

CAPITOLO V

ATTIVITÀ DIFENSIVA

di Leonardo Suraci

Nel presente capitolo vengono esaminati gli strumenti attivabili dal difensore al fine di esercitare la propria funzione nell'ambito delle indagini preliminari. Si tratta, come è noto, di una fase caratterizzata dall'iniziativa e dalla gestione unilaterali del pubblico ministero, il quale, sebbene vincolato dal principio di pluridirezionalità investigativa, agisce inevitabilmente in funzione della verifica di una propria ipotesi di lavoro. Pertanto, la funzione difensiva si riduce essenzialmente ad un'attività di assistenza finalizzata a garantire la legalità degli atti d'indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria. Fatti salvi i casi particolari in cui il codice prevede, in ragione del carattere irripetibile ovvero indifferibile dell'atto, l'attuazione di forme più o meno sofisticate di contraddittorio. Nonché, altresì, le enormi potenzialità investigative conferite dalla l. 7-12-2000, n. 397.

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 371 *ter*, 479, 572, 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quater*.1, 600 *quinquies*, 601, 602, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 609 *undecies*, 612 *bis* c.p.; artt. 63, 97, 121, 124, 125, 149, 179, 180, 198, 199, 200, 209, 2° comma, 226, 2° comma, 326, 327 *bis*, 335, commi 3° e 3° *bis*, 348, 349, 350, 352, 354, 356, 358, 359, 360, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 380, 391 *bis*, 391 *ter*, 391 *quater*, 391 *quinquies*, 391 *sexies*, 391 *septies*, 391 *octies*, 391 *nonies*, 391 *decies*, 400, 406, 407, 2° comma, lett. a), 413, 415 *bis*, 431, 491, 511, 526, 656; artt. 38, 113, 114, 117 disp. att. c.p.p.; art. 5, 1° comma, d.l. 8-6-1992, n. 306, conv. l. 7-8-1992, n. 356; l. 8-8-1995, n. 332; l. 7-12-2000, n. 397; art. 10, d.l. 27-7-2005, n. 144, conv. l. 31-7-2005, n. 155; art. 9, l. 18-3-2008, n. 48; l. 1-10-2012 n. 172; d.l. 14-8-2013, n. 93, conv. l. 15-10-2013, n. 119.

SOMMARIO: 1. La conoscenza del procedimento penale. – 2. La funzione difensiva nel corso delle indagini preliminari. – 3. La difesa e gli accertamenti tecnici irripetibili del pubblico ministero. – 4. La partecipazione difensiva agli atti irripetibili della polizia giudiziaria. – 5. L'attività difensiva e gli atti indifferibili. – 6. Le investigazioni difensive.

1. La conoscenza del procedimento penale

L'assunzione di un ruolo attivo del difensore nell'ambito delle indagini preliminari è sempre stato, per lo più, caratterizzato dal requisito dell'eventualità, legata come era all'attivazione di procedimenti incidentali rispetto ai quali ne è era richiesta la partecipazione.

Se al difensore della persona offesa dal reato era offerta la possibilità di sfruttare la consonanza di interessi con il pubblico ministero al fine di conoscere, suggerire, integrare dati acquisitivi, il difensore della persona sottoposta alle indagini rimaneva ai margini della procedura, il più delle volte ignara – quest'ultima – delle pendenze di un procedimento a carico.

La fisionomia del ruolo difensivo nel corso della fase investigativa è mutata per effetto dell'entrata in vigore della l. 7-12-2000, n. 397, la quale – si avrà modo di vedere – ha introdotto una compiuta disciplina delle investigazioni difensive, delineando poteri, compiti e, anche, oneri del difensore impegnato nell'azione di scoperta ed acquisizione di elementi a favore del proprio assistito.

La legge predetta ha, in ogni caso, lasciato irrisolti i molteplici problemi che pone l'assenza di adeguati strumenti informativi rispetto all'esistenza *in se* del procedimento, premessa fondamentale per l'esercizio di una funzione – quella difensiva, appunto – che necessita di relazionarsi quantomeno con un'ipotesi fattuale di riferimento.

Un problema sottovalutato¹, è chiaro, anche in ragione dell'equivoco di fondo scaturente da una prospettiva di processo di parti in cui il pubblico ministero era, allo stesso tempo, accusatore e tutore della persona sottoposta alle indagini, custode di un ruolo particolare e sintetizzato nella formula “parte imparziale”.

Era, questa, l'illusione che aveva animato il legislatore delegante, il quale, in sede di elaborazione dei criteri direttivi, aveva previsto l'inserimento di una disposizione che compendiasse, tra i complessi meccanismi del codice, 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'imputato².

¹ Anche, bisogna dirlo, dall'intervento normativo attuativo della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, realizzato con il d.lg. 1-7-2014, n. 101, il quale non ha inciso sui meccanismi cognitivi se non marginalmente, attraverso l'inserimento, nell'ambito dell'art. 369, di un 1° comma *bis*, concernente l'obbligo di informazione circa il diritto alla comunicazione *ex art.* 335, 3° comma, c.p.p.

² Il criterio è previsto dalla dir. n. 37, l. 16-2-1987, n. 81.

Tuttavia, la norma alla quale è stato attribuito l'onere di attuare la direttiva n. 37, ossia l'art. 358 c.p.p., è sostanzialmente rimasta priva di una reale efficacia a causa di una giurisprudenza che, sviscerando i meandri dei principi ispiratori del codice di procedura penale, ha sancito l'irrelevanza processuale della sua inosservanza³.

Invece **Infatti**, la Corte di **c**Cassazione si è attestata su una posizione diametralmente opposta rispetto a quella auspicata e, privando il sistema di un'impostazione coerente, ha stabilito che la disposizione di cui all'art. 358 c.p.p., secondo la quale il pubblico ministero "svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini", non si traduce in un obbligo processualmente sanzionato e non toglie il carattere eminentemente discrezionale delle scelte investigative, anche per quanto riguarda i tempi di svolgimento dell'attività dell'organo dell'accusa⁴.

