

Archivio della nuova procedura penale

Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione

■ direttori **Corrado Sforza Fogliani, Pietro Dubolino**
Francesco Bartolini, Piermaria Corso
■ direttore responsabile **Stefano Maglia**

6/2005
novembre/dicembre

in questo numero:

- Note sul cd. "carcere duro", p. 627
- I "casi di urgenza" che abilitano il P.M. ad emettere il decreto di intercettazione delle comunicazioni: contrasto giurisprudenziale, p. 666
- In tema di rapporto tra le contestazioni dibattimentali e il giudizio abbreviato, p. 636
- Investigazioni difensive e dichiarazioni indizianti, p. 623
- Vietata l'applicazione congiunta di più misure cautelari di natura coercitiva, p. 665
- Sull'utilizzabilità come prova delle sentenze emesse in procedimenti penali diversi, p. 649
- Atti di indagine assunti in assenza di autorizzazione ex art. 414 c.p.p.: conseguenze, p. 679
- Indice annuale, p. 705


CELT Casa Editrice La Tribuna

INVESTIGAZIONI DIFENSIVE E DICHIARAZIONI INDIZIAN- TI: UNA SCELTA ALL'INSEGNA DEL «DIRE E NON DIRE» CHE LIMITA LA FUNZIONE DIFENSIVA

di Leonardo Suraci

La legge 7 dicembre 2000, n. 397 ha cambiato il volto del processo penale italiano, contribuendo in modo indefettibile alla realizzazione di un modello processuale autenticamente «accusatorio».

Era prevedibile – accade sempre, quando le innovazioni legislative sono ricche di significato – che l'attività ermeneutica avrebbe in breve tempo svelato dubbi e perplessità interpretative di assoluto rilievo, avendo a che fare con istituti importanti e complessi, che coinvolgono diritti e facoltà fondamentali della persona.

L'importanza dell'innovazione – una sorta di *sub* codice di procedura penale – avrebbe richiesto la previsione, nel contesto della legge, di momenti ed istituti finalizzati alla verifica di eventuali contraddizioni ed imperfezioni e, quindi, all'emanazione delle indispensabili disposizioni integrative e correttive.

A distanza di cinque anni, tuttavia, nessuna correzione o integrazione è stata apportata alla legge (quasi che si tratti di un testo perfetto nella forma e intrinsecamente coerente nella sostanza) sebbene diversi profili della disciplina suscitino perplessità di spessore tale da esigere un chiaro intervento del legislatore.

Ritorniamo, così, a trattare il tema dell'efficacia preclusiva della *self incrimination* (1), un tema che la legge affronta con evidente superficialità, quasi a voler rendere convinti gli operatori del fatto che gli istituti fondamentali della procedura penale possono essere smembrati in funzione adattiva senza che ne vengano pregiudicate la funzionalità e l'intrinseca coerenza.

L'art. 391 *bis*, comma 9 c.p.p., come è noto, impone al difensore 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 disposto dall'art. 63, comma 1 c.p.p., la norma prevede che le dichiarazioni rese in precedenza non potranno essere utilizzate contro la persona che le ha rese, da ciò dovendosi desumere che le stesse potranno essere pienamente utilizzate – previa acquisizione – nei confronti di altri e, in primo luogo, nel processo in cui è imputato l'assistito dell'investigante.

La disposizione si arresta, stranamente, senza delineare gli effetti che l'emergenza di elementi indizianti produce sul seguito dell'attività d'indagine del difensore, di talché diviene questione squisitamente interpretativa verificare se l'atto acquisitivo precedentemente interrotto possa proseguire (o iniziare *ex novo*) con l'osservanza delle forme prescritte dall'art. 391 *bis*, comma 5 c.p.p. – la norma,

come è noto, disciplina il contatto investigativo con la persona sottoposta alle indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, corredandolo di un compendio garantistico ben più marcato rispetto al corrispondente atto del pubblico ministero e della polizia giudiziaria – o se, al contrario, sorga un vero e proprio divieto di contatto con la persona informata.

La prima soluzione avrebbe il pregio, se non altro, di consentire il completamento dell'esperienza conoscitiva in relazione alla specifica fonte dichiarativa, ponendo le risultanze al riparo da possibili sanzioni processuali in virtù della natura garantita dell'atto d'indagine, ma non ci sembra percorribile in mancanza di un'espressa previsione normativa.

