 a carico dei collaboratori di giustizia di “non rilasciare a soggetti diversi dall’autorità giudiziaria, dalle forze di polizia e dal proprio difensore dichiarazioni concernenti fatti comunque di interesse in relazione ai quali hanno prestato o prestano la loro collaborazione”. Nel caso contemplato dalla nuova legge sui collaboratori di giustizia, infatti, il dovere di riservatezza scaturisce *ipso iure* dall’assunzione degli impegni in sede di sottoscrizione delle speciali misure di protezione.

²⁴Per la prospettazione di possibili soluzioni per l’ipotesi in cui il pubblico ministero disponga la segretezza per un tempo superiore a quello prescritto dalla legge, cfr. M. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 253 ss.

²⁵In questo senso R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., p. 50 ove la norma viene associata, sotto il profilo della funzione esplicata, agli artt. 362, comma 1, 366, comma 2 e 391 bis, comma 4 c.p.p.

²⁶Nello stesso senso M. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 253 ss.

²⁷La circostanza che, per effetto della disposizione in esame, risulti pregiudicata l’attività conoscitiva del difensore costituisce una conseguenza specifica. Sulla delimitazione dell’oggetto del divieto, la genericità del quale crea davvero problemi, si appuntano, tra l’altro, le critiche di G. FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 59, il quale evidenzia come il dichiarante «viene obbligato, a fronte di ritenute esigenze specifiche attinenti alle indagini, non già (come sarebbe stato in qualche modo comprensibile, anche sotto il profilo della salvaguardia del principio

stata già sentita dal pubblico ministero per cui, stando alla lettera della disposizione, dovrebbe ritenersi che il divieto non possa operare per il caso in cui l'esame sia stato condotto dalla polizia giudiziaria, di propria iniziativa o su delega dello stesso pubblico ministero²⁸.

Questa interpretazione – esclusivamente fondata sul dato letterale – è scarsamente persuasiva se rapportata alla *ratio* della disposizione, ma l'unica compatibile con il carattere indubbiamente eccezionale dell'art. 391 quinquies c.p.p., dunque non suscettibile di applicazione analogica²⁹.

Pertanto, sarebbe inaccessibile una interpretazione orientata verso la realizzazione piena e completa delle finalità di tutela perseguite dalla disposizione in esame, ossia tesa ad estendere l'esercizio del potere di segretazione – che, si badi, è di pertinenza esclusiva del titolare delle indagini³⁰ – anche nei confronti delle persone sentite dalla polizia giudiziaria, sebbene una interpretazione estensiva concorrerebbe ad impedire il verificarsi di un sostanziale effetto vanificatorio della norma³¹.

E' altresì da sottolineare come l'eventuale divieto imposto dal pubblico ministero sarebbe vanificato qualora – ipotesi molto difficilmente realizzabile – la persona informata venga sentita soltanto dopo avere reso dichiarazioni al difensore investigante o, comunque, avere comunicato ad altri il proprio patrimonio conoscitivo³². Non c'è dubbio, infatti, che il divieto produca effetti esclusivamente nei confronti della persona nominativamente identificata nel decreto, ben potendo il difensore attingere informazioni sugli stessi fatti da persone estranee all'atto investigativo, con le quali la persona assunta dal titolare delle indagini preliminari abbia in precedenza conferito³³.

E' per questo prevedibile che i pubblici ministeri che abbiano intenzione di

di stretta legalità penale) a mantenere il segreto sui fatti e sulle circostanze su cui gli sono state fatte domande, ma addirittura su fatti e circostanze oggetto dell'indagine di cui abbia conoscenza. Egli è certo consapevole dell'ambito delle proprie conoscenze, ma non può certo sapere quali fatti e circostanze – al di là di quelli su cui è stato sentito – siano o possano essere oggetto dell'indagine. Per tranquillità, quindi, dovrebbe tenere la bocca chiusa su tutto».

²⁸Di diverso avviso, invece, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 282. Ritiene che l'obbligo del segreto possa essere imposto anche dalla polizia giudiziaria, altresì, L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 92.

²⁹Concorda sul carattere eccezionale della disposizione G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 280, il quale non spiega, dunque, attraverso quali percorsi giunge a ritenere l'applicabilità della disposizione alle persone sentite dalla polizia giudiziaria.

³⁰In questo senso v. M. MADDALENA, *Il potere di segretazione del pubblico ministero*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 259, per il quale l'esclusività della titolarità del potere è uno degli elementi a sostegno della tesi, da noi condivisa, della differibilità dell'emanazione del decreto di segretazione ad un momento successivo rispetto a quello dell'audizione della persona informata sui fatti.

³¹Sul punto si esprime in termini dubitativi G. FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 59.

³²Il che sostanzia un comportamento della cui legittimità non è dato dubitare, in assenza del divieto ovvero prima dell'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero o, ancora, nell'intervallo di tempo intercorrente tra l'atto acquisitivo del pubblico ministero e un decreto di segretazione eventualmente posticipato.

³³E, occorre aggiungere, non sembra assolutamente impossibile aggirare il divieto, mediante comunicazioni a terzi successive al decreto, ma concordemente retrodatate. Sarebbe chiaramente onere del pubblico ministero, che intenda agire penalmente nei confronti della persona assunta a sommarie informazioni e

segretare le investigazioni useranno chiedere previamente al dichiarante se ha già avuto contatti investigativi con il difensore di una delle parti, senza con ciò incorrere nel divieto stabilito dall'art. 362 c.p.p.

Verificatosi il presupposto normativo³⁴, non si comprende con esattezza quale sia la portata del dovere di astensione della persona assunta ad informazioni o interrogata dagli investigatori pubblici nel momento in cui, avvertita del divieto di fare rivelazioni sulle circostanze oggetto d'indagine, sia successivamente contattata dall'indagante privato. Non si capisce, cioè, se sia gravata da un obbligo di avvalersi della "facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione" ai sensi dell'art. 391 bis, comma 3 c.p.p. o se, al contrario, debba semplicemente omettere di interloquire con il difensore su specifici profili del proprio patrimonio conoscitivo.

Pare che la prima opzione – evidentemente accompagnata, quantomeno per ragioni di opportunità, dall'esplicitazione del divieto imposto dal pubblico ministero al fine di evitare l'inutile sollecitazione dei rimedi alternativi³⁵ – costituisca una soluzione letteralmente e sistematicamente imposta poiché, avendo la persona sentita dal pubblico ministero riferito sui fatti oggetto di indagine, di quanto riferito e di quanto comunque conosca – stando alla lettera, anche a prescindere dalla circostanza che un determinato profilo del patrimonio conoscitivo dell'informatore non sia stato oggetto dell'esame pubblico – non dovrà farne parola con il difensore³⁶.

Se questa è la portata del divieto, come a noi pare e come sarà certamente interpretato dagli inermi cittadini all'occorrenza resi edotti della possibile applicabilità di sanzioni penali per l'ipotesi di inosservanza, non può non criticarsi la scelta di affidare al pubblico ministero l'esercizio di un potere destinato ad incidere sulle modalità di esplicitazione di un diritto costituzionalmente garantito³⁷.

Con ciò non si vuole negare la sussistenza di situazioni investigative eccezio-

destinataria del divieto, provare il profilo temporale della confidenza fatta a terzi. Comunque sia, nessun rimprovero potrebbe muoversi al difensore ignaro dell'intesa fraudolenta intercorsa tra soggetti estranei alla sua sfera giuridica.

³⁴Di cui deve essere data puntuale motivazione nel decreto, indicando in maniera chiara le circostanze di fatto dalle quali scaturiscono le peculiari esigenze investigative che legittimano una così penetrante restrizione dei poteri investigativi della parte privata.

³⁵Il difensore che si vede opporre un puro e semplice rifiuto potrebbe, infatti, attivare i meccanismi acquisitivi compendati dall'art. 391 bis, commi 10 e 11 c.p.p., avendo cognizione della ragione del rifiuto soltanto in quella sede, l'accesso alla quale sarebbe stato evitabile con conseguente risparmio di energie da parte del difensore e degli uffici di procura.

³⁶Concorda con la soluzione da noi proposta C. BOVIO, *L'attività espletabile*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 200. Nonché, sia pure senza particolari argomentazioni, R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida al diritto*, 2001, 1, p. 45. Di diverso avviso, invece, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 273, il quale ritiene che i fatti e le circostanze oggetto del divieto siano soltanto quelli rivelati dall'informatore al pubblico ministero, con la conseguente possibilità di condurre l'audizione su argomenti diversi da quelli trattati nel corso del precedente esame. La discussione sul punto fa emergere, comunque, prepotentemente il carattere di incerta applicabilità della norma in esame, carattere messo in evidenza da G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 185.

³⁷Con efficacia impareggiabile, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 257, definisce il potere di segretezza un istituto che «restringe in modo notevole il senso e gli scopi delle investigazioni difensive, collocandosi in una prospettiva del tutto contrastante con gli obiettivi della legge 7 dicembre 2000, n. 397».

nalmente delicate, da tutelare mediante l'imposizione di un momento di segretezza temporalmente delimitato. Si vuole semplicemente rilevare che la considerazione della gravità delle conseguenze che possono derivarne sul piano della tutela della posizione delle parti private del procedimento penale avrebbe dovuto suggerire la scelta di devolvere la valutazione della sussistenza delle esigenze di segretezza al giudice per le indagini preliminari. Nell'impostazione normativa, al contrario, non è previsto nemmeno un meccanismo di verifica successiva della fondatezza della pretesa del pubblico ministero, magari simile a quello stabilito dall'art. 366, comma 2 c.p.p., come modificato dall'art. 10, comma 2 della l. 7 dicembre 2000, n. 397³⁸.

Si tratta di una omissione particolarmente grave perché si associa, come già rilevato, ad una individuazione estremamente generica del presupposto giustificativo dell'esercizio del potere di segretezza. Invero, con la formula "*specifiche esigenze attinenti all'attività d'indagine*" – esattamente coincidente con quella utilizzata nell'art. 335, comma 3 bis c.p.p. in relazione al potere di segregazione delle iscrizioni sul registro delle notizie di reato – si omette qualsiasi sforzo semantico per delimitare gli spazi di discrezionalità interpretativa, poiché il potere del pubblico ministero appare sganciato finanche dalla sussistenza di reali esigenze di segretezza investigativa. Siamo in presenza di un potere esercitabile in modo "arbitrario" ed al di fuori di ogni controllo giudiziale, per cui non ci si dovrebbe sorprendere – e non si potrebbe fare nulla, salvo adagiarsi sull'improbabile applicazione di sanzioni penali o disciplinari – se ogni procedimento penale di un certo rilievo, o semplicemente più attraente agli occhi dei mass media, conoscesse un decreto di segretezza!

L'ultimo profilo da considerare attiene alle conseguenze dell'inosservanza del divieto da parte della persona che ha reso dichiarazioni. Sotto questo aspetto non pare possa dubitarsi che, qualora il dichiarante renda dichiarazioni al difensore su fatti coperti dal segreto, esse siano pienamente utilizzabili, salva naturalmente la responsabilità penale dell'autore dell'illecita provalazione, non essendo in alcun modo enucleabile un divieto suscettibile di attivare la sanzione generale di cui all'art. 191 c.p.p.³⁹.

2. Le diverse forme di contatto con le persone informate sui fatti e la funzione prodromica del colloquio informale.

Il codice di procedura penale, come innovato per effetto della l. 7 dicembre 2000, n. 347, contempla tre diverse modalità di contatto tra gli organi dell'investigazione privata e le "*persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa*": il colloquio, la ricezione di dichiarazioni e l'assunzione di

³⁸Si osservi che nemmeno il d.d.l. originario prevedeva un simile potere di intervento del giudice per le indagini preliminari. Invero, l'intervento del G.I.P. era limitato ad un vaglio sulla eventuale richiesta di proroga del termine da parte del pubblico ministero.

³⁹Soccorrono gli insegnamenti di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 657: «Lo stesso atto cade sotto due valutazioni normative, penalistica e processuale: ed essendo indipendenti le relative norme, costituisce prova valida, sebbene sia delittuoso». Al contrario, ritiene applicabile al caso di specie la sanzione processuale dell'inutilizzabilità G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 286.

informazioni⁴⁰.

Un primo elemento di differenziazione tra le diverse forme di approccio conoscitivo in funzione difensiva è riscontrabile sotto il profilo della legittimazione soggettiva: mentre il colloquio può avere come interlocutore della persona informata qualsivoglia soggetto dell'investigazione privata, ossia il difensore, il sostituto, gli investigatori ed i consulenti tecnici, le altre forme di contatto necessitano della presenza del difensore o del sostituto⁴¹.

La disciplina della documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni (art. 391 ter c.p.p.) la quale contempla, quali soggetti chiamati rispettivamente all'autenticazione della sottoscrizione del dichiarante ed alla documentazione delle informazioni, esclusivamente il difensore o il sostituto – salva la facoltà di avvalersi, ai fini della materiale redazione del verbale, di persone di loro fiducia – conferma e, allo stesso tempo, giustifica l'opzione restrittiva in punto di poteri acquisitivi da fonti dichiarative.

Per vero, l'attività apprensiva formale impone l'assunzione di un ruolo più che mai qualificato essendosi in presenza di un atto nel quale l'investigante assume funzioni di certificazione più o meno impegnative a seconda delle forme acquisitive prescelte.

E' chiaro che un'attività di così grande rilievo ed implicante enormi responsabilità non può essere affidata agli investigatori privati o ai consulenti tecnici, ossia ad ausiliari preposti all'assolvimento di funzioni di stampo tipicamente operativo e, in generale, privi di qualsiasi potere di certificazione⁴².

Una analisi come la nostra, tesa a ricercare nell'ambito della disciplina di nuova introduzione limitazioni alle facoltà investigative difensive, rifuggendo dunque da qualsiasi generica finalità commentatrice di singole norme della legge n. 397, ci

⁴⁰Rileva giustamente G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 206, come «mentre il secondo e il terzo costituiscono la tipizzazione di attività formali, destinate ad una eventuale valenza procedimentale (dunque ad essere in senso proprio atti del procedimento), come emerge dalla prevista loro documentazione mediante verbale, il primo (...) configura (...) una attività investigativa del tutto informale». Sotto questo profilo, osserva N. TRIGGIANI, *Le indagini difensive*, cit., p. 234, come la facoltà concessa al difensore di acquisire dichiarazioni "senza lasciare alcuna traccia" potrebbe creare una disparità di trattamento rispetto alla parte pubblica, obbligata a verbalizzare ogni acquisizione a carattere dichiarativo.

⁴¹Da ciò deriva, in relazione all'avviso di cui all'art. 391 bis, comma 3 lett. b), che per i consulenti tecnici e gli investigatori privati il contenuto dell'avvertimento è predeterminato dalla legge. Così G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 189.

⁴²Per altro, la scelta normativa si inserisce all'interno di un modo di concepire la funzione ed il ruolo del difensore e dei sostituti assolutamente diverso rispetto alla funzione e ruolo degli altri ausiliari, questi ultimi visti come figure di autonomo rilievo ma estranee all'organizzazione dello studio professionale, funzionalmente subordinati ai primi. E' indubbiamente figlia di questo modo di pensare la norma contenuta nell'art. 4, comma 5 delle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive" deliberate dall'Unione delle Camere penali italiane il 19 aprile 2001. Nella disposizione citata, i requisiti di forma e di contenuto dell'atto di conferimento dell'incarico agli investigatori privati ed ai consulenti tecnici appaiono aggravati rispetto a quanto previsto in relazione ai sostituti. Un altro sintomo, forse ancora più indicativo, di questa opzione differenziatrice è ricavabile dall'art. 11, comma 2 delle "Regole", per effetto del quale soltanto il difensore ed i sostituti sono legittimati a scambiare informazioni con l'assistito al fine di coordinare l'esercizio della difesa tecnica e dell'autodifesa. Gli altri ausiliari, invece, possono soltanto "assistere" all'esplicarsi di un flusso informativo al quale rimangono, però, estranei.

induce a soffermare la nostra attenzione sul colloquio informale, costruito dall'art. 391 bis, comma 1 c.p.p. come un atto finalizzato all'acquisizione di notizie e sostanziatesi nel "conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa".

E' stato giustamente rilevato in dottrina come «il colloquio è stato concepito come attività informale, tanto che non si è prevista documentazione delle notizie riferite dalla persona assunta, e non dovrebbe essere alternativo alla dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni, ma atteggiarsi a presupposto di esse; dovrebbe servire, in altre parole, per valutare la portata e l'utilità conoscitiva della persona interpellata; non va dimenticato, invero, che l'attività d'investigazione difensiva è finalizzata ad acquisire elementi probatori a favore (...) ed è ragionevole ritenere che i soggetti legittimati, che si trovino di fronte a persona non in grado di riferire circostanze di tale natura, eviteranno di sviluppare il contatto»⁴³.

Si tratta, dunque, di uno strumento dotato di rilievo interno, quasi funzionale all'organizzazione dell'attività investigativa a valenza procedimentale⁴⁴. Tuttavia, non deve pensarsi ad un istituto le cui risultanze conoscitive siano, in assenza di un successivo momento cognitivo formalizzato, *tanquam non esset*.

Occorre infatti tenere presente che taluni dei protagonisti dell'investigazione difensiva (consulenti tecnici ed investigatori privati) e, comunque, le persone che abbiano presenziato all'atto senza espletare funzioni documentative sono, secondo parte della dottrina, legittimati a deporre su quanto riferito nell'ambito del colloquio informale⁴⁵. Ne deriva che anche il patrimonio conoscitivo acquisito mediante il colloquio informale può assumere una valenza strettamente procedimentale, sia pure indiretta in quanto acquisito attraverso l'assunzione di una fonte mediata.

Senz'altro da condividere è la riflessione circa la funzione tendenzialmente strumentale del colloquio rispetto all'instaurazione di un momento conoscitivo formalizzato, ma proprio in virtù di questa sua connotazione interlocutoria vale la pena interrogarsi sull'esatta estensione della facoltà, riconosciuta dall'art. 391 bis, comma 3, lett. d) c.p.p. alla persona interpellata, di non rispondere o di non rendere la dichiarazione per verificare la sussistenza di elementi, testuali o logici, che consentano di escludere il colloquio dal relativo campo di applicazione.

La dottrina, infatti, ha sottolineato l'importanza del momento informativo non formalizzato al punto da configurare nell'ambito dell'attività difensiva complessivamente tesa all'individuazione di elementi di prova uno spazio di ricerca prelimi-

⁴³R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., p. 41. Ritiene che il colloquio realizzi un contatto "preliminare" finalizzato a saggiare le conoscenze della persona informata sui fatti in vista di una eventuale indagine più approfondita, L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 59. Negli stessi termini N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 258 s., il quale evidenzia che tra il colloquio e le modalità acquisitive formali non esiste un rapporto di alternatività, atteggiandosi il colloquio a presupposto di queste.

⁴⁴G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 190 concorda nell'attribuzione all'istituto di una funzione propedeutica teso a consentire sia l'identificazione dei soggetti in grado di fornire contributi informativi, sia una prima valutazione di rilevanza dei relativi apporti.

⁴⁵Di questo avviso G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 209 secondo il quale «nulla sembra vietare che i dati storici, anche del suo contenuto, possano costituire oggetto di una testimonianza». Si dirà oltre delle precisazioni enunciate sul tema dalla Corte costituzionale, nonché della nostra opinione.

nare, nell'ambito del quale reperire e verificare l'apparato informativo che, se dotato di pertinenza e rilevanza, dovrà essere formalizzato mediante l'attivazione degli strumenti investigativi tipizzati.

Ma è proprio il notevole rilievo della fase investigativa preliminare, il cui esito è suscettibile di vanificare lo sforzo di apprendimento di elementi utili alla difesa, ad imporre una robusta verifica circa la riconduzione del colloquio all'ambito applicativo della facoltà di astensione.

Invero, appare difficilmente compatibile con la funzione prodromica del colloquio la previsione di una facoltà della persona contattata di sottrarsi al momento comunicativo preliminare. Ci si deve, infatti, chiedere come potrebbe l'investigante valutare la portata delle conoscenze della persona informata se questa scegliesse di non sottoporsi all'intervista. Egualmente, ci si deve chiedere quale difensore sceglierebbe di esplorare la via dell'intervento suppletivo del pubblico ministero (art. 391 bis, comma 10 c.p.p.) per escutere un soggetto il cui patrimonio conoscitivo è rimasto del tutto ignoto, accettando il rischio di portare a conoscenza dell'antagonista – lo stesso discorso vale, ovviamente, rispetto all'incidente "parainvestigativo" – elementi che, in tesi, potrebbero anche pregiudicare la posizione della persona sottoposta alle indagini⁴⁶.

Appare oltremodo chiaro che una interpretazione estensiva del diritto al silenzio della persona asseritamente informata sui fatti rappresenterebbe un elemento di grave pregiudizio per l'attivazione di una vera attività difensiva protesa alla ricerca ed acquisizione di elementi dichiarativi, generando un vuoto conoscitivo ragionevolmente destinato ad impedire il passaggio alla successiva fase del contatto dichiarativo formalizzato.

Non fosse che per ragioni estranee all'ordinamento processuale, legate a scelte di carattere penale sostanziale, potremmo senz'altro escludere che una interpretazione estensiva dell'ambito applicativo della facoltà di astensione sia imposta dal sistema⁴⁷.

Al contrario, essa va contro le premesse teleologiche e la sistematica dell'art. 391 bis c.p.p. e, per cogliere i profili di attrito della previsione con gli obiettivi della riforma, l'attenzione va per un attimo concentrata sul comma 10 dell'articolo 391 bis c.p.p., il quale legittima al ricorso all'attività suppletiva del pubblico ministero "quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3".

Analizzando la fattispecie nella sua interezza non sfugge come essa possa ritenersi perfezionata soltanto quando il difensore ha avuto modo di apprendere che la

⁴⁶Evidenzia correttamente G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 228, in relazione all'audizione ex art. 391 bis, comma 10 c.p.p., come «nella pratica si farà scarsamente ricorso a questa via alternativa, riservandola a situazioni eccezionali o marginali, non potendosi dire usuale per un difensore – specialmente se non è previamente bene informato delle conoscenze di una persona che abbia persino rifiutato di parlargli in un colloquio informale – attivare il pubblico ministero per potere in sua presenza attingere la fonte». Per analoghe considerazioni sul ricorso all'incidente probatorio "suppletivo" (art. 391 bis, comma 11 c.p.p.) cfr. *l'op. ult. cit.*, p. 232.

⁴⁷Né costituzionalmente necessaria, come riconosce G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 190 ss., alle cui considerazioni si rinvia per eventuali approfondimenti.

fonte che intende fare escutere dal suo antagonista⁴⁸ è depositaria di “elementi di prova a favore del proprio assistito” (art. 327 bis c.p.p.)⁴⁹. Ma come potrebbe, occorre chiedersi, il difensore apprendere il patrimonio conoscitivo di cui la persona che egli presume informata sui fatti è depositaria senza avere in precedenza interloquito con essa?

Come si vede, applicando indiscriminatamente la facoltà di astensione prevista dall’art. 391 bis, comma 3, lett. d) c.p.p. non si impedirebbe soltanto lo sviluppo del contatto diretto tra il difensore e la persona informata, ma si pregiudicherebbe, ancora prima, la facoltà di attivare i poteri suppletivi del pubblico ministero⁵⁰ e, per questa via, ogni significativa evoluzione di un’indagine privata in ipotesi determinante per i futuri sviluppi della specifica vicenda giudiziale.

Fin qui il dato teleologico-sistematico. Ma anche la formulazione letterale dell’art. 391 bis, comma 3, lett. d) c.p.p. non obbliga ad intendere la facoltà di astensione come riferita a tutte le forme di approccio conoscitivo previste dai commi precedenti.

Infatti, l’art. 391 bis c.p.p. disciplina in due commi diversi, rispettivamente, il colloquio e la ricezione di dichiarazioni ovvero l’assunzione di informazioni e, esaminando la struttura degli atti acquisitivi, appare chiaro come soltanto la seconda modalità acquisitiva formalizzata è necessariamente strutturata secondo un modello rigidamente bilaterale, evocativo di uno scenario in cui ad un soggetto (l’investigante privato) che formula le domande si contrappone un soggetto (la persona informata sui fatti) che a quelle domande risponde⁵¹.

Nel colloquio, invece, i soggetti coinvolti sono posti in posizione di parità: essi “conferiscono”, come dice la norma, senza rigidità di ordine formale e, per ciò che più conta, senza la necessità di uno svolgimento del contatto con la modalità dell’assunzione di informazioni.

Ne deriva che il soggetto che può avvalersi della facoltà di non rispondere dovrebbe essere soltanto colui che viene assunto ad informazioni ai sensi dell’art. 391 bis, comma 2 c.p.p. e che, tecnicamente, risponde a domande. Non anche colui che viene avvicinato per un contatto informale. Questi non potrebbe sottrarsi al colloquio, dovendo riferire ciò che sa sui fatti per cui è in corso l’indagine e mettendo così il difensore che ne abbia interesse in condizioni di procurarsi un momento di formalizzazione “consapevole” delle conoscenze di cui la fonte è depositaria.

Questa costruzione, coerente con le finalità che l’art. 391 bis persegue ed in linea con gli obiettivi della legge sulle investigazioni difensive, a prima vista sembra non reggere – come anticipato – ad una analisi integrata dei sistemi sostanziale e processuale penale.

⁴⁸Ovvero assumere con le forme dell’incidente probatorio, ai sensi dell’art. 391 bis, comma 11 c.p.p.

⁴⁹E’ questo il fine (immediato) dell’attività investigativa del difensore. Né potrebbe ragionevolmente pensarsi che la norma si riferisca all’attività d’indagine complessivamente intesa, ossia compendiate anche le finalità perseguite dalla pubblica accusa.

⁵⁰E del giudice per le indagini preliminari.