È stato efficacemente evidenziato dalla dottrina processual-penalistica, **infatti sul punto**, come anche il decollo della disciplina delle **indagini difensive** sia legato al potenziamento delle regole in tema di informazione di garanzia e di comunicazione della pendenza dell'indagine e come, senza l'adeguamento di siffatti istituti alle nuove esigenze comunicative, "la legge sulle indagini difensive sia destinata all'aborto"⁵.

³ Cass., 18-8-1992, **Burrafato**, in *Cass. pen.*, 1993, 1502. V., tra gli altri, Poggi-Cavalera, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000, 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". L'approdo giurisprudenziale appena richiamato è stato sottoposto a severe critiche da parte della dottrina. V., infatti, Quaglierini, *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in *Cass. pen.*, 1993, 2306; Giambruno, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in *Cass. pen.*, 1994, 338.

⁴ Cass., 21-5-1997, **Nappan**, 3415, in *Cass. pen.*, 1999, 236.

⁵ Garello-Scuto, *Giallo sull'assunzione di informazioni del PM*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 66. Con la consueta incisività, Frigo, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 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 Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2001, 172. Ma v., anche, Bonzano, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1281. D'altra parte, già durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p. era stato posto in risalto il ruolo ineliminabile dell'informazione rispetto all'effettivo svolgimento delle funzioni investigative che la norma assegnava al difensore. V., per tutti, Perchinunno, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, 224.

Formattato: Inglese (Stati Uniti)

Formattato: Inglese (Stati Uniti)

La **conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale** costituisce il normale presupposto dell'attivazione dei poteri difensivi – chi non sa di essere indagato, si è messo in rilievo, non pensa a difendersi⁶ – ed è chiaro che, quanto più vicino al momento di emersione della notizia di reato si colloca il fatto conoscitivo, tanto maggiori saranno le opportunità difensive offerte all'indagato⁷.

Nell'ambito dell'attuale sistema processuale l'avviso previsto dall'art. 415 *bis* c.p.p.⁸ costituisce l'unico strumento di procedura penale necessario e realmente preposto all'assolvimento di una funzione informativa della persona sottoposta alle indagini⁹.

Si tratta, però, di un istituto che, compendiato nell'ambito di una norma dalla natura funzionalmente complessa¹⁰ e sebbene direttamente connesso alla garanzia del diritto dell'accusato di essere informato celermen-

⁶ Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 168.

⁷ V., per tutti, Nappi, *Indagini preliminari*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 695. Metteva in rilievo questo aspetto, relativamente al sistema previgente e nella prospettiva di una riforma di esso, Massa, *Aspetti della riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 744. V., inoltre, Leone, *I punti centrali della riforma del processo penale*, *ivi*, 1964, 5, il quale, sempre nella medesima prospettiva, definiva l'avviso di procedimento "una garanzia democratica diretta a determinare la tempestiva possibilità di contraddittorio".

⁸ Peraltro, si tratta di un istituto di recente introduzione, essendo stato inserito nel sistema processuale italiano in occasione dell'intervento novellistico operato con la l. 16-12-1999, n. 479. Sull'avviso di conclusione delle indagini preliminari v., per tutti, Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 694. L'istituto è esaminato, inoltre, da Sola, *Art. 415 bis c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2648; Cappa, *La discovery probatoria, l'elaborazione della prova e la prova "concordata" prima del dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 307; De Pascalis, *La disciplina dell'art. 415 bis c.p.p. tra diritto di difesa, completezza delle indagini e ragionevole durata del procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 904.

⁹ Esso, evidenzia Bonzano, *Avviso di conclusione delle indagini*, *cit.*, 1281, "finisce molto spesso con l'essere il primo atto a fronte del quale l'indagato viene a conoscenza del procedimento a proprio carico".

¹⁰ Caprioli, *Nuovi orizzonti del diritto di difesa nella fase pre-processuale: l'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 270. L'espressione è ripresa da Ricci, *Garanzie difensive e limiti cronologici all'esercizio dell'azione penale: a proposito dell'art. 415 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, 376. Nonché, successivamente, da De Pascalis, *op. cit.*, 907; Sola, *Art. 415 bis*, *cit.*, 2651.

te della natura e dei motivi dell'accusa¹¹, opera in una fase molto avanzata dell'esperienza procedimentale dell'indagato, dovendo essere notificato alla persona sottoposta alle indagini ed al difensore¹² 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 giudizio.

A ciò deve aggiungersi l'esiguità del tempo posto a disposizione della persona sottoposta alle indagini per compiere attività d'indagine difensiva eventualmente preordinata ad influire sulle scelte del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale¹³.

Al di fuori di questo momento comunicativo, la procedura non offre strumenti che, "garantendo al cittadino una conoscenza in ordine all'apertura delle indagini da parte del pubblico ministero"¹⁴, lo pongano nelle condizioni per attivarsi nell'esplicazione di una concreta e produttiva attività difensiva.

La conformazione normativa e la prassi hanno fatto emergere, infatti, l'assoluta inadeguatezza della **comunicazione dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato**, disciplinata dall'art. 335, commi 3° e 3° bis, c.p.p.¹⁵.

In occasione dell'intervento novellistico attuato con la l. 8-8-1995, n. 332, come è noto, è stato disciplinato il diritto di accesso al registro pre-

¹¹ Così, tra gli altri, Nuzzo, *La Corte costituzionale esclude l'avviso di conclusione delle indagini preliminari nei procedimenti speciali*, in *Cass. pen.*, 2002, 3736. Ma v., anche, De Pascalis, *op. ult. cit.*, 905, la quale vi intravede anche una funzione attuativa del diritto dell'accusato, di rango costituzionale, di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa.

¹² Oltre che, nei casi previsti dall'art. 415 bis, 1° comma, c.p.p. – come modificato dal d.l. 14-8-2013, n. 93, conv. in l. 15-10-2013, n. 119 – al difensore della persona offesa ovvero, in mancanza, alla persona offesa medesima.

¹³ Parla di "norma condivisibile in astratto, (la cui) utilità si è tuttavia rivelata limitata in concreto", infatti, Pezzella, *L'avviso di conclusione delle indagini in caso di imputazione iussu iudicis*, in *Dir. e giustizia*, 2003, 7, 54. Considerazioni critiche di eguale tenore e rispetto al medesimo profilo sono espresse, altresì, da Sammarco, *Tempo e condizioni delle investigazioni difensive. Un caso di inesistenza del giusto processo*, in *Dir. pen. e processo*, 2008, 525.