Il codice di procedura penale, invero, individua gli atti idonei a determinare l'assunzione della qualità di imputato, ma non identifica in maniera certa il momento acquisitivo della qualità di persona sottoposta alle indagini, con la conseguenza di gravare l'interprete dell'onere di individuare il momento fondamentale per il passaggio dalla fase genericamente investigativa a quella, tipica e garantita, delle indagini preliminari.

Esclusa unanimemente l'efficacia costitutiva dell'iscrizione nel registro *ex art.* 335 c.p.p., permangono perplessità circa l'individuazione di un criterio identificativo univoco, attribuendosi rilievo ora allo svolgimento di investigazioni soggettivamente orientate, ora alla emersione di una notizia di reato soggettivamente qualificata.

Il dato che, comunque, inequivocabilmente emerge dal sistema è che affinché si abbia una persona sottoposta ad indagini occorre che si instauri una relazione intersoggettiva, una delle due parti della quale sia necessariamente costituita dagli organi pubblici di investigazione.

Infatti, così come non può concepirsi il concetto di notizia di reato in presenza di un fatto conoscitivo destinato a soggetti diversi, privati o pubblici (2), non c'è dubbio che, a voler seguire la tesi che individua la persona sottoposta alle indagini nel destinatario di atti investigativi soggettivamente orientati, l'attività d'indagine rilevante è sempre e soltanto quella espletata dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria. D'altra parte, basta analizzare le fattispecie estintive e, eventualmente, riasuntive della qualità di persona sottoposta alle indagini per rendersi conto dell'indispensabile coinvolgimento dell'autorità investigativa pubblica: invero, la qualità di indagato viene meno per effetto di un provvedimento di archiviazione ovvero

in conseguenza dell'esercizio dell'azione penale, mentre 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.).

Tutti accadimenti, quindi, che si producono all'interno di sequenze caratterizzate dal ruolo propulsivo del pubblico ministero, senza che l'attivazione di fasi investigative da parte del difensore assuma autonomo rilievo.

Sembra evidente, allora, che la creazione di un collegamento «implicito» tra il comma 5 ed il comma 9 dell'art. 391 *bis* c.p.p. produrrebbe, *rebus sic stantibus*, un effetto dirompente per il sistema: la persona sentita dal difensore, per effetto dell'emersione di indizi di reità a suo carico nel corso dell'atto difensivo, acquisirebbe la qualità di persona sottoposta alle indagini, soltanto in tale veste potendo divenire protagonista di un atto acquisitivo con le formalità previste dal comma 5.

L'attribuzione di poteri investigativi al difensore determinerebbe, accogliendo questa tesi, un mutamento genetico del ruolo ordinamentale del difensore, potendo egli divenire il potenziale destinatario, al pari del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, di notizie di reato in senso tecnico e, quindi, il titolare di una funzione ispirata ad indefectibili principi pubblicistici.

Il risultato, inutile dirlo, si colloca fuori dal sistema costituzionale e processuale poiché non si può pensare ad un difensore inquirente capace di generare figure soggettive che l'ordinamento individua quali «indagati», così come non si può pensare 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, spontaneamente configurabile se non a costo di snaturare in maniera assolutamente inammissibile il ruolo istituzionale del difensore: il dichiarante acquisirà lo *status* di persona sottoposta alle indagini soltanto qualora il pubblico ministero – fino a quel momento ignaro del coinvolgimento del soggetto in fatti penalmente rilevanti – venga a contatto con la documentazione difensiva (se) inserita nel fascicolo del difensore. Fin quando ciò non accade – l'interesse all'acquisizione del contributo conoscitivo del dichiarante potrebbe indurre qualche legale scaltro a «soffiare» il contenuto dell'atto investigativo difensivo alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero, provocando l'avvio di un procedimento penale e rimuovendo, così, ogni ostacolo alla prosecuzione dell'attività d'indagine – il difensore dovrà necessariamente rinunciare all'atto acquisitivo.

La scelta legislativa, 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» (3), potrebbe sembrare irragionevole –

quindi costituzionalmente censurabile – sotto un duplice profilo: innanzitutto, mentre sarebbe possibile assumere informazioni dalla persona sottoposta alle indagini, non sarebbe possibile compiere il medesimo atto nei confronti di una persona che, pur essendo raggiunta da indizi di reità, non è ancora titolare di una posizione processualmente qualificata e non è dato pronosticare se mai lo diverrà; in secondo luogo, potrebbe apparire priva di giustificazione la 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.