⁵¹La dichiarazione costituisce, invece, un atto esclusivo del dichiarante, assolutamente impermeabile a qualsiasi concorso del difensore nella fase della sua elaborazione. L’intervento certificatorio del difensore, sostanziandosi nella redazione di una relazione, invero, non influisce per nulla sul contenuto enunciativo dell’informativa.

Per vero, essa sembra scontrarsi con il profilo materiale del nuovo reato di «false dichiarazioni al difensore», introdotto con l'art. 20 della legge 7 dicembre 2000, n. 397. Nella struttura della disposizione, infatti, la facoltà di cui all'art. 391 bis, comma 3, lett. d) c.p.p. è riferita alle ipotesi previste dall'art. 391 bis, commi 1 e 2 c.p.p., dal che sembrerebbe doversi desumere che il legislatore abbia inteso ragionare in termini ampi, riconducendo alla fattispecie penale ogni forma di contatto investigativo con fonti personali.

Tuttavia, volendo approfondire l'analisi esegetica, occorre muovere dalla premessa che la norma penale sostanziale non contiene alcun riferimento espresso alle diverse modalità acquisitive previste e disciplinate dall'art. 391 bis c.p.p., al punto che non si è mancato, in dottrina, di prospettare un'impostazione ermeneutica particolarmente rigorosa, ossia tesa ad escludere dal campo di applicazione della norma la stessa "assunzione di informazioni"⁵².

Ne deriva che la ricerca delle attività acquisitive suscettibili di vanificazione mediante l'esercizio della facoltà di astensione, per questo rilevanti sul piano sostanziale, deve essere condotta esclusivamente all'interno della norma processuale di riferimento, in essa soltanto potendosi rinvenire l'esatta portata del richiamo ai commi 1 e 2 contenuto nell'art. 371 ter c.p.

Orbene, l'art. 391 bis c.p.p. presenta una struttura complessa, per cogliere esattamente la portata della quale si impone la lettura coordinata dei primi due commi al fine di ricostruire, in termini unitari, il quadro della attività apprensive di elementi dichiarativi esperibili nei confronti di soggetti portatori di conoscenze rilevanti per l'accertamento. Invero, è lo stesso comma 1 a costituire oggetto di espresso richiamo da parte della disposizione immediatamente successiva, sia pure circoscritto al profilo dell'identificazione dei riferimenti soggettivi passivi dell'atto investigativo ("*persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa*").

A fronte di una norma processuale così strutturata è legittimo ritenere che il legislatore, in sede di predisposizione della norma sostanziale, abbia inteso riferirsi all'art. 391 bis, commi 1 e 2 c.p.p. semplicemente al fine di trasferire all'interno della disposizione penale l'esigenza di coordinamento implicita nel richiamo contenuto nel comma 2 della norma processuale, ossia al fine di trasfondere nella norma sostanziale il carattere necessariamente unitario – al di là della topografia normativa – delle disposizioni di natura processuale, carattere a sua volta formalizzato dal richiamo contenuto nel comma 2 della norma del codice di procedura penale.

Ciò spiegherebbe il mancato riferimento, nell'ambito dell'art. 371 ter c.p., a qualsiasi tipo di atto acquisitivo, legittimando sul piano positivo un'opzione ermeneutica che, sorretta dall'analisi del sistema e degli scopi della normativa di nuova introduzione, sia diretta ad escludere la sussistenza di una facoltà di astensione in capo alla persona informata coinvolta in un esperimento acquisitivo non formalizzato.

Ma altri elementi sostengono la nostra tesi e sono rinvenibili tramite un'accu-

⁵²La tesi è prospettata, ma immediatamente ripudiata, da P. PITTARO, *Le modifiche al diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 252.

ta analisi di altri profili della disposizione penale sostanziale.

Già la rubrica dell'art. 371 ter c.p. lascia trasparire una scelta legislativa discriminante all'interno dei modelli acquisitivi tipizzati, essendo l'attività di apprensione di elementi dichiarativi formalizzata prerogativa esclusiva del difensore e del sostituto, soggetti ai quali soltanto sembra riferirsi l'espressione "difensore" che ricorre nella rubrica della norma penale.

Non meno conducente è, infine, la previsione dell'obbligo di sospensione del procedimento "*nel corso del quale sono state assunte le dichiarazioni*" (art. 371 ter, comma 2 c.p.). La sospensione di un procedimento rilevante sul piano penale in quanto luogo di assunzione delle dichiarazioni false, invero, è conseguenza riconducibile ad un'attività di impiego delle risultanze conoscitive e ciò può avvenire soltanto a seguito di un processo acquisitivo formalizzato – nell'ambito del quale soltanto le dichiarazioni sono tecnicamente assunte – concluso con la predisposizione di adeguate e tipiche forme di documentazione.

Acquisita, sulla base delle su esposte argomentazioni, la necessità di aderire ad una interpretazione restrittiva della facoltà di astensione della persona informata, un diverso problema si pone relativamente alla possibilità o meno di formalizzare le risultanze del colloquio. La circostanza che il codice processuale richieda che l'acquisizione delle notizie avvenga, in questo caso, attraverso un colloquio non documentato (art. 391 bis, comma 1 c.p.p.) non pare possa essere intesa nel senso di un assoluto divieto di cristallizzazione delle emergenze rilevanti in funzione difensiva.

Invero, nulla esclude che il difensore (o i suoi ausiliari) procedano ad «annotazioni», con modalità corrispondenti a quelle previste dagli artt. 357 e 373 c.p.p. e con l'osservanza delle forme contemplate dall'art. 115 delle disposizioni d'attuazione al codice di procedura penale⁵³, ovvero adottino ulteriori e diversi strumenti documentativi⁵⁴.

Appare chiaro, tuttavia, che del contenuto dell'annotazione non potrà farsi alcun impiego in sede di esame della persona contattata, poiché l'annotazione non contiene una dichiarazione a lui legalmente riferibile, ma una sintesi di quanto l'autore dell'operazione investigativa afferma di avere percepito. Essa, invece, potrebbe essere impiegata nel corso dell'esame testimoniale reso da colui che ha effettuato

⁵³Ai sensi del comma 1 del quale: "*Le annotazioni previste dall'art. 357, comma 1 del codice contengono l'indicazione dell'ufficiale o dell'agente di polizia giudiziaria che ha compiuto le attività d'indagine, del giorno, dell'ora e del luogo in cui sono state eseguite e la enunciazione succinta del loro risultato. Quando assume dichiarazioni, ovvero quando per il compimento di atti si avvale di altre persone, la polizia giudiziaria annota altresì le relative generalità e le altre indicazioni personali utili per l'identificazione*". La disposizione è richiamata dall'art. 119 disp. att. c.p.p. relativo all'annotazione di atti del pubblico ministero.

⁵⁴Nel senso che «la peculiarità negativa della non documentazione che caratterizza il colloquio non va intesa in termini assoluti» si esprime G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 207 ss. La stessa soluzione è patrocinata da A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., pp. 215 ss. il quale sottolinea l'opportunità di documentare il colloquio sia per esigenze di garanzia dell'attività del difensore e dei suoi ausiliari, sia per cristallizzare in un documento l'adempimento delle formalità prescritte dall'art. 391 bis, comma 3 c.p.p. In ogni caso, sostiene l'Autore, la relativa documentazione non potrà essere inserita nel fascicolo del difensore. Negli stessi termini N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 419.

l'annotazione – entro i limiti segnati dalle nuove ipotesi di incompatibilità contemplate dall'art. 197 c.p.p. – essendo a costui riferibili le dichiarazioni⁵⁵.

Infatti, gli investigatori privati, i sostituti ed i consulenti tecnici – rispetto ai quali non sussistono cause di incompatibilità con l'ufficio testimoniale – non soggiacciono al divieto di testimonianza *de relato* ripristinato, per gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, dalla legge attuativa dei principi costituzionali del giusto processo (l. 63/2001). Pertanto, essi potrebbero, almeno così ritiene parte della dottrina, deporre sul contenuto del colloquio informale e, nel corso della deposizione, ottenere l'autorizzazione presidenziale a consultare l'annotazione da essi redatta (art. 499, comma 5 c.p.p.).

3. L'assunzione di informazioni dalle persone sottoposte alle indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato.

Il contatto investigativo con persone indagate o imputate nello stesso procedimento ovvero in procedimento connesso o per reato collegato è disciplinato in modo particolarmente dettagliato, e non poteva essere altrimenti, considerata la particolare posizione che questi soggetti vengono ad assumere nel procedimento e per la quale non possono essere obbligati – tanto meno dalla difesa – a contribuire alla ricostruzione di fatti dai quali potrebbe derivare una loro responsabilità penale.

L'area di protezione di questa figura processuale, occorre premettere, è stata notevolmente ristretta dalla legge 1 marzo 2001, n. 63, la quale ha ridimensionato la portata del “diritto al silenzio” e riscritto gli istituti della connessione e del collegamento investigativo⁵⁶.

Emerge subito una questione che deve essere affrontata e risolta in via preliminare: anche a seguito della riforma attuata con la legge sul giusto processo, permane in capo alle “*persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1 lettera a), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone*” la facoltà di rendere dichiarazioni mendaci senza andare incontro a responsabilità di carattere penale. Appare evidente che a queste persone non deve essere rivolto l'avviso di cui all'art. 391 bis, comma 3 lett. f) c.p.p.

Al contrario, è opportuno, ancorchè giuridicamente non imposto, informare le persone di cui all'art. 197 bis, comma 1 c.p.p., ovviamente in quando abbiano accettato di rispondere alle domande del difensore, della facoltà di astenersi dal deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna nei loro confronti, se nel procedimento esse avevano negato la propria responsabilità ovvero non avevano reso alcuna dichiarazione⁵⁷; nonché le persone di cui all'art. 197

⁵⁵Cfr., ancorchè in riferimento alle annotazioni di polizia giudiziaria, G. LOCATELLI, *La documentazione degli atti d'indagine del P.M. e delle investigazioni difensive*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 591. Ovviamente, ciò vale in quanto si ammetta la possibilità di una testimonianza sul contenuto del colloquio.

⁵⁶In particolare, sotto il profilo qui considerato, si rinvia agli artt. 197, 197 bis c.p.p. nonché, per quanto riguarda gli istituti della connessione e del collegamento investigativo, agli artt. 12 e 371, comma 2 c.p.p.

⁵⁷La garanzia è attribuita dall'art. 197 bis, comma 4 c.p.p. all'imputato in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p. o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2 lett. b) c.p.p. nei casi in cui può essere sentito come testimone, ossia quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

bis, comma 2 c.p.p. della facoltà di non deporre su fatti che concernono la loro responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei loro confronti⁵⁸.

Premesso questo sul piano della completezza informativa, il primo elemento da porre in evidenza in sede di analisi delle forme di tutela dei soggetti del procedimento coinvolti in attività d'indagine difensiva è la maggiore ampiezza della previsione di garanzia sotto il profilo dei referenti soggettivi rispetto alle corrispondenti disposizioni afferenti all'attività investigativa della parte pubblica.

Invero, esaminando le disposizioni del codice di procedura penale attinenti al profilo qui considerato – articoli 351, 363, 370 c.p.p.⁵⁹ – e comparando il dettato normativo con quanto disposto dall'art. 391 bis, comma 5 c.p.p., emerge come la disposizione regolatrice del potere investigativo difensivo garantisca tutti i soggetti la cui posizione sia qualificata dalla sussistenza di un collegamento probatorio ai sensi dell'art. 371, comma 2 c.p.p.⁶⁰.

La ragione di questa differenziazione rimane oscura⁶¹, mentre è chiaro che l'impostazione estensiva accolta dal legislatore produce un aggravamento dei limiti all'esercizio della funzione investigativa difensiva, anche alla luce dell'avviso che il difensore deve dare alla persona contattata, a pena di inutilizzabilità, circa l'obbligo di “*dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato*”. Appare evidente che se questa è la portata della disposizione, il difensore che voglia assolvere in modo pieno alla funzione che gli è demandata dalla legge sulle investigazioni difensive dovrà impegnare buona parte del proprio tempo a spiegare alle persone informate sui fatti che cosa si intende per procedimento connesso o collegato⁶².

Ciò vale a maggior ragione se, come sostenuto dai primi commentatori, l'even-

⁵⁸Si tratta, in particolare, degli imputati in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1 lett. c) c.p.p., ovvero di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2 lett. b) c.p.p., i quali possono essere sentiti come testimoni, oltre che nei casi compendiali dal comma precedente, anche nel caso in cui, debitamente avvertiti ai sensi dell'art. 64, comma 3 lett. c) c.p.p., abbiano reso in sede di interrogatorio dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità di altri.

⁵⁹In tutte le suddette disposizioni, accanto alle ipotesi di connessione, si fa riferimento ai casi di “collegamento investigativo” contemplati dall'art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p.

⁶⁰Ai sensi dell'art. 371, comma 2 c.p.p.: “*Le indagini di uffici diversi del pubblico ministero si considerano collegate:*

1. *se i procedimenti sono connessi a norma dell'art. 12 ovvero si tratta di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre;*
2. *se si tratta di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che siano stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza;*
3. *se la prova di più reati deriva, anche in parte, dalla stessa fonte”.*

⁶¹Salvo cogliere anche in questa “sfumatura” un ulteriore indice della forte diffidenza del legislatore rispetto ad un settore della normazione che, proprio in relazione ad un'attività del tutto peculiare, pone in primo piano soggetti estranei all'apparato pubblico.

⁶²Osserva N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 291, come «della situazione processuale di indagato si può non essere al corrente fino al momento nel quale si riceve un atto dal quale tale *status* emerge (informazione di garanzia o atto equipollente, che può essere notificato anche ad indagini preliminari in avanzato sviluppo). Quanto, poi, alla nozione giuridica della connessione o del collegamento processuale o sostanziale, le cause di possibile ignoranza possono essere varie». Con molta schiettezza A. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, cit., p. 110, sottolinea come «l'avvertimento relativo a quest'obbligo del-

tuale condotta reticente da parte della persona contattata renderebbe inutilizzabili le dichiarazioni acquisite⁶³.

In un modello investigativo privato poco disposto ad accogliere poteri d'indagine suscettibili di esplicarsi in atti particolarmente invasivi degli altrui diritti fondamentali di libertà – si pensi all'esclusione dell'attribuzione di poteri di intercettazione di conversazioni e comunicazioni, di perquisizione e sequestro, di ispezione personale – non poteva non dedicarsi particolare attenzione all'atto d'indagine teso alla ricerca ed acquisizione di elementi di prova a carattere dichiarativo da persone sottoposte ad indagini ovvero imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per reato collegato.

Il tema dell'apporto collaborativo dell'indagato all'accertamento penale costituisce notoriamente uno dei più complessi e dibattuti nodi problematici della disciplina processuale, dovendosi contemperare l'esigenza di dare attuazione al principio espresso dal brocardo *nemo tenetur se detegere* – implicante il riconoscimento di significative garanzie all'accusato di un reato, quali la sicura conoscenza della veste processuale assunta, il diritto al silenzio e l'assistenza difensiva – con l'altra, non meno rilevante, di assicurare l'effettività e la completezza del processo di verifica di un'imputazione⁶⁴.

Il conflitto di valori che si costituisce nell'atto di acquisizione di elementi dichiarativi da soggetti processualmente qualificati⁶⁵ non poteva rimanere esente da un qualsiasi tentativo di equilibrata composizione normativa nell'ambito del procedimento definitorio del modello investigativo difensivo.

Il legislatore, esercitando un potere limitatamente discrezionale, ha optato per una soluzione rigida, dotando l'atto acquisitivo di una spiccata connotazione garan-

l'interlocutore è tanto facile quanto doveroso, ma la sicurezza della veridicità della risposta opinabile e relativa».

⁶³Cfr. R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., p. 44 per il quale: «C'è solo da sperare, altrimenti il difensore ne piangerebbe le conseguenze (la citata inutilizzabilità dell'atto), che l'interessato affermi la verità sul punto». Pare quantomeno dubitabile, però, che sia l'assistito del difensore investigante a dover pagare le conseguenze della condotta reticente della persona informata sui fatti. Invero, questi, con la propria scelta, pregiudica sé stesso in quanto rinuncia alle garanzie che l'ordinamento gli riconosce a tutela della posizione processuale che riveste. Se, però, il difensore ha assolto diligentemente al proprio dovere, dando il necessario avviso e, andando al di là di quanto la legge prescrive, illustrando in termini semplici la portata dell'informazione preliminare che esige, nessun rimprovero può essergli mosso. Né, d'altra parte, il difensore dispone di strumenti dotati di attitudine a fornire notizie certe circa la sussistenza di procedimenti penali a carico della persona informata sui fatti, non figurando tra i legittimati ad accedere alla comunicazione prevista dall'art. 335 c.p.p. In fin dei conti, se dagli atti documentativi previsti dall'art. 391 ter c.p.p. emerge che il difensore ha dato gli avvisi prescritti dalla legge, le dichiarazioni saranno, sul punto, inattaccabili. La stessa tesi è sostenuta da G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonte dichiarativa*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 190, per il quale l'art. 391 bis, comma 6 c.p.p. «sembra evocare le violazioni consapevoli da parte di chi procede all'atto e non anche quelle che derivano dall'inosservanza da parte dell'interpellato del (preteso) suo obbligo».

⁶⁴Sembra superfluo rammentare che durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p. la questione era più che controversa, oscillandosi tra l'interpretazione restrittiva della disposizione – per cui tra le persone che possono dare informazioni dovevano escludersi i soggetti qualificati, facendo pensare la lettera della norma a persone che, in dibattimento, avrebbero potuto assumere la veste di testimoni – ed un approccio estensivo, più attento alle finalità dell'indagine privata, le quali avrebbero potuto rendere necessario un contatto informativo anche con persone coinvolte a vario titolo nell'accertamento.

⁶⁵G. RUGGERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 207 parla di atto produttivo di «una possibile frizione tra le esigenze di difesa dell'indagato o dell'imputato e quelle del coindagato o coimputato in procedimento connesso o per reato collegato».

tista, peculiarmente qualificata dalla previsione della necessaria partecipazione del difensore, al quale l'investigante deve dare avviso almeno ventiquattro ore prima. In mancanza di difensore di fiducia la legge prescrive l'attivazione, a cura del difensore che procede alle investigazioni, di un momento di contatto con l'autorità giudiziaria finalizzato alla designazione di un difensore d'ufficio ai sensi dell'art. 97 c.p.p.⁶⁶.

La previsione di una partecipazione necessaria del difensore adduce all'attività d'indagine difensiva – con portata evidentemente discriminatrice – profili di garanzia estranei agli schemi dell'indagine condotta dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria: invero, salva l'ipotesi contemplata dall'art. 294 c.p.p.⁶⁷, solo l'atto d'indagine previsto dall'art. 351 c.p.p. esige la necessaria assistenza del difensore, ma siamo in presenza di un atto che vede come protagonista necessario la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini⁶⁸. In tutti gli altri casi di acquisizione da fonti dichiarative qualificate (artt. 363 e 351, comma 2 c.p.p.) la presenza del difensore è solo eventuale⁶⁹.

Il legislatore ha preferito ampliare la sfera delle garanzie della persona processualmente qualificata che entri in contatto con il difensore investigante, in ciò lasciando trasparire, ancora una volta, i tratti essenziali della profonda influenza esercitata sul Parlamento dal clima di diffusa diffidenza che ha caratterizzato la discussione sul tema fondamentale dell'attribuzione di un ruolo investigativo a soggetti diversi dal pubblico ministero.

Resta però da capire quali mezzi possa attivare il difensore investigante per l'ipotesi in cui il difensore di fiducia (o quello d'ufficio eventualmente nominato) della fonte qualificata non sia stato reperito ovvero non sia comparso.

Esclusa la possibilità di adire il pubblico ministero ai sensi dell'art. 391 bis, comma 10 c.p.p. (il quale esige che la persona in grado di offrire circostanze utili

⁶⁶Per il quale: *“Quando è richiesta la presenza del difensore e quello di fiducia o di ufficio nominato a norma dei commi 2 e 3 non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa, il giudice o il pubblico ministero designa come sostituto altro difensore immediatamente reperibile per il quale si applicano le disposizioni dell'art. 102”*.

⁶⁷Come modificato dall'art. 12 della legge 1 marzo 2001, n. 63.

⁶⁸La presenza del difensore è altresì necessaria per il compimento di un interrogatorio delegato alla polizia giudiziaria «a cui partecipa la persona sottoposta alle indagini» (art. 370 c.p.p. come modificato dall'art. 5 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306).

⁶⁹Come ribadito, di recente, da Cass. penale, Sez. II, 5 dicembre 2001-20 novembre 2002, Purpura. È utile riportare le disposizioni che costituiscono il parametro della nostra analisi. Ai sensi dell'art. 351, comma 1 bis c.p.p.: *“All'assunzione di informazioni da persona imputata in un procedimento connesso ovvero di una persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'art. 371, comma 2 lettera b) c.p.p. procede un ufficiale di polizia giudiziaria. La persona predetta, se priva di difensore, è avvisata che è assistita da un difensore di ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore deve essere tempestivamente avvisato e ha diritto di assistere all'atto”*. Per l'art. 363 c.p.p.: *“Le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 sono interrogate dal pubblico ministero sui-fatti per cui si procede nelle forme previste dall'articolo 210, commi 2, 3 e 4. La disposizione del comma 1 si applica anche alle persone imputate di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371, comma 2 lettera b)”*. A norma dell'art. 210, comma 3 c.p.p.: *“Le persone indicate nel comma 1 sono assistite da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame. In mancanza di un difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio”*. Infine, è il caso di ricordare che: *“I diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini. Alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito”* (art. 61 c.p.p.).

ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione) non resta che orientarsi su una soluzione analoga a quella offerta, per l'ipotesi similare afferente al difensore della persona sottoposta alle indagini, dall'art. 350, comma 4 c.p.p.⁷⁰.

E' preferibile, però, che la richiesta di provvedere a norma dell'art. 97, comma 4 c.p.p. sia rivolta sempre al giudice, ancorchè il procedimento versi ancora in fase d'indagine, e non al pubblico ministero in virtù della terzietà del primo, anche se, come è stato rilevato forse con eccessivo ottimismo, la questione delle garanzie in una fase delicatissima quale è quella della designazione del difensore d'ufficio è stata superata dalla recente normativa in tema di difesa d'ufficio⁷¹.

4. L'atto acquisitivo di elementi dichiarativi in caso di self incrimination. Contraddizioni e vuoti di tutela di una disciplina all'insegna del parallelismo perfetto tra poteri investigativi pubblici e privati.

L'art. 391 bis, comma 9 c.p.p. sembrerebbe – all'apparenza – ispirato al principio *nemo tenetur se detergere* ed impone ai soggetti legittimati ad assumere informazioni (difensore e sostituto) di interrompere l'esame della persona non indagata né imputata qualora renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico. Similmente a quanto prevede l'art. 63, comma 1 c.p.p., le dichiarazioni rese in precedenza non potranno essere utilizzate contro la persona che le ha rese.

Dal testo della disposizione si evince – a noi pare in maniera chiara – che le dichiarazioni rese prima che emergano gli elementi a carico del dichiarante potranno essere pienamente utilizzate nel processo in cui è imputato l'assistito dell'investigante o, comunque, a tutela della posizione di questi⁷².

La chiarezza del dato normativo non si spinge, però, fino al punto di consentire

⁷⁰Ai sensi del quale, in relazione all'assunzione di sommarie informazioni dalla persona sottoposta alle indagini: "Se il difensore non è stato reperito o non è comparso, la polizia giudiziaria richiede al pubblico ministero di provvedere a norma dell'articolo 97 comma 4".

⁷¹In questi termini, C. BOVIO, *L'attività espletabile*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 180. Critica la scelta di escludere un potere di investitura diretta del Consiglio dell'ordine G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 208. La stessa osservazione è riferita da A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 225, il quale evidenzia come «sarebbe stato più logico e naturale poter accedere direttamente agli elenchi di nomina contattando egli stesso (il difensore) il consiglio dell'ordine competente e facendo la relativa richiesta». Diverso, ma interessante, è l'interrogativo che si pone L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 72. In particolare, l'Autore si chiede se il novellato art. 64, comma 3 lett. c) operi anche nel campo delle indagini difensive. La norma, come è noto, disciplina l'interrogatorio e prevede che, prima che esso abbia inizio, la persona interrogata debba essere avvertita dell'assunzione della qualità di testimone in ordine ai fatti concernenti altrui responsabilità sui quali renda dichiarazioni. La conclusione dell'Autore, allo stato della legislazione pienamente condivisibile, è che «il dato testuale convince decisamente nel senso della non trasferibilità della regola in sede di indagini difensive».

⁷²Va da sé che il pubblico ministero, nel momento in cui verrà in contatto con siffatte dichiarazioni (per esempio, reperendole nel fascicolo del difensore a cui ha avuto accesso ai sensi dell'art. 391 octies c.p.p.), aprirà un procedimento nei confronti del dichiarante. Si rammenti che, ai sensi dell'art. 334 bis c.p.p.: "Il difensore e gli altri soggetti di cui all'art. 391 bis non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte". Sul punto v. E. RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida al diritto*, cit., pp. 37 ss.

l'esatta individuazione delle conseguenze che l'emergenza di elementi a carico della persona intervistata determina sul seguito dell'attività d'indagine del difensore ed è proprio questo profilo a costituire uno dei punti nevralgici della nostra indagine poiché la soluzione al quesito ad esso sotteso potrebbe consegnare alla realtà processuale italiana un risvolto sistematico dirompente.

Nel silenzio della legge, è questione squisitamente interpretativa giudicare se l'atto investigativo teso all'acquisizione di informazioni possa riprendere (o iniziare *ex novo*, se si preferisce) con l'osservanza delle forme prescritte dall'art. 391 bis, comma 5 c.p.p. o se, al contrario, la pretesa di ottenere dal dichiarante informazioni utili ai fini dell'attività investigativa difensiva debba considerarsi estinta.