¹⁴ Poggi-Cavalera, *op. cit.*, 388.

¹⁵ Sull'istituto v., in generale, Aprati, *Notizia di reato*, in *Tratt. Spangher*, III, cit., 97; Alvares, *Art. 335 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2228; Cerqua, *Registro delle notizie di reato*, in *Digesto pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 1299.

detto¹⁶, nell'intento di sopperire al *deficit* di informazione derivante dalla contestuale modifica dell'art. 369 c.p.p.

Il duplice intervento, da un lato, era diretto ad evitare le fughe di notizie connesse all'invio dell'informazione di garanzia, della quale veniva, quindi, scongiurata ogni possibile anticipazione, mentre, dall'altro, avrebbe dovuto consentire la conoscenza del procedimento sin dall'iscrizione della notizia di reato nell'omonimo registro¹⁷.

A parte le restrizioni connesse alla previsione di specifici casi di esclusione – in relazione, in particolare, ai delitti di cui all'art. 407, 2° comma, lett. a), c.p.p.¹⁸ – ed a prescindere dall'attribuzione al pubblico ministero di un generale potere di segretezza delle iscrizioni¹⁹, non può non rilevarsi che la comunicazione è disposta solo su richiesta di soggetti dotati di peculiare qualificazione soggettiva.

La norma prevede, infatti, che la richiesta di comunicazione possa essere presentata dalla persona sottoposta alle indagini, dalla persona offesa e dai rispettivi difensori, di talché appare chiaro che la richiesta da parte della persona sottoposta alle indagini presupponga la previa conoscenza del procedimento a carico, o, quantomeno, un ragionevole sospetto circa l'avvio di una indagine soggettivamente orientata.

La circostanza 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, costituisce un'insuperabile fattore di crisi di un istituto che, a voler fare il caso limite, per avere certezza della risposta

¹⁶ Sul regime di segretezza delle iscrizioni, caratteristica della disciplina antecedente alla riforma del 1995, v. Volpe-Ambrosoli, *Registro delle notizie di reato*, in *Digesto pen.*, XII, Torino, 1997, 46.

¹⁷ Giostra, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili*, in *Cass. pen.*, 1995, 3600, il quale rileva come la contestuale modifica dell'art. 335 c.p.p. dimostri la consapevolezza del legislatore circa la paradossalità delle conseguenze legate alle restrizioni introdotte in relazione all'invio dell'informazione di garanzia.

¹⁸ Si 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.

¹⁹ Per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile. Il pubblico ministero, ai sensi dell'art. 335, 3° comma *bis*, c.p.p., deve provvedere con decreto motivato in quanto sussistano specifiche esigenze connesse all'attività d'indagine.

imporrebbe che la richiesta sia fatta in forma di circolare, cioè presentata a tutti gli uffici del territorio nazionale²⁰.

Allo stesso modo, si è rivelato inadeguato l'istituto dell'**informazione di garanzia** previsto dall'art. 369 c.p.p.²¹, il quale, per effetto della modifica apportata dall'art. 19, l. 8-8-1995, n. 332 – modifica che, si è osservato in senso critico, si colloca lungo una linea di politica legislativa la quale, “per impedire alcuni indesiderati effetti secondari dell'informazione di garanzia, conduce ad una sua progressiva sterilizzazione funzionale”²² – deve essere inviata 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.

2. La funzione difensiva nel corso delle indagini preliminari

Il fruire delle indagini preliminari quale fase rimessa alla gestione unilaterale del pubblico ministero pone il difensore – soprattutto della persona sottoposta alle indagini – in una posizione il cui rilievo, più o meno marcato, è legato ai concreti accadimenti che lo caratterizzano.

Al di là delle facoltà attivabili in funzione di garanzia dell'effettività dei termini di durata delle indagini preliminari – quali, appunto, quelle previste dall'art. 406 c.p.p. in tema

²⁰ Poggi-Cavaleria, *op. cit.*, 389. Per quest'ordine di rilievi v., anche, Giostra, *Segreto processuale*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 8. Critico sulla nuova disciplina delle modalità conoscitive di una indagine a carico da parte della persona sottoposta alle indagini, in relazione alla previsione – riferita all'art. 38 disp. att. c.p.p. – di una facoltà di intraprendere un'autonoma attività investigativa difensiva è stato, fin da subito, Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 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”.

²¹ Sull'informazione di garanzia v., fra gli altri, Dubolino, *Informazione di garanzia*, in *Digesto pen.*, Agg. I, Torino, 2000, 413; Sola, *Art. 369 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2357.

²² Così Giostra, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.*, cit., 3597, il quale evidenzia, altresì, come “per scongiurare, anzi soltanto per “ritardare” le distorsioni giornalistiche in un numero pur sempre marginale di procedimenti, si comprime indiscriminatamente il diritto di difesa”. Rivello, *Il dibattito nel processo penale*, Torino, 1997, 46, a sua volta, 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.

di proroga dei termini²³ ed il generale potere di richiesta di avocazione ai sensi dell'art. 413 c.p.p. per il caso di inutile decorso di essi²⁴ – vi sono dei casi in cui il codice struttura gli atti d'indagine in maniera tale da prevedere la partecipazione difensiva in funzione di garanzia della regolarità dell'atto²⁵.

Si pensi agli **atti acquisitivi di dichiarazioni dalla persona sottoposta alle indagini**, in relazione ai quali l'art. 350 c.p.p. prescrive, per il caso in cui l'atto²⁶ sia compiuto dalla polizia giudiziaria²⁷, la necessaria presenza del difensore²⁸.

Una strutturazione analoga è riservata al caso in cui l'indagato sia sottoposto ad **interrogatorio** da parte del pubblico ministero, ipotesi ~~in cui~~ **rispetto alla quale** la partecipazione del difensore – previamente avvisato – è configurata – così come nel caso in cui si tratti di ispezioni o confronti ai quali l'indagato deve partecipare – come facoltà dall'art. 364, 3° comma, c.p.p.²⁹.