La contraddizione, però, è soltanto apparente 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 indiziati è stato ritenuto astrattamente prevalente rispetto all'interesse investigativo difensivo, derivandone una disciplina ragionevole sotto entrambi i profili su accennati in virtù della radicale diversità delle situazioni oggetto di comparazione e dei valori in ciascuna di essi costituiti, trattandosi nell'un caso di una persona già sottoposta alle indagini e da tutelare «nel procedimento» rispetto al pericolo del *se detergere*; nell'altro di una persona estranea a qualsiasi pubblica investigazione e da tutelare «rispetto al procedimento», cioè rispetto ai rischi di un possibile, consequenziale coinvolgimento nel procedimento.

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 fattuale per sé pregiudizievole nell'ambito di un procedimento penale già avviato, nell'altro l'interesse a non divenire soggetto passivo di un ipotetico 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 determina l'insorgenza del primo, ossia l'esigenza di tutelare la persona all'interno di un procedimento al quale era prima estranea.

Acquisito il dato della necessaria interruzione dell'atto assuntivo di informazioni nell'ipotesi di emersione di indizi di reità a carico del dichiarante e riconosciuta l'intrinseca ragionevolezza dell'opzione legislativa alla luce del valore garantito dalla norma, deve ribadirsi il limite fondamentale di una disciplina poco meditata, consistente nel fatto che il proposito legislativo di realizzare una compiuta tutela dell'interesse personale a non essere sottoposto a procedimento penale non ha trovato attuazione piena poiché la normativa lascia spazi enormi a meccanismi di aggiramento della garanzia sottesa al divieto previsto dall'art. 391 *bis*, comma 9 c.p.p.

Non può sfuggire, innanzitutto, che il verbale di assunzione di informazioni contiene già le dichiarazioni indizianti (è interrotto, infatti, soltanto dopo l'emersione degli indizi) e, se depositato nel fascicolo difen-

sivo, finisce con il costituire una *notitia criminis* utilizzabile dal pubblico ministero al fine di avviare un procedimento a carico del dichiarante.

Occorre rammentare, poi, che le modalità di approccio «formalizzato» tra il difensore e la persona informata sui fatti sono due – la ricezione di dichiarazioni e l'assunzione di informazioni – e, anche se la norma non chiarisce quale sia il regime applicabile alla prima forma di comunicazione di elementi conoscitivi qualora nel contesto della dichiarazione scritta si rinvenissero dichiarazioni indizianti, non sembra potersi dubitare del fatto che il difensore possa comunque acquisire e depositare – ovviamente nella versione integrale, inclusiva quindi degli elementi indizianti – il documento «non manipolabile» redatto dal dichiarante.

Il ricorso all'analogia potrebbe anche far ritenere che il documento difensivo possa essere utilizzato soltanto nella parte che precede le dichiarazioni indizianti, ma questa sorta di interruzione platonica dell'atto investigativo – oltre a costituire una tesi poco sostenibile poiché, mentre nel caso dell'assunzione di informazioni l'emersione di indizi di reità, precludendo la prosecuzione dell'atto, integra un fatto a partire dal quale l'investigante viene privato della possibilità di acquisire ulteriori elementi conoscitivi, in caso di ricezione di dichiarazioni siamo in presenza di materiale conoscitivo legittimamente già acquisito dal difensore, né da questi eliminabile se non attraverso una manipolazione dell'atto dichiarativo – non precluderebbe l'effetto sostanzialmente comunicativo di elementi indizianti al pubblico ministero e ciò basterebbe, a prescindere da profili più o meno accentuati di inutilizzabilità, a determinare l'avvio del procedimento penale.

Si rivela, così, l'estrema lacunosità della disciplina di protezione contenuta nell'art. 391 *bis*, comma 9 c.p.p. e la parziale vanificazione dell'ispirazione garantista che lo sorregge: il difensore interessato a sfruttare pienamente le potenzialità difensive dell'atto dichiarativo, infatti, potrebbe scegliere di farsi rilasciare una dichiarazione scritta, all'occorrenza pienamente utilizzabile a prescindere dall'emersione di elementi a carico del dichiarante, comunque certamente idonea a mortificare l'interesse dello stesso a rimanere estraneo a qualsiasi procedimento penale.

Ma le dichiarazioni indizianti possono emergere anche nel corso del colloquio informale. Potrà il difensore promuovere egualmente un contatto investigativo formalizzato o dovrà *ab initio* rinunciare all'acquisizione di elementi dei quali, nonostante tutto, ha avuto legittimamente conoscenza? O, addirittura, dovrà interrompere il colloquio?