La prima soluzione, che pur in mancanza di un espresso riferimento normativo avrebbe il pregio, ritenendosi sussistere il relativo potere, di porre le risultanze dell'atto investigativo al riparo da possibili sanzioni processuali in virtù della straordinaria qualificazione dell'atto d'indagine sotto il profilo delle garanzie della persona che vi è sottoposta, è quella maggiormente carica di effetti singolari e presumibilmente non desiderati dal legislatore.

L'art. 391 bis, comma 5 c.p.p. disciplina, come anticipato, il contatto investigativo con la persona sottoposta alle indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato.

Come è noto, il codice di procedura penale tipizza una serie di atti idonei a determinare l'assunzione della qualità di imputato in capo alla persona alla quale, tramite essi, viene mossa una contestazione di reato⁷³.

Manca, al contrario, una norma che identifichi in maniera certa il momento acquisitivo della qualifica procedimentale di persona sottoposta alle indagini, con la conseguenza di gravare i pratici dell'onere di individuare il momento fondamentale per il passaggio dalla fase genericamente investigativa a quella, tipica e garantita, delle indagini preliminari.

In dottrina e giurisprudenza persistono sul punto perplessità interpretative, determinate proprio dalla mancanza di una norma processuale analoga a quella contenuta nell'art. 60 c.p.p., pur essendovi sostanziale concordia sul profilo, fondamentale in punto di individuazione degli elementi costitutivi dello *status* di persona sottoposta alle indagini, attinente al rilievo da attribuire all'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato.

Costituisce, infatti, acquisizione ormai indiscussa che lo stato soggettivo di indagato⁷⁴ ha natura eminentemente sostanziale, cristallizzandosi in capo ad un soggetto a prescindere dalla formale iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

L'iscrizione conserva, si badi, una funzione sistemica fondamentale in quanto da

⁷³Art. 60 c.p.p. e, in relazione al procedimento davanti al giudice di pace, art. 3 della legge 24 novembre 1999, n. 468. Dunque, la qualità di imputato consegue esclusivamente all'emanazione di un atto a valenza imputativa. Non c'è spazio nel nostro sistema per la figura di "imputato in senso sostanziale", come invece ritiene la Corte d'Assise di Rovigo nella sentenza 28 dicembre 1992, Pregnotato e altro.

⁷⁴Come ormai leggiamo, a chiare lettere, nella rubrica dell'art. 415 bis c.p.p. L'espressione era, prima della riforma del 1999 (legge Carotti) sconosciuta al codice, ove si parlava esclusivamente di "persona sottoposta alle indagini" ovvero di "persona nei cui confronti si svolgono indagini". L'innovazione terminologica non è fuggita a D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., pp. 168 ss. ove l'espressione viene stigmatizzata come «inelegante neologismo».

essa discendono conseguenze processuali di primario rilievo – basti pensare alla decorrenza dei termini di durata delle indagini preliminari – ma sul piano qualificativo della posizione della persona rispetto all'ordinamento processuale le si attribuisce un valore puramente ricognitivo⁷⁵.

Prendendo posizione sul punto, ben sapendo che ci si muove su un terreno nell'ambito del quale qualsiasi soluzione presenta ampi margini di opinabilità, riteniamo che la tesi della valenza ricognitiva dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato sia preferibile anche perché fondata su emergenze di diritto positivo. L'art. 347, comma 2 bis c.p.p., in particolare, consente alla polizia giudiziaria di posticipare la comunicazione della notizia di reato al pubblico ministero rispetto al compimento di atti "per i quali è prevista l'assistenza del difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini", con ciò ammettendo espressamente la possibile esistenza di un indagato, addirittura coinvolto nel compimento di atti garantiti, prima ed a prescindere dalla formale iscrizione.

Esclusa unanimemente l'efficacia costitutiva dell'iscrizione ex art. 335 c.p.p., permangono le perplessità circa l'individuazione di un criterio univoco di attribuzione della qualità procedimentale in questione, attribuendosi rilievo ora allo svolgimento di investigazioni soggettivamente orientate, ora alla emersione di una notizia di reato soggettivamente qualificata⁷⁶.

La Corte costituzionale, occupandosi incidentalmente della questione nella sentenza n. 181 del 1994, ha a sua volta utilizzato concetti eccessivamente vaghi, quali

⁷⁵Cfr. fra i tanti E. FORTUNA, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 1993, p. 205, per il quale: «Per l'acquisizione della qualità di sottoposto ad indagini non si richiedono riscontri formali (...) bastando il dato oggettivo della direzione delle indagini stesse verso una determinata persona». D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., pp. 166 ss. individuano il fatto determinante l'assunzione della qualità di indagato in «qualsiasi eventuale attribuzione di reato». In giurisprudenza v., fra le più recenti, Cass. penale, Sez. VI, 11 maggio 2002, Valianos; Sez. I, 6 febbraio 2001, Sestino; Sez. III, 25 novembre 1998, n. 3632; Sez. VI, 24 settembre 1998, n. 10621; Sez. VI, 20 maggio 1998, n. 7181. In senso contrario cfr. A. A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001, p. 494 ove, dopo avere definito la persona sottoposta alle indagini come «la persona alla quale si attribuisce il reato oggetto della notizia pervenuta al magistrato del pubblico ministero o dallo stesso acquisita di propria iniziativa», si precisa che la qualità relativa si assume con la iscrizione del nome nel registro delle notizie di reato. Equivocamente A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, p. 60, sostiene che la persona sottoposta alle indagini è individuata dall'iscrizione del suo nome nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p.

⁷⁶Fuoriuscendo da questo schema, in giurisprudenza si è ritenuto che il venditore di sostanze stupefacenti sia "di fatto" indagato nel momento in cui si stabilisce il contatto con l'apparente acquirente (agente provocatore), dunque ancora prima dell'avvio di una indagine soggettivamente orientata ovvero dell'emersione di una notizia di reato (Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 1997, n. 1732). Da ultimo, Cass. pen. Sez. VI, 17 febbraio-8 maggio 2003, n. 20510 fa riferimento, sia pure in relazione all'insorgenza dell'obbligo di iscrizione nel registro delle notizie di reato, al concetto di «specifici elementi indizianti». Come si vede, in mancanza di una chiara scelta normativa, l'assunzione della qualità di indagato viene fatta conseguire al verificarsi di vicende del procedimento fortemente eterogenee tra loro al punto che la dottrina, per sottolineare la diversità di situazioni sostanziali compendiate nell'espressione "persona sottoposta alle indagini", ha ritenuto di dovere proporre all'interno di essa la seguente tripartizione:

1. «persona indicata come reo» ossia la persona alla quale è attribuito un fatto di reato in una *notizia criminis* qualificata;
2. «indiziato» ovvero la persona nei cui confronti vengono svolti atti d'indagine;
3. «quasi imputato», ossia la persona arrestata, fermata o sottoposta a misura cautelare.

quelli di «notizia di reato che si soggettivizza» e di «persone raggiunte da elementi indizianti».

A noi pare, senza alcuna pretesa di manifestare certezze dogmatiche sul punto, che il criterio più sicuro per attribuire la qualità di persona sottoposta alle indagini sia quello dell'emersione di una notizia di reato soggettivamente orientata, a prescindere dunque dallo svolgimento di attività d'indagine a carico e riteniamo di poter rinvenire un elemento di conferma nell'art. 63 c.p.p., la struttura del quale dimostra come la persona non sottoposta alle indagini diviene tale per effetto dell'emersione di indizi di reità a suo carico, ossia di elementi che ne facciano ritenere la partecipazione ad un fatto previsto dalla legge come reato. Soltanto dopo potranno essere, eventualmente, compiuti atti d'indagine nei suoi confronti, ma essa, in virtù della sostanziale assunzione della qualifica di persona sottoposta alle indagini, deve essere invitata a procedere alla nomina di un difensore.

Ma – giungiamo così al nodo centrale della trattazione – affinché si abbia concettualmente una notizia di reato occorre che il destinatario della comunicazione sia dotato di una peculiare qualificazione pubblicistica, precisamente dovendosi trattare di organi pubblici di investigazione, al punto che non può concepirsi il concetto stesso di notizia di reato in presenza di un fatto conoscitivo destinato a soggetti diversi, privati o pubblici⁷⁷.

La stessa definizione classica e generalmente accolta di notizia di reato qualifica questo peculiare fenomeno conoscitivo come «l'informazione, ricevuta dal pubblico ministero e dai dipendenti organi di polizia giudiziaria, di un fatto costituente reato»⁷⁸.

Ma, anche aderendo alla tesi che individua la persona sottoposta alle indagini nel destinatario di atti investigativi soggettivamente orientati, il dato inequivocabilmente emergente dal sistema è che l'attività d'indagine rilevante ai fini dell'assunzione della qualità di indagato è esclusivamente quella espletata dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria e la relativa qualifica sorge esclusivamente in quanto un soggetto ne sia destinatario⁷⁹.

La conferma – ma non ce ne sarebbe bisogno – del necessario coinvolgimento degli organi pubblici di investigazione scaturisce dalla considerazione delle fattispecie determinative della perdita e, eventualmente, della riassunzione della qualità di persona sottoposta alle indagini.

Invero, la persona oggetto di una investigazione penale – ovvero, preferibil-

⁷⁷Infatti, per i pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio estranei all'apparato investigativo pubblico la conoscenza della commissione di reati perseguibili d'ufficio, acquisita nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, determina l'insorgenza di un obbligo di denuncia al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria (art. 331 c.p.p.). Ovviamente, soltanto nel momento in cui la comunicazione perviene agli investiganti pubblici si materializza una notizia di reato, in quanto tale destinata ad iscrizione ai sensi dell'art. 335 c.p.p.

⁷⁸Si rinvia, per ulteriori approfondimenti sul tema, a G. ARICÒ, *Notizia di reato*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, p. 760.

⁷⁹In proposito specifica P.P. RIVELLO, *Persona sottoposta alle indagini*, cit., p. 555., che lo *status* di persona sottoposta alle indagini «va riconosciuto, sulla base di una valutazione obiettiva dei dati sostanziali, anche antecedentemente alla comunicazione al pubblico ministero della notizia di reato, a partire dallo svolgimento delle indagini da parte della polizia giudiziaria nei confronti di un determinato soggetto».

mente, nei cui confronti è emersa una notizia di reato – perde la qualità procedimentale di indagato per effetto di un provvedimento di archiviazione ovvero in conseguenza dell'esercizio dell'azione penale.

La vicenda riassuntiva, al contrario, può essere determinata da un provvedimento giudiziale di riapertura delle indagini (art. 414 c.p.p.) ovvero da una ordinanza di revoca della sentenza di non luogo a procedere accompagnata dal contestuale ordine di riapertura delle indagini (artt. 434 ss. c.p.p.).

Come si vede, gli accadimenti estintivi e riassuntivi della qualità di persona sottoposta ad indagini si producono all'interno di meccanismi necessariamente caratterizzati dal ruolo propulsivo del soggetto investigativo pubblico, senza che l'attivazione di momenti investigativi da parte del difensore assuma rilievo.

Ecco, allora, emergere in maniera chiara l'effetto dirompente che scaturirebbe da un improbabile collegamento strutturale tra il comma 5 ed il comma 9 dell'art. 391 bis c.p.p.: la persona sentita dal difensore, per effetto dell'emersione di indizi di reità a suo carico, acquisirebbe la qualità di persona sottoposta alle indagini ed in tale veste – soltanto in tale veste – potrebbe divenire protagonista di un atto acquisitivo con le formalità previste dal comma 5.

L'attribuzione di poteri investigativi si tradurrebbe, accogliendo questa tesi, in un mutamento genetico della funzione del difensore, destinatario, al pari del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, di notizie di reato in senso tecnico.

Il nostro sistema non può ospitare un istituto deputato a determinare l'assunzione di peculiari qualità procedurali in dipendenza dell'espletamento di investigazioni ovvero in conseguenza dell'apprensione di notizie di reato – chiamiamole così – da parte del difensore.

E' un risultato che si colloca fuori dal sistema, poiché così come non si può pensare ad un soggetto formalmente o sostanzialmente sottoposto ad indagini dal difensore, allo stesso modo non si è mai dubitato, né si può dubitare, che un soggetto, destinatario di un provvedimento di archiviazione, mantenga la qualità di indagato per effetto dell'espletamento di indagini difensive dirette, eventualmente, alla raccolta di elementi idonei a sollecitare una richiesta di riapertura delle indagini.

Il collegamento tra il comma 5 ed il comma 9 dell'art. 391 bis non è, dunque, configurabile se non a costo di snaturare in maniera assolutamente inammissibile il ruolo istituzionale del difensore.

Il dichiarante non acquisirà, per il semplice fatto di avere reso dichiarazioni auto-indizianti nel momento di contatto con gli investiganti della parte privata, lo *status* di persona sottoposta alle indagini: acquisirà una posizione giuridicamente qualificata soltanto nel momento in cui il pubblico ministero – ignaro del coinvolgimento del soggetto nei fatti criminosi su cui è stato sentito dalla difesa, ovvero in episodi penalmente rilevanti comunque connessi o collegati a quelli – verrà “eventualmente” a contatto con le dichiarazioni rese, per esempio, esaminando il fascicolo del difensore nei modi previsti dall'art. 391 octies c.p.p.⁸⁰

⁸⁰ Ammesso che il verbale redatto dai soggetti dell'investigazione privata, qualora egualmente depositato, lasci trasparire elementi significanti di un coinvolgimento del dichiarante nei fatti oggetto di verifica giudiziale.

Ciò significa che l'art. 391 bis, comma 5 c.p.p. non potrebbe operare nel caso in esame, almeno fino a quando non si avrà una "persona sottoposta alle indagini", sia pure in senso sostanziale.

In mancanza di un collegamento normativo espresso tra il comma 5 ed il comma 9 dell'art. 391 bis c.p.p., il difensore dovrebbe rinunciare, sia pure per un tempo eventualmente limitato, ad acquisire le informazioni di cui la persona esaminata è depositaria: non potrebbe farlo in virtù della disciplina generale perché il comma 9 gli impone di interrompere l'esame; non potrebbe, però, nemmeno farlo applicando il comma 5 poiché la persona che ha reso dichiarazioni *contra* sè non ha assunto, in virtù di ciò, posizioni procedurali qualificate⁸¹.

Sarebbe a lui preclusa, altresì, la via dell'attivazione dei poteri surrogatori del pubblico ministero (art. 391 bis, comma 10 c.p.p.), non ricorrendone il presupposto normativo.

La scelta legislativa di omettere un collegamento formale tra i due commi dell'art. 391 bis c.p.p. non è casuale bensì dettata dalla consapevolezza degli effetti sistematicamente dirompenti che sarebbero derivati dall'attribuzione di una funzione atipica al difensore e tende ad «inibire al medesimo poteri di impulso processuale, imponendogli di interrompere l'ascolto non appena egli colga nella situazione una qualche dichiarazione autoindiziante»⁸².

Lo conferma il dato che nessuno degli avvisi compendati dall'art. 63 c.p.p. il difensore deve dare alla persona da lui esaminata⁸³, come invece si sarebbe dovuto prevedere nell'ipotesi, evidentemente irrealizzabile, del prodursi di un mutamento della qualifica processuale del dichiarante sulla base del contatto con il difensore. Come potrebbe il difensore avvertire la persona che "*a seguito delle sue dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti*"? Chi dovrebbe compiere queste indagini? Certamente non il difensore, il quale, svolgendo attività investigativa esclusivamente in chiave difensiva, è estraneo all'apparato preposto all'accertamento di fatti di reato.

Egli, anzi, non è gravato nemmeno da un obbligo di denuncia dei reati dei quali abbia avuto notizia in occasione del compimento di atti investigativi (art. 334 bis c.p.p.).

Dunque, non si vede per quale ragione la persona che ha reso dichiarazioni indizianti, la quale, verosimilmente, non è assistita da alcun difensore, dovrebbe procedere alla relativa nomina su invito, non dovuto né astrattamente configurabile, dell'investigante privato: interrotto l'esame al momento dell'emersione degli indizi di colpevolezza, eventualmente illustrata la ragione dell'interruzione – ma non sembra configurabile nemmeno un obbligo del difensore in tal senso – l'esperien-

⁸¹A voler essere maliziosi, l'interesse all'acquisizione del contributo conoscitivo del dichiarante potrebbe indurre qualche scaltro personaggio a "soffiare" il contenuto del contatto investigativo difensivo alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, provocando l'avvio di un procedimento penale e rimuovendo ogni ostacolo all'assunzione con le garanzie previste dall'art. 391 bis, comma 5 c.p.p.

⁸²G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 215.

⁸³In questo caso, come è noto, l'autorità precedente deve interrompere l'esame, avvertire la persona che a seguito delle sue dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti ed invitarla a nominare un difensore.

za conoscitiva dovrebbe concludersi.

Anzi, la percezione della gravità delle dichiarazioni rese potrebbe indurre la persona sentita dal difensore a rifiutare addirittura di sottoscrivere il verbale⁸⁴.

D'altra parte, a voler ammettere l'applicabilità del comma 5 alla fattispecie venutasi a creare in conseguenza del contatto autoindiziante, non si vede come potrebbe operare nel caso in esame la previsione della nomina di un difensore d'ufficio ai sensi dell'art. 97 c.p.p.: invero, non essendo pendente un procedimento penale a carico della persona assunta dal difensore, manca un giudice al quale poter rivolgere la richiesta di designazione.

La soluzione legislativa di imporre l'immediata interruzione dell'atto investigativo, se effettivamente tesa a ribadire «la diversità del ruolo del difensore rispetto a quello dell'organo pubblico, come a voler avvertire il primo di occuparsi solo della difesa del suo assistito, rispettando i compiti propri del pubblico ministero»⁸⁵, dunque rispondente ad un criterio di bilanciamento rivolto verso la tutela dell'interesse della persona ancora estranea a qualsiasi contatto con l'investigante pubblico, potrebbe sembrare irragionevole – quindi costituzionalmente censurabile – sotto un duplice profilo: il primo – interno – emerge dalla circostanza che mentre sarebbe possibile assumere informazioni dalla persona tecnicamente sottoposta alle indagini, ossia dal soggetto destinatario di atti investigativi degli organi dell'investigazione pubblica a carico della quale è emersa una notizia di reato in senso stretto, non sarebbe possibile farlo da una persona che, pur essendo raggiunta da elementi di reità, non è ancora gravata dalla qualità procedimentale e non è possibile pronosticare se mai lo diverrà⁸⁶; il secondo – esterno – scaturisce dalla diversità di disciplina rispetto a quanto previsto dall'art. 63 c.p.p. per l'ipotesi in cui l'analoga vicenda si realizzi durante l'atto acquisitivo compiuto dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria.

L'esame complessivo del sistema disegnato dal legislatore svela il carattere apparente della contraddizione, perché nel bilanciamento di valori che la normativa sulle indagini difensive ha dovuto realizzare l'interesse alla tutela della persona assunta dal difensore in relazione all'emersione di elementi che possano sollecitare l'attenzione degli investigatori pubblici è stato ritenuto prevalente rispetto all'interesse investigativo difensivo della persona assistita dal difensore che ha compiuto

⁸⁴In ipotesi di questo tipo, il richiamo alle disposizioni del titolo III del libro II, operato dall'art. 391 ter, comma 3 c.p.p. renderebbe applicabile la disposizione contenuta nell'art. 137, comma 2 c.p.p. Resta da scoprire, però, il grado di attendibilità da attribuire ad un verbale di dichiarazioni sprovvisto della sottoscrizione del dichiarante.

⁸⁵G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 215.

⁸⁶Si rammenti che il difensore non è obbligato a spendere le risultanze della propria indagine. Anche se appare chiaro il legame che intercorre tra la disposizione in esame e quella di cui all'art. 334 bis c.p.p., non può trascurarsi che potrebbe comunque arrivare un momento in cui il pubblico ministero realizzi un contatto con le dichiarazioni documentate dal difensore – a meno che questi, percepita la gravità delle dichiarazioni ricevute, si astenga dal farne uso disperdendo così quanto di vantaggioso era emerso per il suo assistito – avendo conseguentemente modo di procedere alla verifica della posizione del dichiarante. Sarebbe questo, tecnicamente, il momento in cui la persona acquisisce la qualità sostanziale di indagato, dunque il momento a partire dal quale è possibile procedere ad una nuova audizione applicando le garanzie di cui all'art. 391 bis, comma 5 c.p.p.

to l'atto d'indagine.

Un'opzione legislativa ragionevole sotto entrambi i profili su accennati, dunque non censurabile sul piano costituzionale, a cagione della radicale diversità delle situazioni oggetto di comparazione e dei valori in ciascuna di esse costituiti, trattandosi nell'un caso di una persona già sottoposta alle indagini e da tutelare soltanto rispetto ad un obbligo di partecipazione alla ricostruzione di un fatto da cui potrebbero conseguire responsabilità penali a suo carico – dunque da tutelare “nell'indagine” – nell'altro di una persona estranea a qualsiasi pubblica investigazione e da tutelare rispetto ad un possibile, consequenziale coinvolgimento – dunque da tutelare “dall'indagine” – nell'investigazione stessa.

Due situazioni diverse, dalle quali emergono ed esigono tutela due interessi profondamente diversi: nell'un caso l'interesse, proprio della persona sottoposta alle indagini, ad astenersi dal concorrere ad un accertamento per sé pregiudizievole nell'ambito di un procedimento penale già avviato, nell'altro l'interesse – potremmo dire preliminare – a non divenire soggetto di un procedimento penale, ossia a non acquisire affatto la qualità di persona sottoposta alle indagini.

Non si tratta, si badi, della tutela di profili diversi del medesimo interesse, ma di interessi diversi, poiché soltanto la lesione del secondo – ossia il coinvolgimento nel procedimento penale con la conseguente assunzione della qualità di persona sottoposta alle indagini – determina l'insorgenza del primo, ossia l'esigenza di tutelarsi all'interno del procedimento.

Può apparire incoerente che nell'opera di bilanciamento dei contrastanti valori sia risultato soccombente proprio l'interesse investigativo, ossia quell'interesse di stretta derivazione costituzionale che la legge n. 397 intende tutelare e garantire, ma incoerenza non significa altresì irragionevolezza e, se è vero che l'art. 391 bis, comma 9 c.p.p. tende evidentemente a realizzare un interesse fondamentale della persona, non altrettanto vero è che essa «avrebbe il merito di aderire ad una concezione strettamente difensiva delle (*indagini difensive*)»⁸⁷ poiché non sempre l'ammissione di un coinvolgimento nel fatto di reato da parte del dichiarante è sinonimo di consequenziale aggravamento della posizione dell'assistito.

Quando ciò non si verifica – per esempio, nell'ipotesi eclatante in cui il dichiarante ammette le proprie responsabilità scagionando la persona sottoposta ad indagini – la prosecuzione dell'atto d'indagine nonostante l'emersione di indizi di reità a carico dell'intervistato non sarebbe indicativa di una subdola trasformazione di esso in un atto dal sapore inquisitorio, ma costituirebbe un'opzione idonea a realizzare in modo pieno la funzione difensiva.

Acquisito il dato della necessaria interruzione dell'atto assuntivo di informazioni nell'ipotesi di emersione di indizi di reità a carico del dichiarante, riconosciuta la intrinseca ragionevolezza dell'opzione legislativa e, soprattutto, individuato in maniera corretta il valore garantito dalla norma, c'è da chiedersi se la scelta di privare il difensore di opportunità conoscitive in presenza di dichiarazioni autoindizianti costituisca strumento di garanzia necessario e, per farlo, occorre verificare se il proposito legislativo di realizzare una compiuta tutela dell'interesse personale a

⁸⁷G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 215.

non essere sottoposto a procedimento penale abbia trovato attuazione piena poiché, se risultasse il contrario, ossia se la disciplina compendiasse spazi per un aggiramento della garanzia sottesa al divieto previsto dal comma 9, si rivelerebbe la superfluità del divieto stesso.

Occorre rammentare che le modalità di approccio “formalizzate” tra il difensore e la persona informata sui fatti sono due – la ricezione di dichiarazioni e l’assunzione di informazioni – e la norma non chiarisce quale sia il regime applicabile alla prima forma di comunicazione di elementi conoscitivi qualora nel contesto della dichiarazione scritta si rinvenivano dichiarazioni indizianti.

Se la lettera della legge non consente dubbi sul fatto che il difensore possa comunque acquisire e depositare il documento redatto dal dichiarante, riferendosi al comma 9 espressamente all’assunzione di informazioni, un’analisi ancorata al canone ermeneutico dell’analogia potrebbe indurre a ritenere che la dichiarazione possa essere utilizzata – ovviamente nell’ambito del procedimento che vede coinvolto l’assistito dell’investigante – soltanto nella parte formalmente antecedente l’emersione degli elementi a carico, con conseguente inutilizzabilità di quanto dichiarato successivamente.

E’ però di immediata percezione la stravaganza di una simile soluzione: nel caso dell’assunzione di informazioni l’emersione di indizi di reità costituisce momento preclusivo rispetto alla prosecuzione dell’atto, dunque fatto a partire dal quale l’investigante viene privato della possibilità di acquisire ulteriori elementi da sottoporre a valutazione. Nel caso della ricezione di dichiarazioni, al contrario, siamo in presenza di materiale conoscitivo che, seppure successivo rispetto all’emersione di indizi a carico, potrebbe avere rilievo fondamentale per la prova dell’assunto difensivo e, questa volta, legittimamente conosciuto dal difensore.

Deve altresì evidenziarsi come, pur prestando adesione alla tesi dell’utilizzabilità parziale, l’inutilizzabilità relativa conseguente non precluderebbe l’effetto sostanzialmente comunicativo del coinvolgimento del dichiarante nel fatto di reato da parte del pubblico ministero il quale, a prescindere da profili più o meno accentuati di inutilizzabilità, avrebbe modo di conoscere il contenuto dell’atto investigativo privato dal momento in cui esso viene eventualmente depositato nel relativo fascicolo.