²³ Si tratta, come è noto, di un diritto ad interloquire sulla richiesta di proroga formulata dal pubblico ministero. Esso spetta, ad eccezione dei casi in cui si tratti di procedimenti per delitti previsti dall'art. 406, 4° comma *bis*, c.p.p., al difensore della persona indagata ed al difensore della persona offesa che abbia inoltrato specifica richiesta di informativa. Sulla proroga e sulle garanzie ad essa connesse v., tra gli altri, Alonzi, *Art. 406 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, Milano, 2010, 5001; Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, 198; Sola, *Art. 406 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2570; Garuti, *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da Aimonetto, Torino, 1999, 397.

²⁴ Sulla previsione normativa in discorso v., in particolare, i commenti di La Regina, *Art. 413 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, cit., 5141; Ovi, *Art. 413 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2632.

²⁵ Sulla distinzione tra atti "garantiti" ed atti "non garantiti" v., fra i tanti, Manzione, *L'attività del pubblico ministero*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, cit., 227.

²⁶ Benché distinto dall'interrogatorio, evidenzia Paulesu, *Art. 350 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, cit., 4237, come l'atto investigativo in discorso ne mutui in parte la disciplina. Sull'atto investigativo v., in generale, Ichino, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, cit., 119.

²⁷ Deve trattarsi, prescrive la norma, di un ufficiale di polizia giudiziaria. Sugli effetti sanzionatori della violazione della previsione afferente alla legittimazione soggettiva v., da ultimo, Zanetti, *Art. 350 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, diretto da Spangher, Milanofiori Assago, 2013, 1920.

²⁸ Pertanto la sua assenza determina una nullità assoluta, ai sensi dell'art. 179, 1° comma, c.p.p. Così, in dottrina, Paulesu, *Art. 350*, cit., 4237.

²⁹ Sull'interrogatorio dell'indagato, con particolare riferimento alle garanzie di libertà che assistono al compimento dell'atto, v., per tutti, Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 91.

In relazione alle **ispezioni** – così come per le **perquisizioni** ed i **sequestri**³⁰ – la dottrina prevalente ritiene che l'attività che ne forma oggetto si risolva, almeno generalmente, in un atto irripetibile in quanto, nel primo caso, compiuto a sorpresa su dati suscettibili di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi brevi, negli altri concernendo un atto generalmente ritenuto a sorpresa e, per tale motivo, intrinsecamente irripetibile³¹.

È in vista dell'estesa potenzialità utilizzativa che di norma si riconduce agli atti in questione che gli artt. 364 e 365 c.p.p.³² attribuiscono al difensore il diritto di assistervi³³, verificandone la legittimità e potendo,

³⁰ Ipotesi in cui la partecipazione del difensore avviene senza alcun preventivo avviso, ossia esclusivamente nel caso in cui esso sia reperito nel corso dello svolgimento dell'attività d'indagine. La giurisprudenza ritiene tassativa l'elencazione degli atti c.d. garantiti. V., tra le altre, Cass., 4-10-2002, **Berton**, 40970, in *CED Cass.*, rv. 197342.

³¹ Sulla natura di atto a sorpresa della perquisizione v., fra i tanti, Balducci, *Perquisizione*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 981; nonché Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 8ª ed., Milano, 2001, 261; Felicioni, *Perquisizioni*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua-Marzaduri-Spangher, Torino, 2013, 687. In ordine al sequestro v., invece, Poggi-Cavalera, *op. cit.*, 323; Triggiani, *I mezzi di ricerca della prova*, in *Tratt. Spangher*, II, 1, Torino, 2009, 448; Marotta, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Digesto pen.*, X, Torino, 1995, 352; Bracaglia Morante, *Nota a Pret. Roma, 13 aprile 1992, Cizmìc*, in *Cass. pen.*, 1992, 2480. Ritiene il sequestro irripetibile "per definizione", Nappi, *op. ult. cit.*, 272. Parla, invece, di atto "per sua stessa natura irripetibile", Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, 151. V., nello stesso senso, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 2000, 88, secondo la quale "la materiale apprensione di una cosa utile al processo non può che avvenire una sola volta, a meno di considerare la ripetizione dell'atto come una *mise en scène* da allestire in sede dibattimentale, non senza aver rimesso la cosa al suo posto per consentire al giudice di mettervi direttamente le mani *coram partibus*". In giurisprudenza v., per tutte, Cass., 13-1-1993, **Reale**, in *CED Cass.*, rv. 192687; Cass., 20-5-1998, **Molinun**, 2937, in *CED Cass.*, rv. 210875.

³² Disposizioni che, a ben ragione, si dice denotino un contenuto ben più esteso rispetto a quello che emerge dalle rispettive rubriche, trattandosi di norme che disciplinano l'esercizio del diritto di difesa nel corso delle indagini preliminari. V., per questa notazione, Gaeta, *Art. 364 c.p.p.*, in *Comm. Giarda-Spangher*, cit., 4435.

³³ La persona sottoposta alle indagini priva del difensore – prescrive l'art. 364, 2° e 3° comma, c.p.p. – deve essere avvisata del fatto che è assistita da un difensore di ufficio e della facoltà di nominarne uno di fiducia. A quest'ultimo è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, del compimento dell'atto. In relazione agli atti di cui all'art. 365 c.p.p., la norma compendia un obbligo di avvertimento, nei confronti dell'indagato che sia presente, circa la facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, avviandosi altrimenti mediante la designazione di un difensore d'ufficio. Sul profilo sanzionatorio correlato alla violazione della disposizione v., per tutti, Gaeta, *Art. 365 c.p.p.*, in *Comm. Giarda-Spangher*, cit., 4449; Ielo, *Art. 365 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, cit., 1996.

all'occorrenza, formulare richieste, osservazioni e riserve delle quali, ai sensi dell'art. 364, 7° comma, c.p.p. – richiamato dall'art. 365, 3° comma, c.p.p. – deve essere fatta menzione nel verbale.

Non ricorrendo l'ipotesi di atti garantiti, le facoltà difensive esercitabili nel corso delle indagini preliminari si riducono ad un generico potere sollecitatorio ed argomentativo nei confronti del pubblico ministero.