Il silenzio del legislatore dovrebbe far ritenere che l'investigante privato possa proseguire il rapporto con la fonte promuovendo il successivo momento formalizzato, nel corso del quale, magari, calibrare sapientemente le domande in modo da acquisire gli elementi utili senza lasciar trasparire 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, 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 scelta coerente con il principio ispiratore della disciplina contenuta nell'art. 391 *bis*, comma 9 c.p.p. dovrebbe far ritenere indispensabile l'interruzione del colloquio, realizzandosi, per questa via, la più ampia tutela possibile del dichiarante in virtù dell'anticipazione dell'operatività della garanzia ad una fase che non lascia alcuna traccia e prima di qualsiasi momento di contatto formalizzato, anche se questa soluzione è destinata a provocare la sicura dispersione di materiale conoscitivo in ipotesi determinante.

Ragionando diversamente, come la norma senza dubbio consente di fare, emergerebbe un ulteriore vuoto di tutela dell'interesse protetto dalla disciplina codicistica, suscettibile di alimentare prassi investigative corrette sul piano formale ma caratterizzate da un impiego distorto degli strumenti d'indagine.

I vuoti che la normativa lascia sulla via della tutela dell'interesse a non essere coinvolti in procedimenti penali per effetto della collaborazione prestata all'attività investigativa difensiva dimostrano come il legislatore, nel predisporre il sistema di garanzia, non abbia sufficientemente considerato le peculiarità dell'indagine difensiva, caratterizzata, come è noto, da finalità strettamente utilitaristiche, dal pluralismo degli strumenti investigativi su fonti dichiarative e dal possibile esplicarsi mediante modalità informali.

Il legislatore, inoltre, non avuto sufficientemente chiari i diversi momenti – e le correlate, diverse, esigenze – della tutela del soggetto assistito dal difensore investigante e della tutela del dichiarante rispetto all'emersione di elementi indizianti, 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.

Sarebbe stato più efficace un sistema che, affrontando a viso aperto il pericolo del coinvolgimento del dichiarante in un procedimento penale avviato sulla base del contenuto delle sue dichiarazioni, si fosse limitato a salvaguardarlo rispetto al pericolo di *se detergere* e questo risultato sarebbe stato conseguito attraverso la previsione della inutilizzabilità assoluta – della quale dare specifico avviso alla fonte – delle dichiarazioni, ferma restando, attraverso l'omessa previsione dell'obbligo di interruzione, la possibilità di sondare in modo pieno l'ambito delle conoscenze dell'intervistato e, così, garantire il pieno esplicarsi delle potenzialità dell'atto difensivo.

Oppure, sarebbe stata coerente la scelta, apparentemente più invasiva ma in realtà la più equilibrata, di architettare un sistema esattamente corrispondente a quello previsto in relazione all'indagine pubblica, attuabile mediante la previsione – contenuta nell'art. 391 *bis*, comma 9 c.p.p. ma, meglio, in una disposizione autonoma – dell'applicazione, nel caso che ci occupa, dell'art. 63, comma 1 c.p.p., seguita dall'ulteriore precisazione che nel seguito dell'atto acquisitivo dovrebbero osservarsi «le forme» di cui all'art. 391 *bis*, comma 5 c.p.p.

Lo specifico richiamo delle «forme» acquisitive delle dichiarazioni da soggetti qualificati avrebbe il pregio di evitare di caricare la scelta dei significati dirompenti ed inaccettabili di cui abbiamo parlato, implicando lo sganciamento delle formalità garantistiche compendiate dalla norma dalle premesse

soggettive dell'atto. La necessaria presenza del difensore – eventualmente nominato proprio a seguito dell'invito rivolto dal difensore – al compimento dell'atto, poi, assicurerebbe quella valutazione «globale» della situazione indispensabile al fine di decidere se aderire o meno alla successiva proposta di contatto investigativo.

La scelta legislativa di «dire e non dire» finisce, invece, per compromettere inutilmente la portata innovativa della disciplina delle investigazioni difensive.

(1) Ce ne occupammo, infatti, in L. SURACI, *Prova dichiarativa e investigazioni difensive*, Reggio Calabria, 2004, pp. 106 ss.

(2) La definizione generalmente accolta di «notizia di reato» qualifica questo peculiare fenomeno conoscitivo come «informazione, ricevuta dal pubblico ministero e dai dipendenti organi di polizia giudiziaria, di un fatto costituente reato». Così, su tutti, G. ARICÒ, *Notizia di reato*, in *Enc. dir.*, XXVIII, p. 760.

(3) G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 215.