Se appare irragionevole che il legislatore abbia voluto affidare all’interprete la risoluzione di una questione fondamentale come quella che ci occupa e, dunque, è da presumere che, in mancanza di una scelta normativa diversa, il legislatore abbia voluto conferire alla dichiarazione acquisita con le forme della ricezione una piena potenzialità utilizzativa, estesa quindi ad ogni sua parte⁸⁸, la certa facoltà acquisiti-

⁸⁸Nello stesso senso G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 214. G. PAOLOZZI, *Fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 33 perviene alla medesima conclusione facendo leva sulla natura della dichiarazione «configurata dal legislatore alla stregua di un atto impermeabile a qualsiasi interferenza difensiva, con la conseguenza che la responsabilità dello stesso ricade interamente sulla persona che lo ha sottoscritto». A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 221, sostiene invece che il difensore, in questi casi, dovrà rifiutarsi di ricevere la dichiarazione ed invitare la persona in questione a farsi assistere da un difensore. Ciò anche perché, continua l’Autore, in virtù dell’ultimo inciso dell’art. 391 bis, comma 9 c.p.p., tali dichiarazioni non sarebbero comunque utilizzabili contro chi le ha rese. Ma, ci sia consentito rilevare, a parte il

va dell'intero documento, legittimo veicolo di conoscenza di elementi *contra sé*, da parte del pubblico ministero rende evidente la lacunosità della disciplina del comma 9 e la parziale vanificazione dell'ispirazione garantista che lo sorregge.

Infatti, la norma offre spazi enormi per un aggiramento del divieto ivi previsto, potendo il difensore optare per una forma acquisitiva – ricezione di dichiarazioni – all'occorrenza pienamente utilizzabile a prescindere dall'emersione di elementi a carico del dichiarante, comunque certamente idonea a mortificare l'interesse del dichiarante a rimanere estraneo a qualsiasi procedimento penale.

Ma le dichiarazioni indizianti possono emergere anche nel corso del colloquio. *Quid iuris* in questo caso? Potrà il difensore dare corso al contatto investigativo per giungere ad un momento di formalizzazione delle dichiarazioni ricevute o dovrà *ab initio* rinunciare alla fruizione di emergenze conoscitive delle quali, nonostante tutto, ha avuto legittimamente conoscenza? O, addirittura, dovrà interrompere il colloquio stesso?

Il silenzio del legislatore sul punto indurrebbe ad una conclusione positiva, nel senso che l'investigante privato possa proseguire il rapporto con la fonte promuovendo il successivo momento formalizzato, nel quale, magari, calibrare le domande in modo tale da acquisire gli elementi consapevolmente ritenuti utili senza fare emergere gli indizi di reità o, addirittura, optando in modo consapevole per la forma acquisitiva non esposta a pericoli di interruzione, ossia la ricezione di dichiarazioni.

Tuttavia, volgendo lo sguardo oltre la lettera della legge, non può trascurarsi il fatto che, nel momento in cui si avvia il contatto "formalizzato", l'investigante ha già avuto cognizione della sussistenza di indizi di reità a carico del dichiarante. Una coerente scelta di garanzia del principio ispiratore della disciplina contenuta nell'art. 391 bis, comma 9 c.p.p. dovrebbe assicurarne l'operatività anche in questo caso, realizzando anzi la più ampia tutela possibile del dichiarante in virtù dell'anticipazione del momento di garanzia ad una fase che non lascia alcuna traccia e prima di qualsiasi momento di contatto formalizzato. Il difensore, coerentemente con le scelte di valore operate dal legislatore, dovrebbe dunque rinunciare all'approccio formalizzato, disperdendo così materiale conoscitivo in tesi utile al proprio assistito.

Ragionando diversamente, come sembra imporre la lettera della legge, emergerebbe un ulteriore vuoto nella tutela dell'interesse protetto dalla disciplina del comma 9 e rimarrebbe in piedi l'interrogativo di partenza: dovrà il difensore procedere ai sensi dell'art. 391 bis, comma 5 – il che significa che anche l'emersione di indizi di reità nel contatto investigativo privato determina l'acquisizione della qualità di persona sottoposta alle indagini – o con le forme ordinarie, prive di qualsiasi garanzia per un soggetto la cui posizione è già precaria a causa dell'emersio-

fatto che la norma richiamata si riferisce espressamente all'assunzione di informazioni, il problema non è tanto quello di utilizzare le dichiarazioni contro il dichiarante, bensì quello di utilizzarle (se reputato conveniente secondo la strategia difensiva) a favore dell'assistito del difensore nel processo in cui egli è parte. Deve darsi atto, comunque, che l'opzione patrocinata dall'Autore sarebbe, come egli egregiamente rileva, la più coerente con le scelte di valore effettuate dal legislatore.

ne, sia pure in un contesto non formalizzato, di indizi di reità⁸⁹

I varchi che le lacune normative aprono sulla via della tutela dell'interesse a non essere coinvolti in procedimenti penali – ovvero, se si preferisce, del principio *nemo tenetur se detegere* inteso, però, in senso ampio – inducono davvero a chiedersi se fosse proprio necessario limitare l'attività di apprensione di elementi dichiarativi del difensore nel caso di emersione, nel corso dell'assunzione di informazioni, di elementi indiziati.

Se l'esigenza di tutela del dichiarante rispetto al pericolo di *self incrimination* regge il divieto stabilito dall'art. 391 bis, comma 9 c.p.p., non c'è dubbio che essa si dovrebbe porre rispetto al fatto della sussistenza di dichiarazioni indizianti, a prescindere dalle modalità con cui esse sono rese e tenendo conto della circostanza che, anche quando si utilizza la forma della "ricezione di dichiarazioni", comunque si tratta di dichiarazioni "provocate" dall'investigante privato, verosimilmente in sede di colloquio informale⁹⁰.

A noi pare che il legislatore, al momento della predisposizione della norma, non avesse sufficientemente chiari i diversi momenti – e le correlate, diverse, esigenze – della tutela del soggetto assistito dal difensore investigante e della tutela del dichiarante su circostanze che implicino una sua responsabilità, con il risultato di avere realizzato un sistema decisamente squilibrato, nel quale viene pregiudicata la posizione del primo senza salvaguardare realmente gli interessi del secondo.

Invero, il sistema delineato dal legislatore è incapace di assicurare la piena tutela del diritto della persona a non divenire soggetto di un procedimento penale.

Sarebbe stato necessario predisporre sul punto una disciplina meno ispirata ad esigenze di simmetria normativa e più attenta alle peculiarità degli interessi della persona coinvolta in un procedimento investigativo difensivo.

Infatti, il sistema attuale assicura la tutela del dichiarante all'interno del procedimento che dovesse avviarsi sulla base delle dichiarazioni rese al difensore investigante e di cui il pubblico ministero sia venuto a conoscenza, dimenticando, però, che interesse primario del dichiarante è quello di non divenire soggetto procedimentale.

Pregiudicare la funzione difensiva attraverso istituti destinati ad operare nell'ambito del procedimento a carico dell'assistito che delle dichiarazioni rese dovrebbe eventualmente beneficiare a tutela della sua posizione, senza però garantire pienamente il dichiarante dal rischio di una sostanziale autodenuncia è risulta-

⁸⁹Non concordiamo, ancora una volta, con A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 221, il quale liquida la questione affermando che «non essendo il colloquio soggetto a verbalizzazione, la circostanza ha scarso rilievo». Egualmente, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 214, ritiene che «riguardo al colloquio, una qualunque soluzione appare indifferente (...) posto che, non dovendo il colloquio essere documentato, ogni dichiarazione autoindiziante mancherebbe *ab imis* di ogni rilevanza giuridica». Fa leva sulla lettera della legge per escludere la sussistenza dell'obbligo di interruzione del colloquio, altresì, G. PAOLOZZI, *Fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 33. L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 69, esclude che il divieto di proseguire l'assunzione di informazioni a seguito dell'emersione di indizi di reità operi in relazione al colloquio informale in quanto il dato positivo rivolge il divieto esclusivamente al difensore ed al sostituto, mentre il colloquio può essere condotto anche dal consulente tecnico e dall'investigatore privato. Sembra invece ammettere l'applicazione del divieto alla ricezione di dichiarazioni.

⁹⁰L'art. 391 bis, comma 2 c.p.p. fa espressamente riferimento ad una richiesta del difensore o del sostituto.

to abnorme.

Sarebbe stato preferibile, in luogo di una scelta assolutamente insoddisfacente, limitarsi a salvaguardare il dichiarante dal pericolo di sé detergere, senza spingersi oltre e questo risultato sarebbe stato efficacemente conseguito attraverso la previsione della inutilizzabilità assoluta – della quale, magari, dare avviso al dichiarante – delle dichiarazioni, dunque non soltanto contro la persona che le ha rese (e quindi nell’ambito procedimentale che potrebbe riguardarlo)⁹¹, ma anche contro le persone eventualmente chiamate in correità o in reità, ferma restando, attraverso l’omessa previsione dell’obbligo di interruzione, la facoltà di sondare in modo pieno l’ambito delle conoscenze dell’intervistato e, così, garantire il pieno esplicarsi della funzione difensiva.

L’opzione legislativa, incomprensibilmente lacunosa perché circoscritta ad una sola forma di approccio formalizzato, rischia al contrario di risultare inutilmente dannosa.

5. *Quali spazi per la testimonianza indiretta?*

I problemi cui abbiamo fatto cenno e le diverse conclusioni cui si perviene assumono rilievo in relazione alla tematica della “testimonianza indiretta”.

Invero l’art. 197 c.p.p. (modificato dall’art. 3 della l. 7 dicembre 2000, n. 397) prevede, quali ulteriori ipotesi di incompatibilità con l’ufficio di testimone, quelle relative “*al difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell’art. 391 ter*”.

Questa disposizione è destinata ad operare nell’ambito del procedimento a carico della persona assistita dal difensore investigante: né il difensore, né il suo “ausiliario” potranno assumere l’ufficio di testimone⁹².

Al contrario, non pare possano rinvenirsi preclusioni all’assolvimento dell’ufficio di testimone nel diverso procedimento aperto nei confronti della persona che abbia reso al difensore dichiarazioni indizianti.

In ogni caso, la persona che, eventualmente, abbia assistito all’atto sembra legittimata a deporre sul contenuto di esso, a meno che non si ritenga che la mera presenza, ancorché passiva, caratterizzi una forma peculiare di partecipazione essa stessa preclusiva⁹³.

⁹¹Per il dichiarante è importante che le dichiarazioni indizianti che, comunque, dal verbale emergeranno non siano utilizzabili contro di lui. All’interno del procedimento che, eventualmente, dovesse aprirsi nei suoi confronti, il dichiarante, in qualità di persona sottoposta alle indagini, avrà la facoltà di non rispondere.

⁹²La norma è richiamata dall’art. 391 bis, comma 1 c.p.p. Relativamente alle persone che hanno coadiuvato l’investigante nella documentazione è da ritenere – analogamente a quanto precisato dalla giurisprudenza in ordine alla incompatibilità dell’ausiliario del giudice o del pubblico ministero (cfr. Cass. pen., 31 maggio 1993, Maiorano; 1 febbraio 1995, Albero; 14 marzo 1995, Sanfilippo; 12 giugno 1996, Aragozzini) – che l’incompatibilità operi esclusivamente rispetto alle circostanze apprese nell’esercizio della funzione documentativa.

⁹³Alle stesse conclusioni perviene, in relazione al colloquio informale, G. FRIGO, *L’indagine difensiva da fonte dichiarativa*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 208. Più in generale, sul tema della possibilità di ricorrere alla testimonianza indiretta sulle indagini difensive, v. C. CONTI, *Due nuove ipotesi di incompatibilità a testimoniare: il difensore che ha svolto investigazioni difensive e l’ausiliario che ha verbalizzato l’intervista*, cit., pp. 33 ss.

Vi è da chiedersi, allora, se ci siano spazi per l'applicazione dell'art. 62 c.p.p.⁹⁴, in funzione di garanzia della posizione della persona (non) sottoposta alle indagini che renda dichiarazioni indizianti (magari in sede di colloquio informale).

Aderendo alla tesi da noi patrocinata la risposta dovrebbe essere negativa poiché la norma del codice processuale presuppone – ancora una volta – che le dichiarazioni siano state percepite da un “soggetto” del procedimento in cui il dichiarante abbia già assunto, sia pure sostanzialmente, la qualità di persona sottoposta alle indagini e in occasione del compimento di un atto procedimentale⁹⁵. Appare evidente, come rilevato in precedenza, che la circostanza dell'avvenuta percezione delle dichiarazioni indizianti da parte del difensore investigante e nell'esercizio della funzione investigativa – dunque in occasione del compimento di un atto procedimentale – non vale a far acquisire al dichiarante la qualità sostanziale di persona sottoposta alle indagini.

Si tratta, dunque di dichiarazioni rese “anteriormente” al procedimento e, come tali, ben suscettibili di formare oggetto di testimonianza⁹⁶.

Il profilo in questione, tuttavia, si interseca con la problematica generale degli spazi che la normativa sulle indagini difensive riserva all'istituto della testimonianza indiretta⁹⁷.

Ammesso dal nostro codice processuale, l'istituto ha suscitato notevoli perplessità, al punto da indurre la dottrina più accorta a mettere in guardia dallo sfruttamento di esso al fine di introdurre una fonte di conoscenza in sé inammissibile⁹⁸.

Anzi, la peculiare struttura del mezzo di prova in questione, caratterizzato dalla rappresentazione giudiziale di un fatto non percepito personalmente dal dichiarante bensì rappresentato da altri⁹⁹, ha portato a contestarne addirittura la natura di testimonianza, dovendosi ritenere tale soltanto «l'atto con il quale il teste, comunicando agli altri le sue percezioni, esplicitamente o implicitamente garantisce l'esistenza dei fatti che le hanno provocate»¹⁰⁰.

⁹⁴Come è noto, ai sensi di questa disposizione: “*Le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza*”.

⁹⁵La giurisprudenza è pacificamente orientata nel senso di una interpretazione restrittiva della norma del codice processuale. Cfr., a titolo puramente esemplificativo, Cass. pen., 7 agosto 1996, Borello; 25 luglio 1996, Panaro; 10 febbraio 1994, Morgante; 12 novembre 1990, Di Biasi.

⁹⁶Che poi il difensore ed i suoi ausiliari abbiano la facoltà di non deporre sui fatti conosciuti per ragione della propria professione (art. 200 c.p.p., modificato dall'art. 4 della l. 7 dicembre 2000, n. 397) è questione afferente alla tutela del segreto professionale e non alla protezione della posizione della persona sottoposta alle indagini (Cfr., per tutte, Corte costituzionale, Sent. 8 aprile 1997, n. 87).

⁹⁷Senza soffermarci sull'argomento, rinviando per approfondimenti a G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, pp. 300 ss; nonché P. TONINI, *La prova penale*, cit., pp. 100 ss. Per un esame delle recenti innovazioni apportate all'istituto v. P. GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001, pp. 235 ss.

⁹⁸M. NOBILI, *La prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Indice penale*, 1973, p. 226

⁹⁹Dunque, oggetto della testimonianza non è il fatto ma la rappresentazione del fatto. Sul punto v. P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 101.

¹⁰⁰I. CALAMANDREI, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, *Sub. Art.*

Nonostante l'avversione della dottrina¹⁰¹, tanto più giustificata se a ragioni di ordine strettamente dogmatico si antepongono motivazioni di ordine pratico legate all'effetto perturbativo derivante dal passaggio di informazioni dal protagonista della percezione all'autore della dichiarazione giudiziale¹⁰², l'art. 195 c.p.p. riserva una articolata disciplina all'istituto della testimonianza indiretta, prevedendo che il dichiarante «debba comunque fare le proprie dichiarazioni di scienza salvo poi a ritenerle inutilizzabili, una volta chiarito che non voglia o non possa indicare le proprie fonti di informazioni. Ciò significa che si è voluto coniare una regola di esclusione delle risultanze di prova e non una regola di esclusione anticipata del mezzo di prova»¹⁰³. Dunque, la consapevolezza della particolare delicatezza dello strumento che si andava a disciplinare non ha costituito una spinta sufficiente fino all'adozione di un criterio di inammissibilità del mezzo di prova, essendosi preferito attestarsi su una soluzione di inutilizzabilità delle dichiarazioni testimoniali.

Soluzione insoddisfacente perché inidonea a fronteggiare i limiti gnoseologici di una conoscenza filtrata da un flusso informativo incontrollabile nel suo sviluppo – ossia nel numero dei passaggi che lo compongono – e nella sua conservazione genuina, nonché inutile sotto il profilo della garanzia di estraneità dell'elemento acquisito ma inutilizzabile all'iter formativo del convincimento giudiziale¹⁰⁴.

Ma, soprattutto, soluzione della cui legittimità costituzionale è lecito dubitare, in quanto contrastante con il principio costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova.

L'elemento di prova penetrato nel processo tramite una dichiarazione *de relato* utilizzabile non è costituito dal fatto, bensì dalla narrazione di un fatto rispetto alle caratteristiche strutturali principali ed accessorie del quale il difensore nessuna specificazione può chiedere al dichiarante: si potrà, per esempio, chiedere al testimone se è certo di aver percepito dalla fonte che l'autovettura da cui hanno sparato i killers fosse bianca, ma non se è certo che essa fosse bianca.

L'esame, in altre parole, avrà ad oggetto i caratteri della percezione del fatto ma non i caratteri del fatto, il quale soltanto formalmente viene ricostruito in contraddittorio, sul piano sostanziale trovandosi invece di fronte ad una ricostruzione pre-

194-195, II, Torino, 1990, p. 429.

¹⁰¹I. CALAMANDREI, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 429 ha escluso che la testimonianza indiretta debba avere cittadinanza nel processo «come comunicazione di percezioni proprie e quindi allo scopo di affermare (o negare) la verità dei fatti oggetto delle dichiarazioni stesse, cioè come prova della loro esistenza».

¹⁰²Notava V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, VI ed., Torino, 1970, p. 294, come «i racconti passati di bocca in bocca si alterano e si deformano per via».

¹⁰³A. GIARDA, *Codice di procedura penale. Commentario* coordinato da A. Giarda, *Sub art. 195*, Milano, 1992, p. 5.

¹⁰⁴Mette bene in evidenza A. GIARDA, *Codice di procedura penale. Commentario*, cit., p. 5, come «ogni esperienza avvenuta sotto gli occhi di un organo giudiziario e filtrata dall'esperienza intellettuale e volitiva del medesimo non resta mai neutra o indifferente rispetto al momento della decisione giacché, sia pur tra le pieghe del subconscio, tale esperienza, anche se formalmente estromessa da quello che, rispetto alle carte, si presenta come il complesso delle risultanze probatorie utilizzabili al fine della formazione del libero convincimento del giudice, pesa sulla coscienza del giudice e, magari nella forma dell'*obiter dictum* inespreso (cioè mai rilevabile nella forma esteriore della motivazione), finirà per condizionare l'esito finale del giudizio nel suo insieme».

costituita al di fuori del processo.

Comunque sia, l'istituto è presente nel sistema processuale penale¹⁰⁵ e con esso occorre coordinare la disciplina delle investigazioni difensive al fine di porre in evidenza eventuali limitazioni del potere testimoniale di soggetti estranei al divieto compendiato nell'art. 197 c.p.p.

Lo spunto per la riflessione scaturisce da un recente pronunciamento della Corte costituzionale proprio sul tema del divieto stabilito dall'art. 195, comma 4 c.p.p.

Nell'occasione, la Corte d'Assise di Messina aveva denunciato un contrasto della norma con l'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della diversità di trattamento rispetto alla disciplina prevista per gli investigatori privati che abbiano svolto attività di investigazione difensiva, per i quali l'art. 197 c.p.p. prevede l'incompatibilità a testimoniare soltanto qualora abbiano formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte in sede investigativa.

La Corte costituzionale, nel ribadire che l'art. 111 Cost. ha sancito il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi, dunque, anche dal difensore, ha precisato che «interpretazioni della disciplina dell'incompatibilità a testimoniare degli investigatori privati che consentissero di aggirare le regole di esclusione probatoria si porrebbero in contrasto con l'art. 111, quarto comma, Costituzione»¹⁰⁶.

Posto, dunque, che l'art. 195, comma 4 c.p.p. non conferisce agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria una facoltà di scelta in ordine alla verbalizzazione o meno delle dichiarazioni assunte da persone informate sui fatti¹⁰⁷, la simmetria di disciplina che la Corte sembra invocare come opzione costituzionalmente obbligata impone di interpretare la norma nel senso che la testimonianza dell'investigatore privato che abbia acquisito dichiarazioni in sede di colloquio informale costituisca mezzo di prova accessibile soltanto qualora circostanze contingenti ed insuperabili (per es., la morte sopravvenuta del dichiarante) abbiano precluso la successi-

¹⁰⁵Per una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali in tema di valutazione della testimonianza indiretta si rinvia a C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 1999, pp. 19 s.

¹⁰⁶Corte costituzionale, sent. 14-26 febbraio 2002, n. 32.

¹⁰⁷L'obbligo scaturisce, invece, dall'art. 357 c.p.p. e non può essere aggirato utilizzando, paradossalmente, una norma di garanzia come quella contenuta nell'art. 195 c.p.p. Così si è espressa, con una forza argomentativa più che persuasiva, Cass. pen., SS.UU., 28 maggio-24 settembre 2003, Torcasio e altro: «Il riferimento alle modalità di cui agli artt. 351 e 357 contenuto nell'art. 195.4 c.p.p. non può essere interpretato nel senso di rendere legittima la testimonianza di secondo grado del funzionario di polizia in caso di mancata verbalizzazione (pur sussistendone l'obbligo) dell'atto di acquisizione delle informazioni ricevute. Così interpretata, la norma finirebbe per tradire il suo scopo fondamentale, che è quello di evitare l'introduzione nel dibattimento, a fini probatori, di dichiarazioni acquisite in un contesto procedimentale non correttamente formalizzato, di salvaguardare il principio di formazione della prova nel contraddittorio del dibattimento e di sanzionare, quindi, l'obbligo di documentazione dell'attività investigativa tipica della p.g., osservando le particolari modalità prescritte dal codice di rito, che non consente di surrogare la redazione del verbale (che costituisce una formalizzazione in funzione documentativa comunque irrinunciabile) con la registrazione. L'interpretazione rigorosa e coerente del quarto comma dell'art. 195 c.p.p., strutturato in termini di complementarità con le modalità di documentazione del contenuto delle dichiarazioni acquisite in sede di indagine con il meccanismo di lettura dibattimentale dell'atto divenuto irripetibile, non può che essere nel senso che esso vieti non soltanto la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni regolarmente acquisite in sede di sommarie informazioni, ma anche quella sulle dichiarazioni che si sarebbero dovute acquisire con le modalità di cui all'art. 351 c.p.p.».

va formalizzazione del contatto investigativo.

Generalizzando, sembra che la Corte abbia inteso fornire una chiara direttiva nel senso della simmetrica modulazione degli spazi di operatività dell'istituto della testimonianza indiretta, essendo censurabili sul piano costituzionale opzioni tese ad assicurare forme di recupero mediato di dichiarazioni acquisite dal difensore non consentite, invece, al pubblico ministero.

Acquisita la necessità costituzionale di questa impostazione, resta da capire, in questa prospettiva, se il rifiuto consapevole e per libera scelta del dichiarante di aderire alla proposta di formalizzazione del proprio contributo conoscitivo costituisca presupposto legittimante la testimonianza indiretta dell'investigante.

Sotto questo profilo, in mancanza di specificazioni normative assume un ruolo decisivo il dato sistematico.

Per vero, la facoltà di non rendere la dichiarazione che l'ordinamento riconosce anche al soggetto che abbia intrattenuto un colloquio informale, unitamente alla predisposizione legislativa di strumenti sostitutivi – audizione, incidente probatorio – sembrano deporre in senso negativo. Dunque l'investigatore privato, in astratto capace di testimoniare, non potrebbe deporre sul contenuto del colloquio informale, realizzandosi altrimenti una disparità di trattamento rispetto ai poteri testimoniali degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria costituzionalmente censurabile¹⁰⁸.

Se non che, non è secondario il rilievo che, mentre la polizia giudiziaria è gravata di un dovere di verbalizzazione delle dichiarazioni provenienti da soggetti che, salvi i casi eccezionali contemplati dal codice processuale, non possono sottrarsi all'esame, l'investigatore privato non può mai obbligare l'informatore ad aderire ad una proposta di colloquio formalizzato.

La differenza non è di poco momento, se solo si considera che mentre la documentazione dell'atto d'indagine pubblico è comunque recuperabile nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di ripetizione ed alle condizioni descritte dall'art. 512 c.p.p., la stessa cosa non può avvenire nel caso di rifiuto opposto all'investigante privato seguito dal venire meno della fonte, mancando in questa ipotesi un atto documentativo.

Se è vero che la mancata formalizzazione del contatto è dovuta in un primo momento ad una scelta volontaria del dichiarante, è altrettanto vero che la circostanza estintiva sopravvenuta rende impossibili eventuali ripensamenti.

Anche in questo caso, quindi, potrebbe ritenersi lecita la testimonianza indiretta dell'investigatore privato.

¹⁰⁸Per un'analisi più approfondita della problematica ci permettiamo di rinviare a L. SURACI, *La testimonianza de relato del detective quale fonte di prova*, in *Dir. e giust.*, 2003, 46, pp. 97 ss. È importante osservare, comunque, come diverso sembra essere l'avviso della Corte di cassazione. Invero, nella citata Cass. pen., SS.UU., 28 maggio-24 settembre 2003, Torcasio e altro, la Suprema Corte, sia pure tra le pieghe del discorso motivazionale, sembra ammettere la testimonianza dell'investigatore privato sul contenuto del colloquio informale, pur riconoscendo che questa opzione costituisce una "scelta non felice".