L'art. 367 c.p.p. stabilisce, come è noto, che nel corso della fase investigativa i difensori³⁴ hanno facoltà di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero.

Mentre le **memorie**, è stato rilevato, mirano a puntualizzare dati avvenuti ad oggetto questioni di fatto – in particolare, quando il fatto risulti di peculiare complessità o sia necessario chiarire taluni rilevanti dettagli – o di diritto – qualora occorra richiamare l'elaborazione dottrinale o giurisprudenziale, o prospettare una certa interpretazione giuridica – oppure, ancora, tecniche – ove l'indagine richieda la soluzione di problemi tecnico-scientifici – le **richieste** tendono all'adozione di un'iniziativa o di uno specifico provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria³⁵.

Dunque, l'istante può rivolgersi al pubblico ministero, eventualmente per sollecitare – mediante una richiesta le cui motivazioni sono liberamente valutabili, quindi illimitatamente spendibili, dal destinatario – l'adozione di un provvedimento funzionale al raggiungimento di uno specifico scopo investigativo ovvero di un determinato risultato procedurale.

Nonostante il tentativo di saldare, in chiave sistematica, l'art. 367 c.p.p. all'art. 358 c.p.p. – norma che obbliga il pubblico ministero a svolgere anche gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini – al fine di porre rimedio, in via esegetica, alla lacuna derivante dal fatto che, a differenza dell'art. 121, 2° comma, c.p.p., l'art. 367 c.p.p. non impone al destinatario di provvedere senza ritardo in relazione alle richieste ritualmente formulate dalla parte, sembra chiaro che l'eventuale inerzia del pubblico ministero è comunque priva di qualsivoglia sanzione processuale³⁶.

³⁴ Sono dunque escluse, dall'ambito della legittimazione attiva, le parti private. V., in questi termini, Ielo, *Art. 367 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, cit., 2001.

³⁵ Sola, *Art. 367 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2354.

³⁶ V., per questa conclusione, Sola, *op. ult. cit.*, 2354; Ielo, *Art. 367*, cit., 2002.

Una disciplina speciale è prevista dall'art. 368 c.p.p. allorché la richiesta rivolta al pubblico ministero sia finalizzata ad ottenere il sequestro di un bene³⁷ e questi ritenga di non procedere al compimento dell'atto.

In questa evenienza, infatti, il pubblico ministero deve trasmettere la richiesta, corredata di un suo parere, al giudice per le indagini preliminari affinché adotti la correlata decisione³⁸.

3. La difesa e gli accertamenti tecnici irripetibili del pubblico ministero

L'art. 360 c.p.p. è stato definito una norma che “rappresenta il difficile punto di equilibrio tra due opposte esigenze tipiche di un rito tendenzialmente accusatorio imperniato sulla separazione tra procedimento (fase dell'indagine) e processo (fase del giudizio): per un verso, garantire l'acquisizione probatoria essenzialmente in dibattimento, nel contraddittorio tra le parti, così da rispettare i fondamentali canoni dell'immediatezza e dell'oralità, salvaguardando l'autonomia della conoscenza giudiziale rispetto ai materiali investigativi; per altro verso, assicurare, nondimeno, la conservazione di taluni atti di indagine le cui caratteristiche risultino incompatibili con il principio anzidetto e la cui dispersione risulterebbe sperpero probatorio intollerabile ai fini di una adeguata completezza decisoria”³⁹.

Disciplinando gli **accertamenti tecnici non ripetibili** – ossia, quelli concernenti persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione – del pubblico ministero⁴⁰, l'art. 360 c.p.p. sembra ancorarsi alle coordi-

³⁷ La Suprema Corte ha chiarito che la norma trova applicazione unicamente in tema di sequestro probatorio, non anche in tema di sequestro preventivo, misura cautelare reale che, per sua stessa natura, non può essere adottata dal giudice contro la volontà del pubblico ministero. V., per questa puntualizzazione, Cass., sez. un., 26-4-1990, Serio, in *Giur. it.*, 1991, II, 93.

³⁸ Secondo Cass., 28-9-2000, Minouni, in *Cass. pen.*, 2002, 1463, è abnorme il provvedimento con cui il giudice, ritenuto necessario il sequestro, restituisca gli atti all'inquirente affinché vi provveda.

³⁹ Gaeta, *Art. 360 c.p.p.*, in *Comm. Giarda-Spangher*, cit., 4346. In ordine all'inoppugnabilità del provvedimento – avente forma di ordinanza – di rigetto della richiesta v., invece, Cass., 4-10-2007, Saccucci, in *CED Cass.*, rv. 238100; Cass., 10-6-2002, Ferretti, in *CED Cass.*, rv. 223717.

⁴⁰ L'importanza delle attività di carattere tecnico-scientifico nell'ambito del processo penale è evidenziata, tra i tanti, da Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del*

nate operative tracciate dall'art. 359 c.p.p., ai sensi del quale il pubblico ministero, quando deve procedere ad accertamenti, rilievi – la norma distingue questi ultimi in segnaletici, descrittivi o fotografici – e ad ogni altra operazione tecnica per cui si rendano necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti, i quali possono essere autorizzati dallo stesso pubblico ministero ad assistere al compimento di singoli atti di indagine⁴¹.

Dall'ambito operativo di questa seleziona, però, una specifica tipologia di atti per circondarne il compimento, allorquando ricorra la nota essenziale costituita dall'irripetibilità⁴², di peculiari garanzie: “I semplici ‘rilievi’” ha più volte osservato la Suprema Corte – “ancorché siano prodromici all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con essi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire nell'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 c.p.p., le quali sono riservate soltanto agli ‘accertamenti’ veri e propri, se ed in quanto qualificati di per sé come irripetibili”⁴³.

DNA, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, cit., 51. Ma v., da ultimo, Curtotti Nappi-Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 623.