GLI INTERVENTI SURROGATORI DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA.

SOMMARIO: 1. L'incidente probatorio parainvestigativo. – 2. L'audizione mediata. Brevi considerazioni sulla natura dell'atto acquisitivo.

1. *L'incidente probatorio parainvestigativo.*

Il difensore che agisca al fine di estrarre elementi conoscitivi da una fonte personale non dispone, come più volte ribadito, di poteri coercitivi.

Egli non può obbligare la persona che ritiene portatrice di conoscenze utili alla difesa del proprio assistito ad aderire alla proposta di contatto investigativo, ancorchè formulata con atto scritto, e, eventualmente procuratosi la presenza fisica della fonte nel luogo indicato¹, non è assistito da un potere impositivo, anzi dovrà previamente avvertire l'informatore della facoltà di non rispondere.

Il deficit che assiste l'atto d'indagine difensivo sotto il profilo dei poteri coercitivi del difensore è compensato – come avviene, d'altra parte, in relazione a tutti gli atti d'indagine difensiva che coinvolgono situazioni giuridiche soggettive riferibili a persone estranee alla vicenda investigativa – dalla predisposizione di strumenti, di pertinenza di soggetti pubblici, che realizzano scenari alternativi rispetto all'omologo atto investigativo difensivo, comunque astrattamente idonei ad assicurare il medesimo risultato acquisitivo dei dati conoscitivi rilevanti².

Entrambi compendiate nell'art. 391 bis c.p.p., la "audizione del pubblico ministero" e l'incidente probatorio sono istituti che mantengono intatta la loro tradizionale destinazione funzionale: il primo, quale atto d'indagine, ha funzione meramente investigativa; il secondo, parentesi processuale in ambito investigativo, ha una funzione squisitamente probatoria, essendo finalizzato all'acquisizione anticipata di elementi di prova utilizzabili ai fini della decisione di merito e pertanto destinati a trovare ingresso fin dall'inizio nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p.

Sull'incidente probatorio non pare necessario soffermarsi poiché si tratta di un

¹Presumibilmente si tratterà dello studio professionale, ma nessuna norma impone che l'incontro investigativo avvenga necessariamente in questo luogo. Negli stessi termini, L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 60, la quale osserva come «nella generalità delle ipotesi, la persona informata sui fatti sarà convocata presso lo studio del difensore». N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 333, ritiene preferibile, almeno in relazione alla formale assunzione di informazioni e alla ricezione della dichiarazione scritta, l'indirizzo interpretativo secondo cui le persone contattate dovrebbero essere ascoltate nello studio legale, salvo casi eccezionali che rendono impossibile la presenza dell'informatore presso il difensore. Del profilo spaziale non si occupano nemmeno le "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive" deliberate dall'Unione delle Camere penali italiane il 19 aprile 2001, ove ci si limita a prevedere che il difensore ed il sostituto diano "tutte le disposizioni necessarie per realizzare condizioni idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni" in relazione alle circostanze relative "al tempo, al luogo e alle persone" (art. 12). Dalla norma sembra potersi desumere un potere discrezionale in ordine alla scelta del luogo in cui compiere l'atto investigativo.

²N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 308, evidenzia come, mediante la predisposizione di strumenti acquisitivi alternativi «il legislatore ha (...) voluto evitare che il diritto alla prova spettante alla difesa fosse completamente subordinato alla volontà collaborativa della persona informata».

istituto noto al sistema processuale del 1988 e l'utilizzazione di esso in funzione surrogatoria dell'atto investigativo del difensore su fonte dichiarativa non fa altro che aggiungere una fase ulteriore al processo di progressiva erosione dei connotati che ne avevano caratterizzato la disciplina originaria³.

Introdotta nell'ordinamento processuale come strumento acquisitivo destinato a conservare al patrimonio conoscitivo del giudice elementi di prova suscettibili di dispersione in attesa del dibattimento⁴, esso ha subito un primo mutamento "gene-

³G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 232 parla di «un altro duro colpo inferto al principio accusatorio, sia pur nobilitato dallo scopo di favorire l'esercizio delle attribuzioni difensive». Per N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., pp. 322 s., con la modifica normativa «si assiste, dunque, all'ennesima dilatazione dei casi di incidente probatorio, istituto originariamente ancorato ai requisiti dell'eccezionalità e della necessaria finalizzazione della tutela di determinate fonti di prova, che giustificavano la compressione dei principi dell'oralità, dell'immediatezza e dell'immutabilità tra il giudice che assume la prova e quello che la valuta». Egualmente critico rispetto al generale fenomeno di estensione dei casi di attuazione di incidenti probatori, G. LOZZI, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 4, pp. 1164 s., il quale denuncia la lesione dei fondamentali principi del processo accusatorio. Rileva, invece, L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 77, come in questo settore normativo «sembra che il legislatore abbia raccolto, seppure in maniera riduttiva e parziale, gli auspici espressi da autorevole dottrina che – prima della stesura definitiva del testo della novella – aveva suggerito di liberalizzare l'accesso alla procedura, opportunamente semplificata, dell'incidente probatorio». Non critica la scelta legislativa, anzi la definisce «più conforme al modello del processo *adversary*, nonché alla dislocazione delle posizioni soggettive e delle diverse funzioni», G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonte dichiarativa*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 231 ss. Dopo avere evidenziato che la richiesta di intervento del giudice costituiva l'unica via indicata nel testo originario approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati, l'Autore censura il testo definitivo poiché, richiamando espressamente l'istituto dell'incidente probatorio, evoca un rimedio praticabile solo nella fase delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare. Estremamente critico è, invece, V. SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida al diritto*, 2001, 1, p. 82, il quale, dopo avere definito la scelta legislativa un «*vulnus* ai connotati essenziali del processo accusatorio», censura la decisione di deformare ulteriormente la funzione dell'incidente probatorio: «Qui è probabile che la fretta debba aver consigliato male. In nessuno dei vari progetti preliminari era contenuto il riferimento all'incidente probatorio e in quello più simile e prossimo al testo definitivo si contemplava la possibilità che il giudice disponesse l'audizione della persona informata sui fatti, senza alcuna specificazione sulle modalità di assunzione dell'atto e sul suo regime probatorio. Sicché agevole ne era la conclusione che fosse da equiparare alla deposizione resa dalla persona informata sui fatti al giudice dell'udienza preliminare, in sé priva di efficacia privilegiata e nella sostanza non dissimile da quella acquisita dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria». Invero, il testo approvato dalla Camera dei Deputati e trasmesso al Senato della Repubblica era il seguente: «*Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera b) del comma 1, il giudice, su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione, fatta eccezione per le persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato*». Da ultimo, cfr. C. BORTOLIN, *E' rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'indagine difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, III, p. 1050, la quale ritiene che «la natura del mezzo di formazione anticipata della prova, tipica di tale istituto mal si concilia, infatti, con la speciale funzione surrogatoria di un atto di indagine che allo stesso viene attribuita nella dinamica dell'indagine difensiva, nell'ambito della quale obiettivo prioritario della difesa è quello di acquisire informazioni utili ad orientare e sostenere la strategia favorevole all'assistito».

⁴Gli studi sull'istituto dell'incidente probatorio sono innumerevoli. Ci limitiamo a riportare la cristallina ricostruzione dell'originaria filosofia dell'istituto operata da D. CIMADORO-A.A. DALIA-G. DARAIO-M. FERRAIOLI-M. MASTROGIOVANNI, *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, Milano, 1997, pp. 16 ss.: «L'istituto dell'incidente probatorio era destinato, nella filosofia della riforma introdotta nel 1988, a svolgere una funzione ben precisa. Una volta riaffermato il valore della giurisdizione con la netta distinzione tra la fase delle indagini preliminari – riservata al magistrato del pubblico ministero per la individuazione degli elementi necessari alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione

tico” per effetto dell’intervento normativo attuato con la legge 15 febbraio 1996, n. 66, recante norme contro la violenza sessuale⁵. Quindi, un nuovo colpo alla concezione residuale dell’istituto ed alla sua funzione tipica venne inferto dalla riforma attuata con la legge 7 agosto 1997, n. 267, la quale consentì il ricorso all’incidente probatorio per l’esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri e per l’esame delle persone indicate nell’art. 210 c.p.p. a prescindere dal presupposto della indifferibilità⁶.

L’intervento normativo attuato con la legge sulle investigazioni difensive si inserisce, dunque, lungo un solco già tracciato, anche se l’istituto presenta delle peculiarità rispetto alla figura tradizionale.

Esso è, innanzitutto, attivabile in via esclusiva dal difensore, il quale, si ritiene, è gravato semplicemente dall’onere di documentare la mancata attivazione degli strumenti tipici dell’investigazione difensiva su fonte dichiarativa per la causa specificamente contemplata dall’art. 391 bis, comma 10 c.p.p.⁷, senza che al giudice

penale – e il dibattimento, rivalutato come sede naturale per la formazione della prova, bisognava pur prevedere un meccanismo che impedisse la dispersione delle fonti di prova non rinviabili (...) Di qui, l’opzione in favore di un meccanismo di acquisizione preventiva, in virtù del quale i mezzi di prova suscettibili di dispersione in attesa del dibattimento, potessero essere assunti, nel contraddittorio tra le parti, da un giudice diverso da quello chiamato, in caso di promovimento dell’azione penale, a giudicare sull’imputazione (...) La sua presenza nella struttura del nuovo modello processuale intendeva ribadire la centralità del giudizio pubblico, in quanto si consentiva, solo in via eccezionale, l’esperimento di un mezzo di prova in una fase anteriore al dibattimento, mutuando, dallo stesso, le modalità di assunzione».

⁵L’art. 14 della legge citata ha introdotto, nel corpo dell’art. 392 c.p.p., il comma 1 bis il quale (ulteriormente modificato dalla legge 3 settembre 1998, n. 269) ha sganciato l’attivabilità dell’istituto dal presupposto della indifferibilità della prova per i delitti in esso contemplati.

“Occorre dare conto, per onestà intellettuale, delle ragioni che resero necessario l’intervento normativo in questione. Infatti la Corte costituzionale, in nome di un enigmatico principio di “non dispersione della prova” (individuato dalla sent. 255/92 come strumento di contenimento del principio di oralità in funzione di garanzia del libero convincimento giudiziale) aveva trasformato la fase delle indagini preliminari da fase destinata esclusivamente alla raccolta di elementi destinati ad orientare le scelte del pubblico ministero in ordine all’esercizio dell’azione penale in una fase deputata alla raccolta, da parte del pubblico ministero, di elementi liberamente valutabili dal giudice del dibattimento. Dunque sede privilegiata di formazione della prova, o meglio, per usare le parole di A. PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quaderni di giustizia*, 1993, p. 282, in una «gigantesca istruzione sommaria». Il Legislatore si propose, con l’intervento *de qua*, di «bilanciare le posizioni delle parti dialetticamente contrapposte, trovando un giusto equilibrio tra il principio di non dispersione e il diritto al contraddittorio» (così si esprimono D. CIMADORO-A.A. DALIA-G. DARAIO-M. FERRAIOLI-M. MASTROGIOVANNI, *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale*, cit., p. 40). Le modifiche apportate dalla legge 7 agosto 1997, n. 267 sono condivise da C. QUAGLIERINI, *Le modifiche in materia di incidente probatorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, pp. 209 ss.

⁷Negli stessi termini cfr. N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 322. Tuttavia il difensore della persona sottoposta alle indagini, nei casi contemplati dall’art. 392, comma 1, lett. c) e d), può anche astenersi da ogni forma di giustificazione. L’opzione normativa di limitare l’accesso all’incidente probatorio “speciale” al solo difensore ha suscitato in R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit. p. 48, dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale in relazione al principio di parità delle parti. Qualche perplessità sul punto e sotto lo stesso profilo lascia trasparire anche G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 234; nonché V. SANTORO, *L’anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 83, il quale si chiede perché, in questo specifico ambito non sia stata realizzata la tendenziale parità delle parti. Da ultimo, ha adombrato lo stesso sospetto G. LOZZI, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 1161, secondo il quale la disparità di trattamento rispetto alle richieste consentite al pubblico ministero «non si giustifica e non varrebbe obiettare che, se la persona in grado di riferire circostanze utili per le indagini difensive eserciti la

adito siano rimessi ampi margini di valutazione nella decisione afferente all'ammissibilità della richiesta⁸.

facoltà di non rispondere, il difensore deve essere messo in condizioni di acquisire le circostanze predette, dal momento che tale possibilità viene assicurata dalla richiesta di audizione davanti al pubblico ministero». Su quest'ultimo aspetto si appunta il rilievo di G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 232, diretto ad escludere qualsiasi profilo di incostituzionalità della normativa. Per l'Autore, «non v'è ragione di alimentare tale dubbio, non essendo compatibili le situazioni soggettive del pubblico ministero e del difensore in relazione alla fonte dichiarativa: la facoltà in esame è accordata ai difensori (tanto dell'indagato quanto della persona offesa) poiché per essi soltanto esiste un limite all'acquisizione di elementi attraverso l'indagine, costituito dal diritto della fonte di rifiutare le informazioni e tale limite (idoneo a stabilire una disparità che comprometterebbe il diritto di difesa) viene, per così dire, compensato dalla possibilità di accedere attraverso il giudice alla fonte stessa addirittura nel contraddittorio con il pubblico ministero». Una osservazione che, al di là di ogni considerazione circa l'opportunità di ampliare ulteriormente gli spazi di intervento di un istituto derogatorio dei principi fondamentali del processo accusatorio, ci sembra pienamente condivisibile e idonea a diradare ogni dubbio sulla legittimità costituzionale della disciplina dell'istituto. Non prende posizione, invece, L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 77, la quale si limita ad osservare come «la disposizione che agevola l'attivazione dell'incidente probatorio da parte della difesa non sia simmetricamente presente, nel sistema codicistico, con riguardo all'ipotesi in cui a richiederlo sia il pubblico ministero». Sotto un altro profilo, non pare possa dubitarsi che l'istituto in questione, come quello previsto dall'art. 391 bis, comma 10 c.p.p., possa essere attivato anche nel caso in cui la persona informata sui fatti, anziché avvalersi del diritto al silenzio, abbia preferito addirittura rifiutare il contatto fisico con il difensore. Così, anche, L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 74. L'opinione è condivisa da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 315, secondo il quale la diversa interpretazione, sia pure aderente alla lettera della norma, comporterebbe «un'inaccettabile disparità di trattamento rispetto alla persona che abbia accettato l'invito e abbia esercitato la facoltà prevista dall'art. 391 bis comma 3 lett. d) c.p.p.». Negli stessi termini cfr. A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., p. 231, secondo il quale, se così non fosse, il difensore «vedrebbe elusi i suoi poteri di accertamento ed indagine, essendo sprovvisto dei poteri coercitivi previsti per il pubblico ministero dagli articoli 132 e 133 c.p.p.». Ammette, infine, il ricorso allo strumento surrogatorio anche nell'ipotesi presa in considerazione, C. BORTOLIN, *E' rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'indagine difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 1042. L'Autore, in particolare, si chiede se, in questa situazione, il difensore abbia l'onere di produrre una dichiarazione resa dalla persona interpellata dalla quale si evinca come la mancata comparizione non sia dipesa da un legittimo impedimento, bensì da una scelta consapevole del soggetto stesso: «orientandosi in una simile prospettiva, però» – è la conclusione – «sarebbero evidenti i rischi derivanti dal subordinare l'ammissione della richiesta di incidente e, di conseguenza, l'esercizio del diritto alla prova ai variabili comportamenti di chi, dopo essersi rifiutato di comparire, potrebbe non essere affatto disposto a fornire la prova del proprio diniego». Manifesta dubbi in punto di attivabilità dell'incidente in caso di mancata presentazione dell'interpellato, senza però prendere posizione, R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., p. 46. Ritiene, invece, non attivabili gli istituti surrogatori in presenza di un radicale rifiuto della fonte a qualsiasi contatto con il difensore, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., pp. 222 ss., il quale espone a sostegno della propria conclusione ragioni di orine logico-sistematico e di natura teleologica.

⁸Secondo N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 324, un caso di legittimo rigetto della richiesta di incidente probatorio dovrebbe ricorrere nell'ipotesi in cui il giudice sia stato reso edotto, a seguito di presentazione di apposite deduzioni da parte del pubblico ministero a norma dell'art. 396 c.p.p., dell'emissione di un decreto di segretazione nei confronti della persona da esaminare. In questo caso «l'assunzione della prova a mezzo dell'incidente probatorio non potrà che essere posticipata alla scadenza del termine fissato nel decreto di segretazione del pubblico ministero». Più ampio sembra, invece, lo spazio valutativo rimesso al giudice per le indagini preliminari secondo G. LOZZI, *Il giusto processo e i riti speciali deflattivi del dibattimento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 1162, per il quale «la richiesta di incidente probatorio integra una attuazione del diritto alla prova e si pone, pertanto, il quesito dei poteri del giudice delle indagini preliminari in ordine alla valutazione di detta richiesta. In altri termini, sulla base di quali criteri potrà il giudice delle indagini preliminari respingere la richiesta in parola? La legge sulle indagini

In secondo luogo, l'istituto è accessibile anche al difensore della persona offesa – salvo dubitarsi che anche questi possa svolgere attività investigativa – a differenza di quanto previsto dalla disciplina dell'incidente probatorio ordinario che, come è noto, è attivabile esclusivamente dal pubblico ministero e dalla persona sottoposta alle indagini⁹. La logica conseguenza della scelta legislativa dovrebbe esse-

difensive nulla stabilisce al riguardo e, di conseguenza, i criteri non possono che essere quelli menzionati nell'art. 190 c.p.p., per cui il giudice deve ammettere tutte le prove richieste, escludendo soltanto quelle vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue e irrilevanti». Osserva puntualmente, però, C. BORTOLIN, *E' rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 1045, come «il c.d. "vaglio sulla fondatezza" risulta già particolarmente problematico in relazione alle richieste di incidente probatorio "ordinario", dal momento che il giudice per le indagini preliminari non conosce gli atti del procedimento e viene a trovarsi nella condizione di dover verificare la manifesta rilevanza e la non superfluità della richiesta sulla base di un addebito che ancora non è stato definito in modo chiaro e preciso nell'imputazione. A maggior ragione, non pare davvero possibile che questi riesca a pervenire all'accertamento dell'insussistenza di tali requisiti di fronte ad un'istanza di incidente probatorio finalizzata al compimento di un atto di investigazione difensiva che non si è potuto realizzare e del quale risulta difficile, per lo stesso difensore, prognosticare il contenuto». È importante, però, rilevare come un recente approdo della Corte di cassazione rischia di ridimensionare la portata dell'obbligo del giudice per le indagini preliminari di aderire alla richiesta della difesa in ordine all'attivazione dell'incidente "parainvestigativo". Invero, Cass. pen., Sez. III, 9 aprile-23 maggio 2002, Mondadori, ha stabilito, sebbene si trattasse di una richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11 c.p.p., che «avverso l'ordinanza con la quale il Gip accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio non è prevista impugnazione: ciò sia per il principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'articolo 568 del Cpp, sia per la natura dell'incidente probatorio, caratterizzato dall'esigenza di speditezza con cui tale fase deve essere espletata e che è incompatibile con i tempi necessari per il procedimento di impugnazione». La presa di posizione della Suprema Corte è censurabile poiché trascura di considerare la peculiarità dell'incidente probatorio "parainvestigativo", ossia la sua funzione suppletiva di una attività investigativa unilaterale inaccessibile in virtù di una consapevole opzione della persona informata sui fatti. Proprio questa caratteristica rende l'istituto del tutto autonomo rispetto a qualsiasi prospettazione di ragioni d'urgenza ed indifferibilità dell'acquisizione probatoria richiesta, come, del resto, confermato dalla lettera dell'art. 391 bis, comma 11 c.p.p. Egualmente critico rispetto alla sopra citata sentenza, G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 78, secondo il quale gli argomenti utilizzati dalla Corte di cassazione «appaiono in astratto ineccepibili poiché fondati sulle regole generali delle impugnazioni, ma trascurano la peculiarità dell'incidente probatorio ex art. 391 bis, comma 11, introdotto dal legislatore in *sedes materiae* per garantire la effettività della attività investigativa difensiva, finalità che, seguendo il citato *decisum* della Cassazione, sarebbe destinata a divenire del tutto sterile. In tale ottica è, pertanto, auspicabile una inversione di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di inoppugnabilità dell'ordinanza reiettiva della richiesta di incidente probatorio richiesto ex art. 392 e, *a fortiori*, nella ipotesi di cui all'art. 291 bis, comma 11, attesa la *ratio* particolare che ispira l'innovazione in tema di investigazioni. Salvo a segnalare, *in extremis*, l'opportunità di un possibile rimedio legislativo». Egualmente critica rispetto alla sentenza della Suprema Corte sopra citata è C. BORTOLIN, *E' rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'investigazione difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., pp. 1049 s., ove si analizza il vizio che inficia il provvedimento di rigetto dell'istanza di ammissione all'incidente "parainvestigativo" per pervenire alla condivisibile conclusione che «ove si voglia essere coerenti con le premesse, così come ricavate alla luce della disciplina attualmente in vigore, la diagnosi di abnormità appare l'unica accettabile».

⁹Questo profilo della disciplina sembra essere colto con sfavore da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 323, il quale ritiene di cogliervi una nota caratterizzante l'eccentricità della dilatazione dei casi di accesso all'incidente probatorio effettuata con la legge sulle indagini difensive. G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 232, invece, individua nell'opzione estensiva un caso di deroga alla disciplina generale dell'istituto reso necessario dal fine "di riequilibrio" della disparità delle posizioni delle parti perseguito dal legislatore. L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 78, coordina la legittimazione della persona

re che, nell'ambito dell'incidente probatorio "parainvestigativo" richiesto dal difensore della persona offesa, questi potrà rivolgere direttamente alla persona esaminata le domande che le avrebbe rivolto nell'atto d'indagine altrimenti compiuto. Ciò a dispetto del disposto dell'art. 401, comma 5 c.p.p., il quale abilita il difensore della persona offesa a "chiedere al giudice di rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame"¹⁰.

I profili di interferenza tra la disciplina generale dell'incidente probatorio e le peculiarità della versione "parainvestigativa" sono diversi, ma importanza particolare rivestono quelli concernenti gli spazi di operatività, in relazione al nuovo istituto, da un lato, del potere di differimento contemplato dall'art. 397 c.p.p.; dall'altro, dei limiti temporali di accessibilità.

L'art. 397 c.p.p., come è noto, legittima il pubblico ministero a chiedere che il giudice investito dell'acquisizione anticipata della prova disponga il differimento dell'incidente probatorio richiesto dall'indagato "quando la sua esecuzione pregiudicherebbe uno o più atti d'indagine preliminare".

Si tratta di una cautela preposta alla salvaguardia dell'efficacia dell'attività investigativa del pubblico ministero, la quale potrebbe essere pregiudicata dall'acquisizione, ad opera della controparte, di elementi conoscitivi destinati ad essere svelati nel corso dell'esperimento probatorio anticipato.

A prima vista, la sussistenza di un siffatto potere in capo all'investigante pubblico dovrebbe essere esclusa in virtù delle peculiarità funzionali dell'istituto introdotto dalla legge sulle indagini difensive. Per vero, esso è intimamente legato all'attività investigativa difensiva su fonti dichiarative, al punto che è stato concepito dal legislatore come succedaneo degli atti difensivi unilaterali tipicamente preordinati all'apprensione di notizie da persone informate sui fatti. L'attivazione dell'incidente presuppone, dunque, la necessità di rimuovere l'impedimento all'espletamento dell'atto tipico costituito dal rifiuto della fonte di intrattenere rapporti di carattere investigativo con la difesa¹¹ e sarebbe a dir poco paradossale che l'im-

offesa dal reato a richiedere l'incidente parainvestigativo con la preclusione stabilita invece per il pubblico ministero, per osservare che, sul punto, gli equilibri nei rapporti tra pubblico ministero e persona offesa sono rovesciati: «è plausibile, infatti, che l'organo dell'accusa, limitato entro i presupposti di non rinviabilità della prova ex art. 392 c.p.p., finisca per influenzare le scelte dell'offeso dal reato».

¹⁰Cfr., ancora una volta, G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 234 s., secondo il quale, «se l'incidente probatorio è stato richiesto da tale difensore (della persona offesa) e si atteggia come atto vicario di un atto della sua indagine (durante il quale egli avrebbe direttamente interloquuto con la fonte), riteniamo che egli sia legittimato a condurre l'esame diretto». Negli stessi termini v. N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 324.

¹¹E' stato giustamente rilevato come il presupposto legislativo costituisca una sorta di palla al piede alle effettive possibilità di decollo dell'istituto suppletivo. Invero «appare poco probabile, per il margine di azzardo che questa ipotesi presenta, che il difensore della persona sottoposta alle indagini preferisca questa modalità ricettiva della prova, rispetto a quella dell'audizione del pubblico ministero, di fronte ad una persona che, essendosi avvalsa della facoltà del silenzio, ha già mostrato di non avere una promettente disponibilità a dare un contributo probatorio a favore del giudicabile». Così N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 325. Egualmente critico G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 232, per il quale l'incidente parainvestigativo costituisce «uno strumento che, lungi dal costituire un sicuro vantaggio, può essere rischioso per le strategie difensive (e che, dunque, impone attente e prudenti valutazioni), dal momento che determina una *discovery* anticipata e che il difensore potrebbe trovarsi ad affrontarlo "al buio", semplicemente sulla base

piego dello strumento deputato a sopperire ad una scelta sì legittima, ma chiaramente mortificatrice del pieno e completo esplicarsi della funzione difensiva fosse suscettibile di essere, a sua volta, precluso da una decisione connotata dalla unilateralità del procedimento teso a provocarla e dalla insindacabilità¹².

A ciò si aggiunga l'indubbia unità di *ratio* che avvince gli istituti della segretezza e del differimento, entrambi finalizzati a garantire l'efficacia delle indagini preliminari rispetto a possibili elementi di turbativa esterni, con la conseguenza che nulla impedirebbe di individuare nel potere di segretezza l'unico limite invocabile dal pubblico ministero in rapporto ai pericoli che potrebbero derivare dall'espletamento di atti d'indagine difensiva su fonti dichiarative.

Tuttavia, l'assenza di qualsivoglia indicazione normativa sul punto impone all'interprete una valutazione quanto mai meditata, al fine di fornire alla giurisprudenza elementi di giudizio che preservino da approdi intrisi di logiche estremistiche.

Per fare questo occorre distinguere le diverse situazioni che, in concreto, si possono verificare e, in relazione a ciascuna, individuare soluzioni appropriate e sistematicamente consentite.

Seguendo una logica di segmentazione delle diverse ipotesi, dunque, può innanzitutto accadere che il pubblico ministero abbia disposto la segretezza della fonte: in questo caso il provvedimento dell'accusa ha efficacia paralizzante della richiesta di esperimento probatorio anticipato presentata dalla difesa perché, ragionando diversamente ed in virtù del più volte citato rapporto di succedaneità, l'esperimento dell'incidente probatorio si paleserebbe come uno strumento idoneo ad aggirare il vincolo imposto alla fonte¹³. Saremmo quindi in presenza di una antinomia difficilmente sopportabile dal sistema processuale penale.

Nell'ipotesi in cui, invece, il pubblico ministero abbia assunto informazioni dalla persona che si pretende di esaminare con l'incidente probatorio senza però disporre la segretezza, nulla autorizza a ritenere l'organo dell'indagine pubblica legittimato a chiedere il differimento, a cagione di una presunzione di non necessità di segretezza in ordine ai fatti e circostanze oggetto dell'indagine di cui la fonte sia a conoscenza. Tuttavia il pubblico ministero potrebbe rimuovere suddetta presunzione e paralizzare l'iniziativa del difensore disponendo la segretezza della fonte subito dopo la notificazione della richiesta della difesa e facendo pervenire il

di mere congetture circa il reale bagaglio di conoscenze della fonte in relazione al tema di prova, il quale, a sua volta, ben potrebbe esso stesso risultare difficile da determinare».

¹²Le peculiarità dell'istituto di recente introduzione inducono ad escludere l'applicabilità degli art. 398, comma 3 (nella parte in cui legittima le parti e i difensori a prendere cognizione e estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare) e 3 bis c.p.p., ovviamente nell'ipotesi in cui il dichiarante sia già stato sentito dagli inquirenti pubblici.

¹³Non si capisce, tuttavia, se il giudice debba dichiarare la domanda del difensore inammissibile o se, invece, debba ammetterla differendo però l'esperimento probatorio, e dunque fissando – ai sensi dell'art. 397, comma 4 c.p.p. – l'udienza per l'incidente probatorio in una data successiva al decorso del termine bimestrale. La prima soluzione sembra inaccessibile in virtù del principio di tassatività dei casi di inammissibilità; la seconda – anche a voler considerare, con notevole sforzo ermeneutico, la richiesta di differimento del pubblico ministero implicita nel provvedimento di segretezza – introdurrebbe nel sistema una forma atipica di differimento.

relativo provvedimento alla cancelleria del giudice nei termini stabiliti dall'art. 396 c.p.p.¹⁴.

L'ipotesi finale è configurabile qualora il pubblico ministero non abbia mai assunto informazioni dalla persona di cui la controparte chiede l'esame ex art. 391 bis, comma 11 c.p.p. In questo caso nulla osta ad una richiesta di differimento ai sensi dell'art. 397 c.p.p. poiché l'investigante pubblico rimarrebbe altrimenti privo di strumenti di tutela dell'efficacia delle indagini preliminari, essendogli precluso l'impiego dello strumento di cui all'art. 391 quinquies c.p.p.¹⁵.

Né potrebbe sopperire a questa deficienza "organizzando" in tempi brevissimi un'audizione della persona informata e così realizzare il presupposto legittimante la segretezza, in quanto l'assunzione di informazioni dalla persona indicata nella richiesta di incidente probatorio costituisce attività vietata dall'art. 430 bis c.p.p.

Il profilo concernente i limiti temporali di accessibilità emerge in relazione alla proponibilità della richiesta di incidente probatorio "parainvestigativo" in epoca successiva alla scadenza dei termini di durata delle indagini preliminari ed è legato ad una recente presa di posizione della Corte costituzionale.

In particolare, il Giudice delle leggi, nell'ordinanza 10-18 luglio 2002, n. 368, ha avuto modo di puntualizzare che la possibilità di adire lo strumento dell'incidente probatorio in una fase comunque successiva alla decorrenza dei termini investigativi stabiliti dal codice è circoscritta alle prove «suscettibili di essere esposte al rischio di irrimediabile dispersione», precisando che «consentire l'assunzione mediante incidente probatorio di prove non esposte al rischio di irrimediabile dispersione anche dopo la scadenza del termine delle indagini preliminari comporterebbe una profonda alterazione dei rapporti tra tale fase e il giudizio e una irragionevole dilatazione della durata delle indagini e, quindi, dei tempi del procedimento»¹⁶.

Dunque, la Corte costituzionale individua il punto di equilibrio tra l'esigenza di «assicurare l'effettività del diritto delle parti alla prova» e l'interesse alla concentrazione dei tempi del procedimento ponendo al centro della valutazione il concetto di «rischio di irrimediabile dispersione» della prova: non sussistendo il pericolo

¹⁴Sarebbe un comportamento singolare e, sotto certi aspetti, azzardato perché il pubblico ministero avrebbe accettato il rischio di una fuoriuscita di informazioni pregiudizievoli per il buon esito delle investigazioni, soltanto casualmente superato in virtù di una decisione dell'informatore assolutamente non prevenibile.

¹⁵Il quale presuppone che la fonte da segretare sia stata "sentita" dall'organo dotato del relativo potere.

¹⁶Per un primo commento all'ordinanza della Corte costituzionale, cfr. E. MARZADURI, *Subordinata l'acquisizione anticipata a circostanze di effettiva indifferibilità*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 33, pp. 81 ss. L'Autore ritiene di poter ricavare dalle argomentazioni della Corte «significative precisazioni circa l'effettiva fisionomia dell'incidente probatorio introdotto nel sistema processuale penale a seguito della (...) sentenza 77/94» Come è noto, la sent. 23 febbraio 1994, n. 77 ha esteso la possibilità di richiedere ed eseguire l'incidente probatorio anche nella fase dell'udienza preliminare, a fronte di una disciplina positiva che circoscrive l'ambito di attivabilità dell'istituto alla fase delle indagini preliminari (artt. 392 e 393 c.p.p.). Secondo l'Autore, dunque, l'ordinanza in questione, la quale affonda le proprie radici argomentative nella precedente ord. 9 maggio 2001, n. 118, avrebbe ristretto gli spazi di operatività dell'incidente probatorio durante la fase dell'udienza preliminare, circoscrivendoli alle sole ipotesi di indifferibilità della prova. Critiche a queste conclusioni sono mosse, però, da G. LOZZI, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, n. 1-2, pp. 502 ss. Le precisazioni contenute nell'ord. 10-18 luglio 2002, n. 368 sono state ribadite nell'ord. 30 giugno-15 luglio 2003, n. 249.

di dispersione, non c'è spazio per collocare l'incidente probatorio al di fuori del recinto segnato dai termini di durata delle indagini preliminari.

A prima vista, le argomentazioni, tanto puntuali quanto condivisibili, svolte dalla Corte costituzionale dovrebbero portare ad includere l'incidente probatorio "parainvestigativo" nel novero delle ipotesi di non attivabilità, non potendosi dubitare che la funzione assegnata dall'ordinamento a questo istituto ne legittima l'operatività a prescindere dalla sussistenza di esigenze di tutela della prova rispetto a fattori di possibile dispersione¹⁷.

Un esame più approfondito della tematica conduce, tuttavia, a conclusioni opposte.

Occorre riflettere, infatti, sul dato che l'investigante privato non sempre, anzi quasi mai, è in condizioni di conoscere le scansioni temporali dell'indagine pubblica. D'altra parte, il reperimento di fonti a discarico e l'esigenza di formalizzazione del relativo contributo conoscitivo mediante il succedaneo dell'assunzione unilaterale costituiscono attività assolutamente sganciate dai termini di durata delle indagini preliminari e in nessun modo influenzabili da essi.

Arrestandosi ad una analisi superficiale, si perverrebbe alla conclusione, manifestamente iniqua, che l'esercizio delle facoltà investigative del difensore, svincolato dalla determinazione normativa di precisi spazi temporali, sarebbe in realtà regolato, sotto il profilo temporale, dalle norme afferenti alla durata delle indagini preliminari, nella pratica rimesse alla gestione discrezionale del pubblico ministero.

Il risultato sarebbe rappresentato da una forma occulta di disciplina del profilo temporale delle investigazioni difensive, tanto più grave in quanto governata dalle scelte, ignote al difensore, pressoché arbitrarie e, occorre ricordare, illegittime della controparte¹⁸.

Il legislatore, come si è avuto modo di rilevare, ha consapevolmente scelto di astenersi dal predisporre una disciplina dei tempi dell'indagine difensiva – limitandosi a precisare che gli atti di investigazione possono essere compiuti "*in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e nel giudizio di revisione*" (art. 327 bis, comma 2 c.p.p.) – e con tale scelta è assolutamente inconciliabile la presa di posizione della Corte costituzionale, evidentemente dovendosi circoscrivere la sua portata alle ipotesi di incidente probatorio diverse da quella di recente introduzione¹⁹.

¹⁷Anzi, l'art. 391 bis, comma 11 c.p.p. espressamente prevede che l'incidente parainvestigativo possa essere attivato "*anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1*".

¹⁸Il pubblico ministero, infatti, avrebbe dovuto assumere le proprie determinazioni entro il termine di durata delle indagini preliminari stabilito dalla legge o prorogato dal giudice. Con una scelta del tutto arbitraria, può darsi consapevole e magari accompagnata da un atteggiamento ostruzionistico di fronte ad una richiesta di audizione, l'antagonista pubblico potrebbe bloccare l'accesso del difensore all'incidente, paralizzando così lo svolgimento dell'investigazione privata.

¹⁹Diversi sono i problemi che si pongono, invece, in relazione alla fase dell'udienza preliminare. La Corte costituzionale, infatti, con la citata sent. 23 febbraio 1994, n. 77, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 del codice di procedura penale nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare». Come emerge chiaramente dal dispositivo, la pronuncia della Corte è circoscritta ad ipotesi ben precise, normativamente definite, dalle quali esula la fattispecie introdotta dalla legge sulle investigazioni difensive, né potrebbe esservi ricompresa in virtù di una interpretazione

2. L'audizione mediata. Brevi considerazioni sulla natura dell'atto acquisitivo.

Di diversa natura sono i problemi che pone l'istituto della "audizione" introdotto dall'art. 391 bis, comma 10 c.p.p.

Lo strumento, accessibile esclusivamente per estrarre elementi conoscitivi di natura dichiarativa da persone informate sui fatti²⁰, è attivabile ad istanza del difensore, istanza che – si legge nella norma – obbliga il pubblico ministero a provocare il momento di contatto investigativo entro sette giorni²¹.

analogica dell'art. 392 c.p.p. a causa del suo carattere eccezionale in quanto norma derogatoria del principio generale di immediatezza (così, in relazione alle nuove ipotesi di incidente introdotte dalla legge 7 agosto 1997, n. 267, G. LOZZI, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 506). Ciò non significa, però, che l'incidente "parainvestigativo" non possa operare in questa fase. Invero, a confutare questa conclusione soccorrono, ancora una volta, la peculiarità funzionale dell'istituto ed il più volte richiamato principio di libertà dei tempi di svolgimento delle investigazioni difensive, in virtù del quale la disciplina dei profili temporali della richiesta di incidente non si presta ad assimilare le restrizioni stabilite dagli artt. 392 e 393 c.p.p. Occorre aggiungere che soltanto in apparenza il ricorso all'incidente ex art. 391 bis, comma 11 c.p.p. in questa fase potrebbe ritenersi irrilevante sotto il profilo delle strategie difensive. Invero, l'acquisizione del contributo dichiarativo sollecitato dall'imputato potrebbe rivelarsi fondamentale al fine di porre la parte in condizioni di valutare con cognizione di causa se accedere o meno ai riti alternativi. Il pregiudizio che subirebbe, in caso contrario, il diritto di difesa, sarebbe grave e non sempre rimediabile attraverso la sollecitazione dei poteri di integrazione probatoria del giudice dell'udienza preliminare, non necessariamente integrandosi una fattispecie di incompletezza investigativa ovvero non sempre caratterizzandosi la prova richiesta per un grado di persuasività tale da indurre ad un giudizio di evidente decisività.

²⁰Invero, l'art. 391 bis, comma 10 c.p.p. esclude espressamente che l'istituto possa operare rispetto a persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento nonché nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'art. 210 c.p.p.

²¹A noi pare configurabile un preciso dovere del pubblico ministero di agire in conformità con la richiesta del difensore. Della stessa opinione G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 221, il quale esclude l'attribuzione al pubblico ministero di qualsiasi potere deliberativo di merito, salvo che per irregolarità desumibili *de plano* dalla stessa richiesta del difensore, come quando si dichiara che l'audizione mediata riguardi persona coimputata o indagata, oppure quando la richiesta risulti avanzata dal consulente tecnico e non dal difensore. Egualmente, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 311, per il quale «la fissazione dell'audizione si configura come un atto dovuto per il pubblico ministero, come emerge dall'uso del verbo all'indicativo: il pubblico ministero, su richiesta del difensore, *dispone* l'audizione che fissa entro sette giorni (termine, peraltro, meramente ordinatorio). Non sono previste norme che autorizzino il pubblico ministero a dichiarare l'inammissibilità della richiesta o a respingerla, neppure se essa dovesse *prima facie* apparire pretestuosa o se il pubblico ministero (per la conoscenza di atti coperti dal segreto) fosse in condizioni di affermare che la persona, di cui si chiede l'audizione, non è in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa difensiva. Né la norma sembra lasciare spazi al pubblico ministero di valutare la compatibilità dell'audizione con le sue strategie investigative o, quantomeno, di vietare, al difensore le domande considerate estranee all'oggetto delle indagini». La stessa posizione è espressa da L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 76, secondo la quale «la norma non lascia spazio a determinazioni del pubblico ministero che si orientino in senso contrario rispetto alla disposizione dell'audizione *de qua*. Parrebbe, infatti, che l'organo dell'accusa, a prescindere da qualsivoglia strategia investigativa, sia comunque tenuto a procedervi». Cfr., infine, A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., pp. 233 s., per il quale «l'unico controllo che il pubblico ministero ha il potere ed il dovere di compiere è di mera legittimità, dovendo, dunque, verificare la legittimazione del difensore di proporre istanza e la sussistenza del presupposto di legge su cui essa si fonda, cioè l'avvenuto esercizio della facoltà di non rispondere da parte di una persona informata sui fatti». Sembra dubitare in punto di sussistenza di un vero e proprio obbligo, invece, R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, cit., p. 46, per il quale «non è chiaro (...) se la richiesta debba essere accolta dal Pm (se non nei limiti in cui qualsivoglia sollecitazione del difensore possa essere fatta propria dal pubblico ministero)». Critico rispetto ad una scelta legislativa che priva il pubblico ministero di qualsiasi spazio valutativo, specie al fine di evitare un impiego dilatorio dell'istituto, V. SANTORO, *L'anomalia degli accer-*

Siamo in presenza di un atto investigativo difficilmente riconducibile alle categorie tradizionalmente note al nostro sistema processuale, del quale appare quanto mai complicato identificare la natura: in questa sede ci limiteremo a poche considerazioni su questo aspetto.

Invero, esso presenta i tratti esteriori tipici dell'atto previsto dall'art. 362 c.p.p.²².

Innanzitutto è disposto dal pubblico ministero, il che rende possibile l'utilizzo degli istituti coercitivi diretti ad assicurare la presenza della persona individuata come portatrice di utili conoscenze²³.

La circostanza che il provvedimento del pubblico ministero consegua ad una istanza del difensore non ha portata dirimente essendo già in precedenza consentito ai difensori di rivolgere richieste scritte al pubblico ministero senza che questo elemento incidesse sulla natura dell'atto conseguente. Tuttavia, a differenza di quanto previsto per le richieste ex art. 367 c.p.p., l'istanza del difensore pone in capo alla controparte pubblica un vero e proprio obbligo di assunzione dal quale è possibile sottrarsi opponendo l'illegittimità della richiesta oppure allegando l'avvenuta segretazione della fonte e, chiaramente, nei limiti temporali prescritti dall'art. 391 quinquies c.p.p.

Non pare poi dubitabile che alla documentazione dell'atto debba provvedere l'ausiliario del pubblico ministero a norma dell'art. 373 c.p.p., né che il relativo verbale confluisca direttamente nel fascicolo delle indagini preliminari, con facoltà del difensore di ottenere copia a norma dell'art. 366 c.p.p.²⁴.

La sostanza dell'atto si scosta però dai connotati tipici delle attività investigative del pubblico ministero, anche se non pare possa sostenersi che l'investigante pubblico – in relazione al compimento di questo specifico atto – assuma un mero ruolo di garanzia rispetto all'espletamento della funzione investigativa del difensore.

Una elementare attività esegetica – l'audizione, recita la disposizione, si svolge *“alla presenza del difensore”* – è sufficiente a far rilevare come il legislatore abbia posto il pubblico ministero in una posizione di supremazia, quale organo preposto alla gestione esclusiva di un atto al quale il difensore ha, in primo luogo, il diritto di assistere.

Dovrebbe concludersi, già in virtù di questo profilo esegetico, che l'atto in questione è di pertinenza del pubblico ministero, da ciò emergendo la singolarità di una scelta legislativa diretta a sopperire all'impossibilità di esplicazione di un atto difensivo mediante l'arricchimento dell'armamentario a disposizione dell'antagonista pubblico.

Il sospetto che il rimedio predisposto sia connotato da un intrinseco squilibrio delle posizioni delle parti è confermato dall'indubbio diritto dell'investigante pubblico di rivolgere domande alla persona convocata, sebbene soltanto dopo che il

tamenti tecnici irripetibili, cit., p. 82, per il quale è da rilevare come «siano veramente “stretti” i tempi di adempimento imposti all'organo della pubblica accusa e come a questi non sia in alcun modo consentito di sindacare – o far sindacare – il numero, la pertinenza e la congruità delle richieste difensive».

²²Norma peraltro richiamata dall'articolo 391 bis, comma 10 c.p.p.

²³Si tratta dell'accompagnamento coattivo, previsto dall'art. 377 c.p.p.

²⁴Fa invece riferimento all'art. 116 c.p.p., denunciando la mancanza di una apposita norma al riguardo, G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 227.

difensore abbia provveduto ad estrarre dalla fonte gli elementi conoscitivi utili e, comunque, sempre in sua presenza²⁵.

Il pubblico ministero, al quale la controparte è stata costretta a consegnare la fonte conoscitiva, può infatti approfittare della “fortuna” di assistere all’atto acquisitivo privato non soltanto per aguzzare l’intuito al fine di cogliere le linee dell’attività difensiva complessiva, ma anche per modulare domande sulla base degli elementi emersi durante l’esame del difensore e dei quali, in un sistema binario normale, non dovrebbe avere conoscenza. Gli spazi per la trasformazione dell’atto normativamente difensivo in una sorta di “super atto d’indagine” del pubblico ministero sono notevoli, con l’evidente pericolo di una radicale metamorfosi della posizione del difensore il quale, da protagonista designato dell’atto rischia di ridursi a semplice introduttore di una fase investigativa gestita dal pubblico ministero e funzionale al rafforzamento dell’impostazione accusatoria.

Ma c’è di più. Invero, nulla esclude – come è stato acutamente rilevato²⁶ – che il pubblico ministero possa astenersi dal rivolgere domande in sede di audizione per poi, in un momento successivo o addirittura nell’immediatezza, convocare – ovvero trattenere, nel secondo caso, dopo avere licenziato lo scomodo difensore – la persona di cui fu disposta l’audizione per assumerla a sommarie informazioni ai sensi dell’art. 362 c.p.p.²⁷.

In questa ipotesi, alla configurabilità della quale non ostano elementi letterali o sistematici, i benefici che il pubblico ministero può trarre dall’iniziativa del difensore sarebbero addirittura insperati, poiché questo modo di procedere consentirebbe al pubblico investigante di utilizzare le risultanze dell’atto difensivo per compiere un atto investigativo coperto dal segreto e rafforzato dal sostanziale aggiramento della regola che vieta al pubblico ministro di chiedere alle persone già sentite dal difensore informazioni sulle domande ricevute e sulle risposte date (art. 362 c.p.p.).

Il pubblico ministero, infatti, non avrebbe alcuna necessità di richiedere le informazioni vietate, avendo egli presenziato all’atto richiesto dal difensore e, conseguentemente, percepito direttamente sia le domande, sia le risposte.

Poco importa che nulla vieti al difensore di tentare, successivamente, un nuovo approccio con la fonte al fine di verificare la disponibilità di quest’ultima ad aderire ad una richiesta di partecipazione all’atto difensivo unilaterale precedentemente rifiutata, magari dopo avere omesso la trattazione di alcuni temi investigativi alla presenza del pubblico ministero. A parte, infatti, la scarsa probabilità di un muta-

²⁵Precisa infatti l’art. 391 bis, comma 10 c.p.p. che “l’audizione si svolge alla presenza del difensore”. Dunque il momento partecipativo del difensore si estende all’intero atto e non, semplicemente, al momento acquisitivo strettamente difensivo.

²⁶G. FRIGO, *L’indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 228.

²⁷Sull’ammissibilità di un simile *modus operandi* si esprime N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 314, secondo il quale «la legge non lo vieta ed è da ritenere che il titolare delle indagini preliminari privilegi l’assunzione delle informazioni utili all’ipotesi d’accusa in assenza della difesa». Aggiunge l’Autore che, al contrario, sarebbe «scorretto per il pubblico ministero, dopo aver ricevuto la tempestiva richiesta di audizione ex art. 391 bis comma 10 c.p.p. da parte del difensore, procedere, in qualità di atto proprio ex art. 362 c.p.p. e prima dei sette giorni, all’audizione della medesima persona informata sui fatti, benchè non vi sia alcuna norma che espressamente lo vieti».

mento di opinione della persona interpellata, l'interesse ad acquisire informazioni a geometria valutativa ed utilizzativa variabile ha già subito la mortificazione della necessaria conoscenza di esse da parte del pubblico ministero²⁸.

Volendo tentare, a questo punto, di svolgere qualche considerazione finale sulla natura di un istituto prevedibilmente destinato a poca fortuna, pare evidente che siamo in presenza di un atto ibrido per natura, essenza e, anche, per conseguenze di carattere penale sostanziale poiché l'eventuale condotta reticente o menzognera del dichiarante integrerà gli estremi dei reati previsti da norme incriminatrici diverse, a seconda che le dichiarazioni false siano state rese rispondendo alle domande del pubblico ministero (art. 391 bis c.p.) ovvero del difensore (art. 391 ter c.p.).

Occorre però riconoscere che i caratteri dell'atto acquisitivo lo rendono particolarmente compatibile con una catalogazione nell'ambito degli atti d'indagine preliminare.

Certamente da escludere è, invece, la sistemazione di esso nel contesto degli atti d'investigazione difensiva²⁹.

²⁸Non condividiamo, dunque, il plauso rivolto all'istituto suppletivo in questione da V. SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 82, secondo il quale «il meccanismo escogitato è del tutto incompatibile con le linee portanti del sistema processuale e grazie a esso i risultati delle fatiche difensive avranno la stessa veste di quelli della pubblica accusa e saranno del pari utilizzabili in sede di contestazione dibattimentale». Ha invece ragione chi osserva come l'istituto, proprio a causa della sua caratteristica di meccanismo acquisitivo caratterizzato dall'invadente presenza del pubblico ministero in relazione ad un fenomeno conoscitivo dal contenuto oscuro, è destinato a scarso successo. Così, fra i tanti, L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 76, per la quale «è intuitivo che la scelta di questo mezzo, comportando inevitabilmente una *discovery* delle strategie della difesa e degli elementi di prova raccolti, sarà, nella prassi, ben ponderata». Per G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA.VV., *Processo penale, il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 228, è «prevedibile che nella pratica si farà scarsamente ricorso a questa via alternativa, riservandola a situazioni eccezionali o marginali, non potendosi dire usuale per un difensore – specialmente se non è previamente bene informato delle conoscenze di una persona che abbia persino rifiutato di parlargli in un colloquio informale – attivare il pubblico ministero per potere in sua presenza attingere la fonte». Egualmente perplesso N. TRIGGIANI, *Le indagini difensive*, cit., pp. 318 s., secondo il quale l'audizione rappresenterebbe «un ritorno alla tanto deprecata teoria della canalizzazione sul pubblico ministero dell'attività investigativa del difensore, che proprio la l. n. 397/2000 si proponeva di superare definitivamente».

²⁹Non può parlarsi nemmeno di atto difensivo con partecipazione del pubblico ministero perché, a differenza di quanto previsto per gli atti ed accertamenti non ripetibili, l'investigante pubblico non si limita a partecipare ad un atto da altri disposto e programmato, ma si pone come protagonista di un atto sollecitato dal difensore ma da lui disposto.

CAPITOLO V

L'UTILIZZAZIONE DEGLI ATTI INVESTIGATIVI E LA TUTELA DEL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO. INSUFFICIENZE NORMATIVE.