⁴¹ Sottolineano l'ampia discrezionalità che la disposizione accorda al pubblico ministero circa l'effettuazione di accertamenti e rilievi, stante il mancato riferimento normativo a presupposti specifici, Poggi-Cavallera, *op. cit.*, 311. La genericità della disciplina delle attività tecniche del pubblico ministero previste dall'art. 359 c.p.p., soprattutto se relazionata alla possibilità che la relazione del consulente tecnico sia utilizzata, in determinate evenienze, come prova in ambito dibattimentale, è criticata da Montagna, *op. cit.*, 69.

⁴² Sul presupposto della scindibilità del requisito dell'irripetibilità rispetto a quello dell'indifferibilità, D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, in *Cass. pen.*, 1992, 1350, definisce l'indicazione contenuta nell'art. 360 c.p.p. fuorviante, poiché la norma si riferisce in realtà ad un'ipotesi di irripetibilità *ex lege*, assimilata agli atti di cui all'art. 431 c.p.p. ai fini della utilizzabilità in giudizio. Anche per Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., 39, l'art. 360 c.p.p. disciplina atti sostanzialmente non rinviabili, ma definiti irripetibili “a scanso di ogni equivoco sulla loro destinazione al fascicolo dibattimentale, malgrado l'origine predibattimentale e la mancanza del livello di contraddittorio che l'incidente *ex art.* 392 ss. c.p.p. comunque garantisce”. V., inoltre, Montagna, *op. cit.*, 68.

⁴³ Cass., 6-6-1997, n. 4017, in *Cass. pen.*, 1998, 2066. Più di recente, sulla stessa linea, v. Cass., 30-11-2005, n. 45437, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 2, 247. “In tema di accertamenti tecnici fatti eseguire dal pubblico ministero” – ha puntualizzato, poi, Cass., 23-11-2004, n. 5460, in *Guida dir.*, 2005, 12, 93 – “le garanzie difensive dettate, a pena di inutilizzabilità, dall'art. 360 c.p.p. riguardano solo gli accertamenti tecnici ‘non ripetibili’, mentre per quelli ripetibili nessun avviso il pubblico ministero è tenuto a dare all'indagato e al suo difensore”. Fa notare, in dottrina, Montagna, *op. cit.*, 68, come

Posto, quindi, che “nessuna forma di assistenza difensiva è prevista per i semplici rilievi tecnici e per gli accertamenti tecnici ripetibili”⁴⁴, diviene essenziale l’individuazione degli elementi caratterizzanti due categorie concettuali⁴⁵ “la cui distinzione, apparentemente chiara e acquisita sul piano teorico, è alquanto oscura e difficile da tradurre nella pratica, dalla quale affiora un sottile *discrimen* non sempre percepibile”⁴⁶.

A questo fine, non sembrano potersi individuare criteri più affidabili di quelli elaborati, soprattutto in relazione all’attività d’indagine della polizia giudiziaria, dalla giurisprudenza, la quale ha assunto, nel silenzio del legislatore⁴⁷ e pervenendo a risultati che hanno incontrato il consenso sostanzialmente unanime della dottrina⁴⁸ – pur con alcune precisazioni circa la tendenza a dilatare oltremodo la nozione di rilievo al fine di espandere gli spazi operativi della polizia giudiziaria⁴⁹ – l’onere di delineare le caratteristiche di ciascuno degli istituti in discorso⁵⁰.

Fermo restando, allora, che è contrassegnato da un’ineliminabile margine di opinabilità qualsiasi tentativo di tracciare, tra di essi, una precisa linea di confine⁵¹, sul piano generale si è riconosciuto⁵² che il concetto di

“[I]’art. 360 c.p.p. menziona unicamente gli accertamenti previsti dall’art. 359 c.p.p., non i rilievi e le altre operazioni pure contemplate da quella norma. La distinzione diviene, dunque, rilevante ai fini dell’individuazione dell’ambito operativo dell’art. 360 c.p.p.”.

⁴⁴ Cass., 9-2-1990, n. 301, in *Cass. pen.*, 1990, 278.

⁴⁵ Osservano Poggi-Cavalera, *op. cit.*, 83, nt. 30, come l’obiettivo esistenza di una marcata differenziazione tra i due tipi di atti sia stata riconosciuta dalla pressoché totalità della dottrina, anche sulla base delle massime elaborate dalla Corte di Cassazione.

⁴⁶ Lorusso, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 264. Sulla differenza tra le due categorie v., di recente, Rivello, *Gli accertamenti tecnici irripetibili previsti dall’art. 360 c.p.p. e dall’art. 391-decies, comma 3, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 3733.

⁴⁷ L’assenza di una definizione legislativa che facesse chiarezza sul significato dei due termini è criticata, da ultimo, da Rivello, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ V., tra gli altri, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, in *Tratt. Spangher*, III, cit., 319. Ma, anche, Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 15. Nonché, da ultimo, Lorusso, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 264.

⁴⁹ V., in particolare, Curtotti Nappi-Saravo, *Sopralluogo giudiziario*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 595.

⁵⁰ La notazione è di Aprile, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 4035.

⁵¹ Come riconosce, tra gli altri, Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell’accusa*, in *Indice pen.*, 1992, 130. Evidenza, d’altra parte, Lorusso, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 265, come l’intervento in funzione di supplenza della giurisprudenza, in assenza di un appropriato catalogo legislativo, reca in sé tutti i rischi e le discrasie di un siffatto *modus operandi*, “anche perché il

accertamento non comprende la constatazione o la raccolta dei dati materiali pertinenti al reato o alla sua prova – questi costituirebbero, invece, dei semplici rilievi – ma riguarda piuttosto lo studio e la elaborazione critica dei medesimi⁵³.

L'attività di individuazione e rilevamento di dati si risolve, quindi, in una operazione di natura prevalentemente materiale che può essere compiuta da soggetti diversi – il più delle volte dalla polizia giudiziaria⁵⁴ – ma che non per questo può ritenersi processualmente innocua poiché su di essa, tutte le volte in cui il dato assume rilievo ai fini dell'accertamento, può innestarsi – e di regola si innesta – una successiva operazione di carattere marcatamente elaborativo.