SOMMARIO: 1. L'utilizzazione dibattimentale delle risultanze dell'indagine difensiva tesa alla acquisizione di elementi a carattere dichiarativo. – 2. La conoscibilità esterna ed interna delle risultanze delle indagini difensive su fonti dichiarative.

1. L'utilizzazione dibattimentale delle risultanze dell'indagine difensiva tesa alla acquisizione di elementi a carattere dichiarativo.

Nel sistema processuale antecedente alla novellazione del 2000 la risoluzione in senso positivo del problema concernente l'utilizzabilità della documentazione delle dichiarazioni verbalizzate dai difensori in sede dibattimentale incontrava un limite invalicabile, tra l'altro, nella formula degli artt. 503, 512, 513 c.p.p.

In particolare si è evidenziato come, se da un lato era possibile sostenere l'utilizzabilità delle dichiarazioni assunte e documentate dal difensore ai fini contestativi ai sensi degli artt. 500 e 503, commi 3 e 4 c.p.p., non sussistendo a tal fine preclusioni di carattere formale, ben più faticoso era il tentativo di configurare le stesse dichiarazioni come utilizzabili in funzione probatoria positiva ai sensi degli artt. 503, comma 5, 512 e 513 c.p.p.

Altresì, è stata sottolineata la spinta verso una possibile evoluzione ermeneutica che sul complessivo sistema delle norme del codice attinenti alle "letture" avrebbe potuto produrre la l. 16 dicembre 1999, n. 479.

Per cui, si è affermato, gli artt. 503, comma 4, 512 e 513 c.p.p., letti in combinato con l'art. 430 bis c.p.p., e dunque in virtù di una operazione ermeneutica di tipo sistematico, apparivano suscettibili di accogliere – deve ammettersi, però, non senza qualche forzatura – nel loro ambito applicativo anche i verbali di dichiarazioni assunte dalla difesa e confluiti nel fascicolo del pubblico ministero in virtù di quanto previsto dagli artt. 415 bis o 38 disp. att. c.p.p.

Ovviamente non poteva ritenersi risolto il problema delle forme di documentazione delle dichiarazioni assunte dal difensore¹, ma non poteva nemmeno sottacersi la circostanza che la giurisprudenza, traendo spunto dalla connotazione pubblicistica della funzione defensionale e dal potere di autenticazione che l'ordinamento accorda al titolare dell'ufficio difensivo, era arrivata a superare la tradizionale diffidenza rispetto all'attività di certificazione del difensore, pervenendo alla conclusione, per vero innovativa, che «anche le sommarie informazioni raccolte e con-

¹Sottolinea G. 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 AA.VV. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 342: «E', d'altronde, noto come ormai da tempo si avvertisse l'esigenza di una disciplina organica dell'indagine della difesa, che colmasse i vuoti cospicui esibiti dal frammentario precedente regime. La ritualizzazione dell'inchiesta di parte costituiva, sotto tale aspetto, la prima delle ineludibili priorità (*non esistendo*) attività procedimentalmente rilevante (...) ove non se ne garantisca anzitutto una adeguata formalizzazione».

trofirmate dal difensore siano assistite dalle necessarie garanzie di autenticità»².

Riservando ad altre occasioni un approfondimento del profilo concernente le modalità di documentazione delle risultanze d'indagine a carattere dichiarativo³, è da accogliere come una delle principali novità della legge sulle indagini difensive la regolamentazione del regime di impiego delle risultanze nella sede istituzionalmente deputata ad ospitare – nel pieno esplicarsi del contraddittorio tra le parti – l'attività formativa della prova.

Prevedendo che “*Delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possono servirsi a norma degli articoli 500, 512 e 513*”, l'art. 391 decies, comma 1 c.p.p. aggancia efficacemente il regime di utilizzazione delle dichiarazioni documentate dal difensore alla disciplina delle letture concernenti le dichiarazioni raccolte in fase d'indagine dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria⁴.

La formula finale della disposizione rappresenta il punto di approdo di un processo di elaborazione normativa che rispecchia la volontà legislativa di estendere quanto più possibile gli spazi di contatto tra la documentazione degli atti d'indagine su fonti dichiarative della difesa e lo scenario dibattimentale, essendosi passati, come testimoniano i lavori preparatori della legge 397/2000, dalla previsione di ambiti d'impiego ristretti alla massima estensione delle potenzialità utilizzative⁵.

²Cass. Penale, Sez. III, 11 luglio 1997, Lutfija e altro, nella quale si è sottolineato – e l'argomento rivestiva una portata generale, trascendente quindi la specifica vicenda sottoposta all'esame della Corte – che «il difensore è pur sempre un esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359, n. 1 c.p.) e ha un potere di autenticazione delle sottoscrizioni ai sensi dell'art. 39 disp. att.; sicchè si può ritenere che anche le sommarie informazioni raccolte e controfirmate dal difensore siano assistite dalle necessarie garanzie di autenticità».

³Sul tema, in questa sede ci limitiamo a rilevare come l'unica presa di posizione della giurisprudenza a noi nota – Tribunale di Torino, Giudice dell'Udienza Preliminare, sentenza 26 febbraio 2003 – abbia riconosciuto la sussistenza in capo al difensore di un obbligo di verbalizzazione integrale delle dichiarazioni assunte, senza alcuna possibilità di ritagliare, da quanto la persona informata ha riferito, le circostanze che ritenga utili al proprio assistito. Nell'occasione il giudice di Torino ha preso posizione altresì sulla natura dell'atto e sulla qualità del verbalizzante, qualificando il verbale redatto dal difensore “atto pubblico” ed il difensore stesso, nell'esercizio della funzione di verbalizzazione, quale “pubblico ufficiale”. Critico rispetto alle conclusioni cui è pervenuto il giudice torinese sui temi da ultimo trattati, G. FRIGO, *Invariata la qualità della funzione dell'avvocato che non può essere considerato pubblico ufficiale*, in *Guida al diritto*, 2003, 32, pp. 73 ss. Prima di questa importante presa di posizione, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Napoli (ord. 1 agosto 2001, n. 27) aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 391 bis, octies e decies c.p.p. in relazione agli artt. 2, 3 e 11 Cost., sotto il profilo della mancanza di un obbligo penalmente sanzionato del difensore di documentare fedelmente gli esiti della sua investigazione. Non era sanzionata, dunque, la documentazione infedele o incompleta del risultato investigativo difensivo. Il sistema costruito dal legislatore, oltre a determinare una disparità di trattamento tra accusa e difesa, risultava lesivo dei diritti delle persone offese sbilanciando – si può leggere nell'ordinanza di remissione – «in modo inammissibile il processo penale in favore dell'indagato/imputato». La Corte costituzionale ha, però, dichiarato inammissibile la questione per difetto di rilevanza (ord. 26 giugno 2002, n. 25).

⁴Osserva N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 397, che l'art. 391 decies, comma 1 c.p.p. costituisce una disposizione «dettata in ossequio alla filosofia di fondo della l. n. 397/2000, volta a equiparare gli atti dell'investigazione difensiva a quelli compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria». Rileva, dopo avere richiamato gli artt. 500, 512 e 513 c.p.p., L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., p. 110, come «nell'ottica di una completa simmetria tra le indagini svolte da pubblico ministero e polizia giudiziaria e quelle condotte dalla difesa, la disposizione equipara i risultati delle une e delle altre sotto il profilo dell'applicabilità delle sopraindicate disposizioni».

⁵Per una sintesi sui lavori preparatori dell'art. 391 decies, comma 1 c.p.p. si veda G. DI CHIARA, *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale: gli scenari della regola*

Ed è probabilmente imputabile al *modus operandi* utilizzato dal legislatore – per aggiustamenti successivi, chiamiamolo così – l’omesso richiamo, nell’art. 391 decies c.p.p., dell’art. 503 c.p.p.

Non può infatti che trattarsi di una svista legislativa⁶, non essendo pensabile che, dopo avere attribuito al difensore la facoltà di conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da una persona sottoposta a indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato (art. 391 bis, comma 5 c.p.p.), la legge lo privi della possibilità di impiegare le emergenze acquisite da queste fonti in funzione probatoria – a seconda della ricorrenza delle diverse ipotesi contemplate nella norma – positiva o negativa.

Altresì apparirebbe evidente la contraddittorietà di una simile opzione: ad un contesto meno garantito sul piano della reciproca dialettica processuale, quale è quello descritto dall’art. 513 c.p.p., si farebbe corrispondere un regime d’impiego delle risultanze dichiarative più esteso.

Comunque sia, occorre fare i conti con l’omissione normativa e, in attesa di una auspicabile interpolazione legislativa che diradi ogni dubbio, bisogna verificare gli spazi che l’art. 503 c.p.p. – potremmo dire inconsapevolmente – lascia alla fruizione dei meccanismi acquisitivi ivi contemplati da parte del difensore.

A meno che non si voglia ritenere che il silenzio riservato dall’art. 391 decies c.p.p. chiuda ogni spazio a valutazioni di carattere sistematico⁷, in questa situazione normativa pare doversi accedere alla tesi della utilizzabilità della documentazione acquisita in sede d’indagine difensiva esclusivamente ai fini della verifica della credibilità del dichiarante⁸.

Infatti, l’art. 503, comma 3 c.p.p. consente alle parti di utilizzare, a fini contestativi senza allegazione, le dichiarazioni “*precedentemente rese*” dalla parte esaminata e “*contenute nel fascicolo del pubblico ministero*”.

ponte ex art. 391 decies comma 1 c.p.p., cit., pp. 344 ss. Interessanti spunti sul tema sono altresì reperibili in A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, cit., pp. 279 ss.

⁶Lo stesso deve ritenersi in ordine al mancato richiamo dell’art. 512 bis c.p.p. G. PIZIALI, *Profili temporali dell’attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 234, ritiene invece che la scelta legislativa sia motivata dalla circostanza che la norma «non introduce distinzioni di sorta, né in ragione dei soggetti che hanno assunto le dichiarazioni né in ragione della collocazione del verbale, al fine di consentirne la leggibilità in dibattimento, in presenza degli altri presupposti applicativi, cosicché già di per sé potrebbe applicarsi agli atti difensivi». Negli stessi termini N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 525, secondo il quale «non sembra, poi, possa ragionevolmente ritenersi che il mancato richiamo, nell’art. 391 decies comma 1 c.p.p., all’art. 512 bis c.p.p. sia indicativo della volontà del legislatore di non consentire la leggibilità di dichiarazioni rese, nel corso delle investigazioni difensive, da persona residente all’estero, non comparsa in giudizio, benchè citata, e di cui non sia più assolutamente possibile l’esame dibattimentale».

⁷Un giudizio di questo tipo, ovviamente, si porrebbe in contrasto con lo spirito e con gli obiettivi della legge sulle investigazioni difensive.

⁸Il riferimento è, ancora una volta, a G. 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 AA.VV. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 356. La stessa tesi è sostenuta da N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 524, per il quale «benchè l’art. 391 decies comma 1 c.p.p. ometta ogni rinvio all’art. 503 c.p.p., appare corretto ritenere che anche nel corso dell’esame delle parti possa essere utilizzata a fini contestativi la documentazione acquisita ex art. 391 bis c.p.p., limitatamente al giudizio di credibilità del dichiarante».

La mancata tipizzazione dei soggetti procedurali destinatari delle dichiarazioni della parte, unitamente alla previsione che il fascicolo del difensore⁹ confluisce nel fascicolo del pubblico ministero all'esito della formazione del fascicolo per il dibattimento (art. 433 c.p.p. in relazione all'art. 391 *octies*, comma 3 c.p.p.), dovrebbero integrare un quadro procedimentale corrispondente a quello legittimamente contemplato dalla norma processuale¹⁰.

Al contrario, la norma non consente l'utilizzo delle dichiarazioni documentate dal difensore mediante i meccanismi acquisitivi contemplati dal comma 5, operando essi esclusivamente in relazione ad atti del procedimento tipizzati sotto il profilo soggettivo ed oggettivo¹¹.

Sebbene le innovazioni apportate al sistema processuale penale dalla legge 1 marzo 2001, n. 63 abbiano circoscritto il campo di applicazione dell'art. 503 c.p.p. all'esame del coimputato per il quale si proceda congiuntamente, il risultato finale delle opzioni ermeneutiche letteralmente e sistematicamente possibili è costituito da un sistema complessivamente squilibrato in danno del difensore, per questo non perfettamente conforme ai principi stabiliti dall'art. 111 della Costituzione.

La visione unitaria della struttura del fascicolo del pubblico ministero, pur formalmente composto da due fascicoli distinti¹², dovrebbe aiutare a ricostruire il rapporto intercorrente tra la disposizione che si commenta e l'art. 391 *octies*, comma 4 c.p.p. Quest'ultimo – che sostanzialmente riproduce la norma contenuta nell'art. 415 bis, comma 3 c.p.p.¹³ – ammette il difensore a presentare “*in ogni caso*” al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

Un problema interpretativo di non poco momento potrebbe scaturire dal rilievo che non appare chiara, nel silenzio della norma, la destinazione della documentazione difensiva confluita nel fascicolo delle indagini preliminari attraverso questa residuale forma di canalizzazione¹⁴.

⁹Nel quale sono contenuti i verbali delle dichiarazioni rese dalle parti e presentati al giudice a norma dell'art. 391 *octies*, commi 1 e 2 c.p.p.

¹⁰Impiega le medesime argomentazioni G. 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 AA.VV. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 356. L'Autore definisce «artificiosa» la tesi alternativa, fondata su una rigida dicotomia tra fascicolo del pubblico ministero (limitato, in senso stretto, ai soli atti di cui all'art. 433 c.p.p.) e fascicolo del difensore (che, pur se “inserito” nel primo, manterrebbe una propria individualità e un proprio diversificato regime).

¹¹La stessa osservazione si rinviene in G. PIZIALI, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, cit., p. 233. Di eguale tenore l'opinione di N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 524.

¹²Che il fascicolo del difensore, conservi, anche successivamente all'inserimento nel fascicolo ex art. 433 c.p.p., autonomia strutturale è confermato dalla nuova formulazione del comma 3 dello stesso: in esso infatti si prevede che la documentazione dell'attività integrativa d'indagine – compiuta, come è noto, in una fase in cui è già formato il fascicolo – sia inserita, verificatesi le condizioni ivi previste, nel fascicolo del pubblico ministero “ed in quello del difensore”. Sarebbe stato giusto, dunque, introdurre nel corpo del codice processuale una nuova denominazione per il fascicolo in cui è confluito quello del difensore: «fascicolo delle parti».

¹³Sebbene nell'art. 391 *octies* si parli di elementi di prova, è chiaro che il difensore (e l'indagato, stante l'attuale vigenza dell'art. 415 bis) non può che presentare documentazione di attività investigativa.

¹⁴Sebbene la previsione della diretta presentabilità al giudice dovrebbe attenuare gli spazi di ricorso a questo canale conoscitivo, esso conserva tutt'oggi un peculiare rilievo. Rileva opportunamente N. TRIGGIANI,

Non si comprende, in altri termini, se essa transiti direttamente nel fascicolo del pubblico ministero, trasmesso a norma dell'art. 416, comma 2 c.p.p. ovvero se debba penetrare prima nel fascicolo del difensore per poi confluire, unitamente al suo "contenitore", nel fascicolo formato *de residuo* ai sensi dell'art. 433, comma 3 c.p.p. (art. 391 *octies*, comma 3 c.p.p.).

Gli elementi che rendono preferibile la prima opzione ermeneutica sembrano decisamente più corposi.

Innanzitutto, è sistematicamente corretto far conseguire alla diversità dei canali utilizzati dall'investigante privato una diversa destinazione degli atti. In secondo luogo, potrebbe anche accadere che un fascicolo del difensore manchi, non essendo pensabile che le cancellerie dei giudici per le indagini preliminari possano procedere alla formazione di fascicoli senza che vi sia stato il deposito di, quantomeno, un atto d'indagine difensiva¹⁵. Assume, altresì, rilievo il dato letterale, dalla cui analisi emerge che soltanto gli atti presentati direttamente al giudice – nel corso delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare – confluiscono nel fascicolo del difensore (art. 391 *octies*, comma 3 c.p.p.), ripristinandosi, per gli atti investigativi diversamente canalizzati, la regola dell'immissione diretta nel fascicolo del pubblico ministero.

Detto questo sul piano esegetico-argomentativo, occorre sottolineare che la differenza tra le due opzioni non sarebbe priva di rilievo pratico se solo ci si avvicinasse allo studio della disciplina delle indagini difensive con un approccio eccessivamente formalistico, poiché, a norma dell'art. 391 *decies*, comma 1 c.p.p. soltanto le dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore sembra possano essere utilizzate a norma degli articoli 500, 512 e 513 del codice processuale.

Non si capisce bene quale sia il destino delle dichiarazioni, identiche per natura e rigore documentativo, presentate direttamente al pubblico ministero e per questo confluite nel fascicolo dell'indagine preliminare ex art. 416, comma 2 c.p.p. anche se non vi sono apprezzabili ragioni che inducano ad escludere che l'opzione utilizzata stabilita dall'art. 391 *decies*, comma 1 c.p.p. possa estendersi anche ad esse.

Si tratterebbe, in caso contrario, di una differenziazione di disciplina evidentemente irragionevole, alla luce anche della considerazione che, da un lato, alla fine, tutto il materiale investigativo – sia quello contenuto nel fascicolo dell'indagine preliminare, sia quello contenuto nel fascicolo del difensore – è destinato ad essere incluso in un unico fascicolo; dall'altro, quand'anche esistesse soltanto un fascicolo ex art. 416, comma 2 c.p.p. arricchito della documentazione prodotta dalla difesa¹⁶, egualmente il materiale darebbe vita al fascicolo di cui all'art. 433 c.p.p.

E' da ritenere che la formulazione rigorosamente restrittiva dell'art. 391 *decies* sia dovuta ad una distrazione del legislatore, il quale, nel comporre un quadro nor-

Le investigazioni difensive, cit., p. 467, come lo strumento in discorso sarà frequentemente utilizzato nei procedimenti a citazione diretta dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, ove l'intervento del giudice per le indagini preliminari è soltanto eventuale.

¹⁵Sembra, questa, l'unica interpretazione possibile dell'art. 391 *octies* c.p.p., salvo voler riempire le cancellerie dei G.I.P. 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.

¹⁶Magari nello scenario aperto dalla notificazione dell'avviso previsto dall'art. 415 bis c.p.p.

mativo il più possibile aderente alla nuova visione della funzione investigante privata, ha omesso di considerare l'ipotesi, evidentemente ritenuta secondaria e residuale, della presentazione di elementi difensivi direttamente alla pubblica accusa¹⁷.

Un legislatore, bisogna dire, particolarmente avvezzo a complicare la vita degli interpreti.

Evidentemente, il testo perentoriamente descrittivo dell'art. 391 *decies*, comma 1 c.p.p. deve essere raccordato con il corpo delle norme codicistiche dettate in tema di lettura-acquisizione degli atti investigativi a contenuto dichiarativo.

Orbene, inserendo nel corpo dell'intervento normativo attuato con la legge 7 dicembre 2000, n. 397 una disposizione di coordinamento il legislatore rischia di ingenerare problemi interpretativi di notevole rilievo, in quanto l'adeguamento delle disposizioni del codice di procedura penale sotto il profilo concernente l'individuazione dei soggetti che hanno assunto atti suscettibili di lettura-acquisizione è stato effettuato esclusivamente in relazione all'art. 512 c.p.p.¹⁸.

La parzialità dell'intervento ha determinato una disarmonia sistematica che esige l'individuazione di percorsi che, per quanto tortuosi – ma non eccessivamente – consentano di disinnescare i risvolti pratici devastanti di cui essa è portatrice, soprattutto se si accedesse all'impostazione, prospettata in sede di primo commento, secondo cui, muovendo da una censura alla scelta della “Relazione” di qualificare la disposizione come «norma di coordinamento», occorrerebbe individuare “anche” nella norma incisa dalla modifica formale la fonte del potere del difensore di «formare atti che, divenuti irripetibili, sono passibili di lettura dibattimentale e quindi costituiscono prova utilizzabile ai fini della decisione»¹⁹.

Aderendo a questa tesi, invero, non potrebbe pervenirsi a conclusione diversa da quella di ritenere che gli atti d'indagine difensiva sono suscettibili di penetrare nel fascicolo del dibattimento attraverso l'attivazione del meccanismo recuperatorio delineato dall'art. 512 c.p.p. mentre le parti non avrebbero la facoltà processuale di chiedere che sia data lettura delle dichiarazioni acquisite e documentate in fase investigativa difensiva, ai sensi dell'art. 513 c.p.p.

Ma, ove si accreditasse questa impostazione, sarebbe tutta da scoprire la reale portata innovativa dell'art. 391 *decies*, comma 1 c.p.p. in punto di lettura-acquisizione ai sensi dell'art. 513 c.p.p.²⁰.

Per ricondurre il sistema delle letture acquisitive entro una cornice di organicità

¹⁷L'opinione è condivisa da E. APRILE-P. SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo la legge sulle indagini difensive e sul «giusto processo»*, Milano, 2002, pp. 147 s. Sembra aderire a questa tesi, altresì, N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 497, nt. 90.

¹⁸Alla norma, infatti, sono state aggiunte dall'art. 18 della legge 397/2000, dopo le parole “pubblico ministero” le seguenti: “dai difensori delle parti private”, lasciando invece immutata la tipizzazione soggettiva delineata nell'art. 513 c.p.p. Si badi che quest'ultima disposizione è rimasta immutata anche a seguito dell'intervento novellistico attuativo dei principi costituzionali del giusto processo.

¹⁹A. GARELLO-S. SCUTO, *Giallo sull'assunzione di informazioni del PM*, in *Guida al diritto*, cit., p. 66.

²⁰Sarebbe più che traballante “l'ipotetico paradigma interpretativo” prospettato da G. 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 AA.VV. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., pp. 362 ss. Invero non è in alcun modo prospettabile un rapporto di succedaneità tra il meccanismo delineato dall'art. 238 c.p.p. e lo strumento acquisitivo previsto dall'art. 513 c.p.p.

è opportuno prendere le mosse da una verifica della conformità con i principi costituzionali della costruzione restrittiva poco sopra illustrata.

Sotto questo punto di vista appare incontestabile che lo squilibrio della posizione della difesa rispetto a quella del pubblico ministero – peraltro in relazione ad una vicenda destinata a concludersi con l'immissione nel quadro gnoseologico del giudice di elementi di prova unilateralmente acquisiti – non potrebbe sfuggire a censure di incostituzionalità, essendo incompatibile quantomeno con il principio di parità delle parti dinanzi al giudice.

Vi è pertanto la necessità di individuare soluzioni interpretative conformi a Costituzione²¹ ed una ricerca in tal senso non può prescindere dalla considerazione che «è innegabile che una *ratio* omogenea, coagulata nella prospettiva di utilizzazione dei proventi dell'indagine difensiva nel quadro dei congegni della lettura-acquisizione a dibattimento, sorregge il triplice rinvio agli artt. 500, 512 e 513 contenuto nell'art. 391 decies comma 1»²².

La soluzione deve dunque risiedere in una riconduzione a sistema che sancisca il riconoscimento del “diritto” del difensore di accedere al meccanismo acquisitivo descritto dal 513 c.p.p. Ad una soluzione in tal senso conduce, senza eccessive tortuosità, il dato normativo.

Infatti, il richiamo contenuto nell'art. 391 decies, comma 1 c.p.p. radica in capo al difensore una potestà utilizzativa delle risultanze investigative piena, ossia relazione a ciascuna delle disposizioni richiamate, per cui la norma si presenta nella sua individualità come assolutamente ed autonomamente idonea a fondare il potere del difensore di concorrere, con la documentazione degli atti d'indagine difensiva legittimamente formata, a stimolare l'operatività delle stesse in modo non difforme rispetto a quanto consentito alla pubblica accusa²³.

Dunque l'art. 18 della legge sulle indagini difensive ha effettivamente una mera funzione di coordinamento, ma la parzialità dell'intervento legislativo finalizzato al coordinamento della nuova disciplina con quella preesistente rischia – in assenza di un adeguato presidio – di costituire un solido grimaldello con cui i critici della riforma potrebbero adoperarsi per scardinare un sistema investigativo binario ancora poco consolidato.

2. *La conoscibilità esterna ed interna delle risultanze delle indagini difensive su fonti dichiarative.*

L'aspetto concernente la “conoscibilità”, da parte di terzi, dei dati materiali sulla base dei quali è stata avviata l'attività investigativa difensiva – si pensi all'esisten-

²¹Il principio della “interpretazione conforme a Costituzione” è stato di recente ribadito dalla Corte costituzionale. Cfr. Ord. n. 233/2000, Sent. nn. 202/1999 e 99/1997.

²²G. 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 AA.VV. *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 364.

²³Si può forse negare che il meccanismo delineato dall'art. 512 c.p.p. avrebbe potuto operare, in relazione agli atti d'indagine difensiva, anche in mancanza dell'adeguamento formale di cui all'art. 18? Per interessanti riflessioni sul tema si rinvia, ancora una volta, a G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 352, il quale conclude la sua analisi nel senso da noi patrocinato riconducendo le problematiche legate alle scelte di coordinamento «alle endemiche turbolenze della elaborazione legislativa sugli stessi articoli».

za di un testimone a carico o a discarico dell'assistito – e delle risultanze del compimento degli specifici atti d'indagine su fonte dichiarativa è totalmente trascurato dalla legge 397/2000.

Il codice di procedura penale, nel cui corpo si è innestato l'intervento normativo in tema di indagini difensive, non offre spunto alcuno per l'impostazione di una riflessione su possibili limiti al grado di conoscibilità del dato investigativo acquisito dalla difesa.

I problemi che l'omissione normativa – il cui rilievo appare indiscutibile – pone sul tappeto vanno però correttamente inquadrati e, sulla base del punto di osservazione prescelto, condotti a soluzione.