È naturale, dunque, che si instauri una relazione funzionale tra il rilievo e l'accertamento⁵⁵, un rapporto talmente significativo sul piano processuale che il primo

nostro ordinamento – com'è noto – non obbedisce alla regola del 'precedente vincolante' e, anzi, la discrezionalità e la mutevolezza interpretativa degli organi giudicanti non si arresta, spesso, neanche di fronte ai *dicta* delle Sezioni Unite che pure dovrebbero costituire un punto fermo”.

⁵² In linea, d'altra parte, con le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza costituzionale formatasi sotto il vigore del codice precedente. V., per tutte, C. cost., 27-12-1973, n. 185, in *www.cortecostituzionale.it*, la quale ha avuto modo di precisare che gli accertamenti e le operazioni importano un giudizio tecnico, cioè si risolvono in veri e propri atti peritali, di talché le garanzie difensive devono essere osservate anche in sede di indagini preliminari della polizia giudiziaria. Quando, invece, le operazioni si limitano al prelievo, di carattere meramente preparatorio rispetto all'attività istruttoria, esse sono di spettanza della polizia giudiziaria e non postulano le garanzie di difesa sancite dalla Costituzione.

⁵³ V., per esempio, Cass., 27-10-1998, n. 5779, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 376, in relazione all'attività di individuazione e rilevamento delle impronte dattiloscopico-papillari. Oltre che, da ultimo, Cass., 9-5-2014, n. 33076, in *Guida dir.*, 2014, 37, 65. In dottrina v., tra gli altri, Montagna, *op. cit.*, 63; Scella, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, 179; Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 264; Curtotti Nappi-Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., 628.

⁵⁴ Il progressivo ampliamento del concetto di “rilievo” di cui all'art. 354, 2° comma, c.p.p., con il conseguente ridimensionamento di quello correlato di “accertamento” e, per effetto di ciò, l'espansione continua dei poteri acquisitivi della polizia giudiziaria sulla scena del crimine, è stato messo in evidenza, da ultimo, da Curtotti Nappi-Saravo, *op. ult. cit.*, 630. Ma v., altresì, Rivello, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 3733.

⁵⁵ La sussistenza di una siffatta relazione è messa in evidenza, tra gli altri, da Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 264. Il rischio del prodursi di effetti devastanti nella sfera giuridica dell'indagato, determinati da un'erronea attività di refertazione, considerata dalla giurisprudenza un mero rilievo, è, da ultimo, sottolineato da Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 498. Ma, come già visto, la funzione propedeutica dei rilievi era stata sottolineata già sotto il vigore del codice abrogato dalla Corte costituzionale.

non può che costituire la premessa logico-funzionale del secondo e per questo motivo di- viene evocabile, anche rispetto al rilievo, l'applicazione di ragguardevoli protocolli garan- tistici.

Si è voluto mettere in evidenza, ma il dato è di immediata percezione, come un concetto dalle premesse ricostruttive apparentemente semplici si ponga, nella realtà, al centro di complesse dinamiche probatorie in virtù dell'influenza determinante che l'attività di rilevazione e raccolta di dati rilevanti e le relative metodologie determina sui successivi processi elab- orativi⁵⁶.

Detto questo, deve precisarsi che l'attività di "rilievo" deve essere te- nuta distinta, sebbene ad essa assimilata dalla giurisprudenza sul piano delle conseguenze di ordine procedimentale, anche dal "mero accerta- mento", quest'ultimo consistente in una attività di elaborazione dei dati non richiedente particolari cognizioni tecnico-scientifiche⁵⁷.

Nell'ambito della categoria appena richiamata si delinea, quindi, il sottoinsieme costituito dal vero e proprio "**accertamento tecnico**", ossia l'operazione presupponente un'attività di carattere valutativo effettuata utilizzando canoni tecnico-scientifici, in altri termini "una elaborazione che richiede particolari caratteristiche legate alla comprovata e titolata conoscenza di una materia"⁵⁸ e che, pertanto, non può che essere deman- data ai consulenti tecnici⁵⁹.

Lo scopo certamente investigativo dell'atto⁶⁰ si coniuga con una po- tenzialità di impiego dell'elaborato del consulente tecnico che, fuorui-

⁵⁶ Giunchedi, *op. cit.*, 15, fa notare come "una repertazione di materiale biologico non corretta può non offrire quei risultati ottenibili con un'attività svolta in modo ortodosso".

⁵⁷ In questo senso, in relazione all'attività di comparazione delle impronte digitali oggetto di prelie- vo con quelle già in possesso della polizia giudiziaria, v. Cass., 17-3-2004, n. 23319, in *Cass. pen.*, 2005, 638.

⁵⁸ Giunchedi, *op. cit.*, 15.

⁵⁹ La necessaria caratterizzazione su base tecnico-scientifica dell'attività valutativa che sostanzia l'accertamento tecnico è costantemente ribadita in giurisprudenza. V., proprio di recente ed in relazione agli accertamenti compiuti sul numero di telaio di un ciclomotore, Cass., 10-7-2009, n. 34149, in *CED Cass.*, rv. 244950. Nello stesso senso v., inoltre, Cass., 31-1-2007, n. 14852, in Banca dati *DeJure*; Cass., 5-6-2003, n. 27311, *ivi*. Nonché, in precedenza e tra le più risalenti, Cass., 27-10-1998, n. 5779, *cit.*; Cass., 10-11-1992, n. 4523, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 465.

⁶⁰ Come mette in evidenza Montagna, *op. cit.*, 53, infatti, gli accertamenti tecnici sviluppati durante la fase delle indagini preliminari sono "atti finalizzati ad indirizzare le investigazioni, ad offrire al pub-

scendo dal perimetro delineabile sulla base del quadro finalistico descritto dall'art. 326 c.p.p., investe direttamente la fase dibattimentale⁶¹, di talché la norma assicura ai difensori ed ai consulenti tecnici eventualmente nominati il diritto di assistere, una volta disposto il compimento dell'atto⁶², al conferimento dell'incarico – la previsione della facoltà di partecipazione a questa fase, alla luce del dovere di pluridirezionalità investigativa ed analogamente a quanto disposto dall'art. 226, 2° comma, c.p.p.⁶³ in relazione alla perizia⁶⁴, sembra dare per scontato che il pubblico ministero, nel formulare i quesiti, debba sentire i consulenti tecnici e i difensori presenti⁶⁵ – di partecipare all'attività tecnica e di formulare osservazioni e riserve.