E, sotto questo profilo, osserviamo che la prospettiva da cui alcuni studiosi hanno preso le mosse per muovere una severa critica alla legge sulle indagini difensive non pare convincente perché tenta di incrinare la solidità ed assoluta, necessaria trasparenza del rapporto fiduciario intercorrente tra il difensore ed il proprio assistito sulla base della prospettazione di scenari che, sebbene disegnati in nome della salvaguardia di esigenze meritevoli di tutela, incontrano in altri sottosistemi normativi adeguati strumenti di prevenzione.

Il difensore non ha il dovere di mantenere il segreto con il proprio assistito sugli aspetti della vicenda processuale che lo riguardano²⁴ ed un siffatto dovere non è nemmeno astrattamente concepibile, pena la rottura del rapporto che lega in maniera indissolubile il binomio difesa tecnica-autodifesa. Indissolubilità che, nell'amalgamarsi delle iniziative di ciascuno dei protagonisti del rapporto professionale, nella fusione dei momenti conoscitivi della parte processuale con le iniziative tecniche del difensore, concorre ad assicurare l'effettività del diritto di difesa²⁵.

Il difensore che voglia assistere in maniera corretta il proprio cliente deve dialogarvi quanto più possibile, affinché costui possa trasferire al primo il proprio bagaglio conoscitivo sul fatto oggetto di accertamento e, così facendo, stimolare il compimento delle attività necessarie per la tutela della propria posizione²⁶.

Stigmatizzare la fluidità delle comunicazioni difensore-assistito con la pretesa

²⁴Essendo gravato, anzi, da doveri deontologici di segno diametralmente opposto. In particolare, l'art. 40 del "Codice deontologico degli avvocati", approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 17 aprile 1997, impone all'avvocato di "informare il proprio assistito sullo svolgimento del mandato affidatogli, quando lo reputi opportuno e ogni qualvolta l'assistito ne faccia richiesta". Ancora più incisivamente, la norma stabilisce in capo al difensore "l'obbligo di riferire al proprio assistito il contenuto di quanto appreso nell'esercizio del mandato".

²⁵La consapevolezza della peculiarità del rapporto che lega la difesa tecnica con l'autodifesa ha ispirato la disciplina del flusso informativo tra difensore ed assistito contenuta nell'art. 11, comma 2 delle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive" deliberate dall'Unione delle Camere penali italiane il 19 aprile 2001: "Il difensore e il sostituto, anche, se del caso, con la presenza degli ausiliari, scambiano liberamente e riservatamente con il proprio assistito, nelle forme opportune, le informazioni necessarie ad assicurare un coordinato esercizio della difesa tecnica e dell'autodifesa su tutti i temi ritenuti utili". La medesima esigenza di coordinamento è ribadita nell'art. 5 del corpo normativo deliberato dall'Unione.

²⁶Pur non nascondendo preoccupazioni per possibili pericoli di inquinamento probatorio, ribadisce il carattere fondamentale della trasparenza nel rapporto difensivo F. BERNARDI, *Le indagini del difensore nel processo penale*, Padova, 1996, pp. 69 ss.: «Il rapporto fiduciario dovrebbe comportare una completa trasparenza, evitando che l'avvocato celi al cliente quanto conosce in ordine al processo. Oltretutto la difesa uscirebbe menomata da un simile contesto, in quanto potrebbe ignorare fatti utili ai fini della controprova che, viceversa, l'assistito ben conosce».

di fare comprendere «quali possibilità di inquinamento tutto ciò offra all'indagato colpevole e specialmente se colpevole di gravi reati»²⁷ significa non soltanto trasferire sul piano dogmatico probabili preconcetti rispetto ad un intervento legislativo destinato a rimodellare i tratti fisionomici di una tradizionale prerogativa del pubblico ministero, ma anche gravare l'attività investigativa difensiva di aspetti problematici da essa non dipendenti nella loro verifica e dunque ad essa non riconducibili direttamente.

Per vero, non può trascurarsi come la conoscenza di dati di natura investigativa da parte della persona sottoposta alle indagini – o delle altre parti – è in astratto suscettibile di determinare comportamenti protesi all'inquinamento probatorio, ma deve riconoscersi, nel contempo, che la possibile verifica di condotte inquinanti sorge indipendentemente dalla fonte di provenienza dei dati conoscitivi.

In altri termini, l'attività di turbamento della genuinità di possibili fonti di prova può trarre impulso, indubbiamente, dai flussi comunicativi intercorrenti tra il difensore ed un assistito poco raccomandabile, ma non solo da essi. Ogni fonte di conoscenze di atti ed attività processualmente rilevanti che abbia come destinatario un soggetto del procedimento – si pensi all'avviso di incidente probatorio, ovvero all'avviso di conclusione delle indagini preliminari – si presta ad assolvere funzioni diverse da quelle tipiche, scatenando reazioni poco conformi alle regole della civile convivenza formalizzate in norme penali.

Eppure, nonostante ciò, le riforme che negli ultimi anni hanno ridisegnato il volto del processo penale italiano si sono connotate, tra l'altro, per un miglioramento – qualitativo e quantitativo – dei canali informativi diretti alle parti private del processo: basti citare, su tutti ed ancora una volta, l'introduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e le facoltà conoscitive che esso accorda alla persona sottoposta alle indagini.

Sarebbe in evidente contrasto con il buon senso pensare che i legislatori degli ultimi anni non abbiano avuto la piena consapevolezza delle ricadute negative astrattamente riconducibili all'estensione delle facoltà conoscitive delle parti²⁸.

²⁷M. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., p. 236. L'Autore riconosce comunque come l'imposizione di un dovere di segretezza del difensore nei confronti dell'assistito in merito al contenuto ed ai risultati dell'attività investigativa da lui svolta è ipotesi «difficile da sostenere». Il pensiero del pubblico ministero di Torino è ribadito in uno scritto dal titolo molto forte: M. MADDALENA, *Il processo non è più il luogo per l'accertamento della verità*, in *Dir. e giust.*, 2001, 36, pp. 9 ss.

²⁸Certo non può negarsi, per il profilo che ci occupa, la bontà di un sistema in cui il rappresentante della pubblica accusa giunga al dibattimento senza dovere preventivamente far conoscere alla difesa i nomi dei suoi testi e le dichiarazioni rese. Questo sistema realizzerebbe al meglio la finalità di proteggere i soggetti che devono rendere dichiarazioni in aula da intimidazioni atte a determinare un inquinamento delle prove. Tuttavia si tratterebbe di una scelta di politica legislativa che non potrebbe non compendiare, quali effetti "collaterali", una perfetta parificazione delle facoltà investigative delle parti, una assoluta separazione tra funzione investigativa e funzione decidente, l'assoluta impermeabilizzazione della fase giudiziale rispetto agli apporti conoscitivi previamente acquisiti, il ripristino di strumenti di immediata comunicazione alla persona sottoposta alle indagini dell'avvio di una investigazione a carico. Ma, a parte la legittimità dei dubbi circa la capacità del "sistema giustizia" del nostro Paese di reggere all'impatto con simili innovazioni, c'è da chiedersi: quante persone potrebbero permettersi di accedere ad un simile processo? Il rischio di costruire un "processo per ricchi" sarebbe davvero dietro l'angolo. Ed ancora, la scelta di abbandonare strumenti tesi a garantire la tempestiva discovery sarebbe compatibile con la

Se il legislatore ha consapevolmente scelto di avviare un processo riformatore teso ad estendere i momenti di “partecipazione informata” delle parti private – prima fra tutte la persona sottoposta alle indagini – evidentemente lo ha fatto perché ha ritenuto che l’ordinamento giuridico disponesse al suo interno di adeguati strumenti per fare fronte a forme d’impiego “patologiche” dei dati conoscitivi legittimamente acquisiti.

Ci si è affidati – giustamente – alla funzione di prevenzione generale delle norme penali che sanzionano le condotte protese all’inquinamento delle fonti di prova, muovendosi in un quadro di corretta considerazione sia dei profili di integrazione e coordinamento del sistema penale complessivo, sia della necessità di evitare che i processi di innovazione legislativa siano influenzati dalla consapevolezza di possibili – comunque minoritarie – forme di impiego *contra legem* degli istituti giuridici.

Se si accede a questa dimensione d’analisi anche in relazione alle problematiche connesse ai flussi conoscitivi tra difensore ed assistito ed al possibile operare di fattori inquinanti che da essi possono scaturire, ci si avvede come la riflessione sui pericoli di inquinamento derivanti dalla conoscenza del contenuto degli atti di indagine difensiva da parte dell’assistito ripieghi su sé stessa e diventi sterile sotto il profilo della prospettazione di soluzioni specifiche.

Si vuole dire, in altre parole, che non avrebbe senso impedire alla persona sottoposta alle indagini di acquisire conoscenze concernenti i dati investigativi percepiti dal difensore ma, allo stesso tempo, ampliare progressivamente gli spazi di conoscenza di elementi raccolti dalla parte pubblica. Si ricordi, a tal proposito, che la prova si forma in dibattimento, cioè in uno scenario processuale a cui tutte le parti accedono con la piena cognizione di quanto emerso in fase d’indagine.

Il sistema è già dotato di meccanismi di salvaguardia: si pensi al meccanismo di recupero predisposto dall’art. 500, comma 3 c.p.p.²⁹ ovvero al complesso delle norme penali sostanziali tese a garantire la buona amministrazione della giustizia e la efficacia preventiva generale che da esse promana.

Quanto sostenuto poco sopra non deve portare a conclusioni improprie, nel senso che si possa fare a meno di una disciplina della “conoscibilità” degli atti di indagine difensiva e del loro contenuto.

Il legislatore del 1988, nel dare vita ad un sistema processuale ispirato al principio della separazione tra fase investigativa – deputata alla raccolta, da parte del pubblico ministero, degli elementi utili ai fini dell’assunzione delle determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale – e fase acquisitiva della prova, si era posto il problema di individuare adeguati meccanismi che, impedendo l’aggiramento sostanziale dei congegni finalizzati alla preclusione della percezione dei

Costituzione? Pare di no, almeno stando a recenti prese di posizione della Corte costituzionale, per la quale «la preventiva conoscenza da parte dell’imputato del contenuto del fascicolo del pubblico ministero, lungi dal costituire un privilegio, rappresenta una elementare garanzia dell’esercizio del diritto di difesa» (Corte cost., sent. n. 284/94). Tuttavia, in una recente ordinanza (ord. 16 gennaio-4 febbraio 2003, n. 32), il Giudice delle leggi ha, sia pure incidentalmente, precisato che l’adempimento previsto dall’art. 415 bis c.p.p., teso ad assicurare una completa e preventiva discovery, non è costituzionalmente imposto.

²⁹Sostituito dall’art. 14 della legge 1 marzo 2001, n. 63.

dati conoscitivi di provenienza investigativa da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sull'imputazione, assicurassero la corretta formazione del libero convincimento giudiziale³⁰. Ma, ancora prima, il nuovo codice di procedura penale tendeva a realizzare una rigorosa limitazione del patrimonio conoscitivo in possesso del giudice nella fase immediatamente antecedente al dibattimento per evitare che questi potesse arrivare al giudizio con un convincimento già "surrettiziamente" formato e ricercare in sede processuale soltanto la conferma della sua plausibilità³¹.

L'esigenza di garantire l'effettività del principio del libero convincimento ha ispirato, come è noto, l'introduzione dell'istituto del "divieto di pubblicazione" degli atti d'indagine.

Risalente al legislatore ottocentesco ed introdotto al fine di preservare i giurati da possibili condizionamenti operati dalla stampa, l'istituto venne mantenuto dal codice Rocco come limite alla divulgazione di atti o notizie riguardanti fasi processuali segrete al fine di evitare compromissioni della serenità del giudice e tutelare la riservatezza delle persone coinvolte nella procedura.

Conformemente a quanto disposto dalla direttiva n. 71 della legge di delega, la disciplina compendiata nell'art. 114 del codice vigente si fa carico di temperare la tutela di due beni giuridici contrapposti: da un lato, la libera e serena formazione del convincimento giudiziale, dunque l'esigenza che gli atti delle indagini preliminari inseriti nel fascicolo del pubblico ministero siano conosciuti dal giudice del dibattimento solo attraverso i meccanismi tipizzati dal codice di rito poichè, qualora se ne fosse consentita la pubblicazione prima del momento della legittima apprensione, si sarebbe determinata una distorsione della regola processuale ed una anticipata e non corretta formazione del convincimento del giudice³²; dall'altro, i diritti conoscitivi dei privati interessati e della generalità dei consociati, questi ultimi meritevoli di tutela in un ordinamento nel quale la giustizia è amministrata in nome del popolo.

La ricerca di un punto di equilibrio sorregge la disciplina contenuta nell'art. 114, commi 2 e 3 c.p.p. i quali, nella versione corretta dalla sentenza della Corte costituzionale 24 febbraio 1995, n. 59³³ impongono il divieto di pubblicazione degli atti

³⁰Secondo una logica tesa a salvaguardare la neutralità in concreto del giudice, da conseguirsi allontanando quanto più possibile il giudice dalla previa conoscenza – per mezzo di qualsiasi canale – di atti non utilizzabili formalmente ai fini della decisione che sarà chiamato ad assumere.

³¹Così P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 42. Basti pensare alla scelta, peraltro recentemente messa in discussione dal noto d.d.l. Pittelli, di escludere qualsiasi dovere motivazionale in relazione al decreto di rinvio a giudizio.

³²Aderendo alla chiara intenzione del legislatore, Cass. penale, Sez. I, 11 luglio 1994, Leonelli, individua la *ratio* del divieto di pubblicazione nel fine di «assicurare il corretto, equilibrato e sereno giudizio del giudice del dibattimento attuato anche attraverso le norme che gli consentono di venire legittimamente a conoscenza del testo degli atti d'indagine nei limiti e secondo le regole previsti in un processo tipicamente accusatorio». Che il divieto tenda ad assicurare anche la riservatezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato è stato escluso da Tribunale di Trieste, 26 marzo 1993, Rizzotti Vlach c. Berti.

³³La quale, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 dell'articolo in questione limitatamente alle parole «del fascicolo per il dibattimento, se non dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e di quelli».

(non del loro contenuto)³⁴ fino a che non siano emessi provvedimenti che escludono la instaurazione del processo (decreto di archiviazione) o lo concludono anticipatamente (sentenza di non luogo a procedere, sentenza che applica la pena su richiesta, sentenza di merito nell'udienza preliminare) o fino a che non sia divenuto esecutivo il decreto di condanna, ovvero, in caso di emissione di provvedimenti che determinano il passaggio al dibattimento (giudizio direttissimo, giudizio immediato o rinvio a giudizio), fino a che gli atti medesimi non siano utilizzati.

L'esigenza di salvaguardare la corretta formazione del convincimento giudiziale rispetto alla fonte di turbamento costituita dalla irrituale conoscenza del contenuto di atti investigativi ha ispirato, altresì, la modifica dei meccanismi di formazione del fascicolo per il dibattimento.

Come è noto, la versione originaria dell'art. 431 c.p.p. prevedeva che alla formazione del fascicolo provvedesse la cancelleria del giudice che aveva celebrato l'udienza preliminare, secondo una procedura interna all'ufficio rispetto alla quale era estranea qualsiasi forma di contraddittorio anticipato.

A fronte di questa modalità di formazione del fascicolo per il dibattimento, i rimedi ad eventuali errori commessi dalla cancelleria erano congegnati in modo tale da vanificare il fine sotteso dal principio di separazione delle fasi poichè «non essendo stata prevista alcuna forma di contraddittorio anticipato, la verifica della regolare composizione del fascicolo poteva avvenire esclusivamente in sede di questioni preliminari al dibattimento (art. 491, comma 2 c.p.p.), e cioè nell'ambito di un procedimento incidentale affidato a quello stesso giudice che si sarebbe voluto mantenere all'oscuro del materiale probatorio di parte»³⁵.

La previsione di uno spazio di contraddittorio preventivo, introdotta dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, evidenzia l'attenzione rivolta dal legislatore verso la predisposizione di strumenti che, assicurando l'estraneità cognitiva del giudice del merito rispetto al contenuto degli atti investigativi di parte, tutelino in maniera effettiva il principio del libero convincimento.

Se le innovazioni in tema di formazione del fascicolo dibattimentale sono suscettibili di arginare il pericolo di attivazione di percorsi conoscitivi impropri concernenti gli atti d'indagine di tutte le parti, occorre chiedersi quali siano le norme di garanzia della corretta, equilibrata e serena formazione del libero convincimento del giudice rispetto ai fattori turbativi del libero convincimento derivanti da quella irrituale fonte conoscitiva rappresentata dalla possibile pubblicazione di atti d'indagine difensiva.

Il tentativo di individuare, sia pure in via interpretativa, divieti di pubblicazione degli atti d'indagine difensiva è destinato a rimanere vano, con la conseguenza che sarebbe ben possibile – e soprattutto lecita – la diffusione di atti d'indagine difen-

³⁴Ma si veda, per una deroga al principio generale stabilito dall'art. 114, comma 7 c.p.p., l'art. 329, comma 1 lett. b) c.p.p. Sul significato da attribuire all'espressione "contenuto degli atti" si rinvia a A. TOSCHI, *Segreto (dir. proc. pen.)*, cit., pp. 1111 ss.

³⁵Così A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., pp. 421 ss. L'Autore, correttamente, individua la ratio dell'innovazione legislativa nell'esigenza di «scongiurare il pericolo che la documentazione spuria possa comunque esercitare un'influenza di ordine psicologico sul convincimento giudiziale», frustrando «la ratio sottesa dall'intero sistema del doppio fascicolo».

siva con il connesso pericolo di acquisizione, da parte del giudice, di elementi conoscitivi di origine difensiva che invece devono rimanere estranei al suo orizzonte gnoseologico, ovvero penetrarvi attraverso modalità acquisitive tipizzate³⁶.

Guardato sotto questo profilo il problema del limite alla conoscibilità degli atti investigativi difensivi acquista consistenza ed esige una soluzione diretta, non mediata dalla forza persuasiva di eventuali norme incriminatrici.

Sono in gioco valori costituzionali fondamentali per il corretto esplicarsi della funzione giurisdizionale, chiamati ad operare nel punto delicatissimo della garanzia della imparzialità dell'organo giudicante, l'imperfetta tutela dei quali pone seri problemi di costituzionalità di questo peculiare aspetto del sistema investigativo difensivo.

E' chiaro che la materia esige un intervento legislativo preciso e completo, che tenga conto delle peculiarità che caratterizzano l'azione investigativa della difesa e gli atti in cui essa si materializza all'esterno, anche se un'opera additiva immediata sull'art. 114 c.p.p., finalizzata all'inclusione degli atti d'indagine difensiva nel novero degli atti di cui – con le scadenze ivi stabilite – è vietata la pubblicazione sognerebbe l'interessante avvio della fase risolutiva del problema³⁷.

³⁶Per vero, l'art. 6 delle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive" grava il difensore di un dovere di segretezza sia sugli atti delle investigazioni difensive, sia sul loro contenuto "finchè non ritenga di farne uso diretto nel procedimento in una fase in cui atti non sono coperti dal segreto". Ma, a parte la natura delle conseguenze sanzionatorie dell'eventuale violazione, il difensore non potrebbe in alcun modo impedire alla persona sentita di divulgare il contenuto dell'atto investigativo difensivo.

³⁷Tuttavia, per apprezzare talune valutazioni critiche sull'art. 114 c.p.p. cfr., tra gli altri, P.P. RIVELLO, *Prevedibili incertezze della distinzione, ex art. 114 c.p.p., tra l'atto e il suo contenuto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, pp. 1067 ss.; nonché G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, pp. 332 ss. Si appunta in particolare sull'ultimo comma della disposizione in esame la critica di M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 24, definito "assurdo e totalmente incoerente": «esso consente a chiunque (televisione, quotidiani, mezzi vari che inondano d'informazioni la nostra collettività), di divulgare il contenuto di atti che, a quel punto, solo il giudice dibattimentale non dovrebbe conoscere. Una soluzione, questa, ovviamente più pericolosa che far pubblicare l'esatto e specifico tenore delle dichiarazioni, accertamenti e quant'altro sia stato compiuto dal pubblico ministero».

INDICE

PREMESSAPAG. 5

CAPITOLO I

LE INDAGINI DIFENSIVE NELLA TORMENTATA STORIA DEL CODICE
DI PROCEDURA PENALE DEL 1988. L'INDISPENSABILITÀ DI UN MODELLO
INVESTIGATIVO BINARIO. » 9

1. Processo penale, modelli di accertamento e indagini difensive. » 9

2. Profilo statico e profilo dinamico del diritto di difesa. Dai
principi ispiratori alle regole di procedura le contraddizioni
di un modello processuale accusatorio "atipico". » 16

3. L'art. 358 c.p.p. da norma di garanzia dell'economicità
dell'accesso al processo penale a strumento di tutela (riflessa)
della posizione della persona sottoposta alle indagini. » 26

4. L'art. 38 delle Disposizioni di Attuazione del codice di procedura
penale: i limiti strutturali della norma e le interpretazioni restrittive
della giurisprudenza. » 35

CAPITOLO II

LE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE SU FONTI DICHIARATIVE. FONDAMENTO
COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALL'INDAGINE PRIVATA. PRINCIPI
GENERALI E PROFILI TEMPORALI DELL'ISTITUTO DOPO LA LEGGE
7 DICEMBRE 2000, N. 397. » 51

1. Cenni sulla tutela costituzionale del diritto alle indagini difensive.
L'ordinanza della Corte costituzionale 11 aprile 1997, n. 96: un
"quasi" monito scarsamente valorizzato per l'accrescimento della
funzione procedimentale della difesa. La copertura costituzionale
del «profilo dinamico» del diritto di difesa. » 51

2. L'art. 327 bis c.p.p.: norma di principio e punto
di riferimento per l'esatta interpretazione delle disposizioni
del titolo VI bis c.p.p. » 58

3. La tempestività della conoscenza di un'indagine quale presupposto per l'attivazione dei poteri investigativi della difesa. Assenza di momenti informativi della persona sottoposta alle indagini. »	66
4. L'orizzonte temporale dell'attività di ricerca ed acquisizione di elementi a carattere dichiarativo. Attività suppletiva (art. 419, comma 2 c.p.p.) ed integrativa d'indagine (art. 430 c.p.p.). Il divieto di assumere informazioni (art. 430 bis c.p.p.). »	73

CAPITOLO III

LIMITI INTERNI ED ESTERNI ALL'ATTIVITÀ INVESTIGATIVA SU FONTI DICHIARATIVE. »	87
1. Il potere di segretazione del pubblico ministero »	87
2. Le diverse forme di contatto con le persone informate sui fatti e la funzione prodromica del colloquio informale »	95
3. L'assunzione di informazioni dalle persone sottoposte alle indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato. »	102
4. L'atto acquisitivo di elementi dichiarativi in caso di <i>self incrimination</i> . Contraddizioni e vuoti di tutela di una disciplina all'insegna del parallelismo perfetto tra poteri investigativi pubblici e privati »	106
5. Quali spazi per la testimonianza indiretta? »	117

CAPITOLO IV

GLI INTERVENTI SURROGATORI DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA. »	123
1. L'incidente probatorio parainvestigativo. »	123
2. L'audizione mediata. Brevi considerazioni sulla natura dell'atto acquisitivo »	132

CAPITOLO V

L'UTILIZZAZIONE DEGLI ATTI INVESTIGATIVI E LA TUTELA
DEL PRINCIPIO DEL LIBERO CONVINCIMENTO.

INSUFFICIENZE NORMATIVE. »	137
1. L'utilizzazione dibattimentale delle risultanze dell'indagine difensiva tesa alla acquisizione di elementi a carattere dichiarativo »	137
2. La conoscibilità esterna ed interna delle risultanze delle indagini difensive su fonti dichiarative. »	143

Finito di stampare dalla Litografia "AZ"
Via della Ginestra, 19 - telefax0965332676
Reggio Calabria
nel mese di aprile 2004

“La prova principale della vera grandezza di un uomo consiste nella percezione della propria piccolezza”

Sherlock Holmes

LEONARDO SURACI si è laureato in Economia presso l'Università degli Studi di Messina. Intrapreso il corso di studi in Giurisprudenza presso la stessa Università, ha conseguito la laurea in Giurisprudenza nel 2000. Esercita la professione di avvocato. Autore di saggi e pubblicazioni nel campo del diritto penale e della procedura penale, collabora con i Siti internet **PENALE.IT** e **FILODIRITTO.COM**, per i quali ha scritto e pubblicato: *“L'art. 275 bis c.p.p. tra implicazioni sistematiche e risvolti pratici”*, **PENALE.IT**, 2001; *“Nota breve sul rapporto intercorrente tra la fattispecie comune della ricettazione (art. 648 c.p.) ed il delitto punito dall'art. 12, d.l. 3 maggio 1991, n. 143 (convertito dalla l. 5 luglio 1991, n. 197)”*, **PENALE.IT**, 2001; *“Limiti all'attività difensiva di ricerca ed acquisizione di elementi di prova a carattere dichiarativo dopo la l. 7 dicembre 2000, n. 397”*, **FILODIRITTO.COM**, 2002. Collabora, inoltre, con le riviste giuridiche **DIRITTO E GIUSTIZIA** (Giuffrè Editore) e **STUDIUM IURIS** (Edizioni CEDAM) per le quali ha pubblicato: *“La testimonianza de relato del detective quale fonte di prova”*, in **DIRITTO E GIUSTIZIA**, Milano, Giuffrè, 2003, n. 46, pp. 97 ss.; *“Mutamento della persona fisica del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante lettura e necessità del consenso delle parti. Profili di incostituzionalità e prospettive di intervento della Corte Costituzionale”*, in **STUDIUM IURIS**, Padova, Cedam, 2004, n. 1, pp. 13 ss.

€ 15,00