Al fine di assicurare l'instaurazione di questa forma peculiare di contraddittorio⁶⁶, l'art. 360, 1° comma, c.p.p., come abbiamo visto, grava il pubblico ministero dell'obbligo di avvisare i soggetti interessati dei dati identificativi dell'atto di conferimento dell'incarico⁶⁷.

blico ministero elementi utili per assumere le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale, ma potenzialmente idonei anche a fondare decisioni di merito ed incidentali”.

⁶¹ “La materia” – rileva Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 315 – “risente della difficile attuazione di un soddisfacente contemperamento tra le istanze in conflitto: da un lato, occorre evitare che nel corso delle indagini vadano disperse prove urgenti, cercando di predisporre un meccanismo attraverso il quale poterle cristallizzare; dall'altro, l'irrinunciabile rispetto del contraddittorio impone di scongiurare il rischio che una parte, unilateralmente, possa modificare in modo irreversibile un elemento di prova”.

⁶² Nel silenzio della legge, deve ritenersi che l'atto dispositivo dell'accertamento abbia forma di decreto. Come osserva Giunchedi, *op. cit.*, 114, un palinsesto argomentativo, anche minimo, consentirebbe resistenze maggiori in ordine all'eventuale disputa circa la decisione di procedere all'accertamento nonostante la riserva di promozione dell'incidente probatorio.

⁶³ La disposizione richiamata prevede: “Il giudice formula quindi i quesiti, sentiti il perito, i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti”.

⁶⁴ In alternativa alla quale – rileva Gaeta, *Art. 360*, cit., 4348 – l'istituto fu immaginato, “considerato che esso – nell'efficacia, se non nelle garanzie – tende a divenire sostitutivo della prima”.

⁶⁵ V., in questo senso, Giunchedi, *op. cit.*, 73, per il quale l'apporto dell'indagato e della persona offesa nella formulazione dei quesiti acquista un'importanza maggiore rispetto a quanto avviene in tema di perizia. V., altresì, Montagna, *op. cit.*, 73.

⁶⁶ Evidenzia, tra gli altri, Giunchedi, *op. cit.*, 63, come l'istituto disciplinato dall'art. 360 c.p.p., pur ponendosi in chiave antitetica con i principi uniformanti il processo accusatorio, sia comunque in linea con il principio del contraddittorio.

⁶⁷ Sulle modalità di effettuazione dell'avviso v., per tutti, Gaeta, *Art. 360*, cit., 4368.

Il contenuto essenzialmente tecnico dell'accertamento e la connotazione tecnica del relativo contraddittorio giustificano l'avvertimento relativo alla facoltà di nominare consulenti tecnici, mentre la spendibilità in chiave probatoria delle relative risultanze ha determinato la scelta di applicare all'atto il doppio livello di garanzie difensive a favore della persona sottoposta alle indagini previsto dall'art. 364, 2° comma, c.p.p.

La Suprema Corte, chiamata ad intervenire sul tema degli avvisi previsti dall'art. 360, 1° comma, c.p.p., ha chiarito che essi sono dovuti in presenza di consistenti sospetti di reato che investano sia il profilo oggettivo che la sua attribuibilità soggettiva⁶⁸, a prescindere dalla formale iscrizione del soggetto nel registro degli indagati⁶⁹.

Infatti, qualora il pubblico ministero debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili, ricorre l'obbligo di dare l'avviso al difensore solo nel caso in cui, al momento del conferimento dell'incarico al consulente, sia stata già individuata la persona nei confronti della quale si procede, mentre tale obbligo non ricorre nel caso in cui la persona indagata sia stata individuata successivamente, nel corso dell'espletamento delle operazioni peritali⁷⁰.

In linea di continuità con l'orientamento predetto si colloca, quindi, l'impostazione giurisprudenziale secondo cui il mancato avviso al difensore dell'inizio di tali operazioni non integra alcuna ipotesi di nullità qualora il difensore medesimo, nominato dalla persona sottoposta alle indagini successivamente al conferimento dell'incarico, non abbia comunicato al consulente d'ufficio di voler partecipare alle operazioni peritali anche mediante la nomina di un consulente di parte⁷¹.

Per quel che concerne il profilo formale dell'adempimento informativo, la giurisprudenza ha puntualizzato che l'espressione utilizzata nell'art. 360 c.p.p. circa l'avviso del compimento di accertamenti tecnici non ripetibili alle parti private e ai loro difensori da parte del pubblico ministero identifica un meccanismo di comunicazione semplificato ed in-

⁶⁸ Cass., 21-12-2010, n. 6237, in Banca dati *DeJure*; Cass., 14-7-2008, n. 33404, *ivi*. V., ancora prima ed in senso conforme, Cass., 10-5-2005, n. 24954, in *Guida dir.*, 2005, 35, 103; Cass., 8-6-2004, n. 37072, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 733.

⁶⁹ Per siffatta precisazione v., da ultimo, Cass., 21-12-2010, n. 6237, *cit*.

⁷⁰ Cass., 23-2-2010, n. 20591, in Banca dati *DeJure*. Nello stesso senso v., in precedenza, Cass., 14-7-2008, n. 33404, *cit*.; Cass., 21-11-2003, n. 7202, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 100. Nota Giunchedi, *op. cit.*, 111, come le prese di posizione della Corte di Cassazione rischiano di dilatare i pericoli di pretestuosi difetti di partecipazione di indagati già individuati.

⁷¹ Cass., 15-5-1996, n. 6293, in *Cass. pen.*, 1997, 2502.

formale, di modo che – anche in ragione del carattere naturalisticamente improrogabile dell'accertamento da eseguire – può essere impiegato qualsiasi mezzo che sia ritenuto idoneo a procurare, in capo al destinatario, una conoscenza effettiva dell'atto⁷².

In altri termini, l'esigenza di speditezza connaturata all'atto in discorso condiziona l'utile esperibilità dell'incombente, comportando, sotto il profilo delle garanzie processuali, che la partecipazione dei difensori all'accertamento sia consentita, ma non obbligatoria.

Traendo spunto da siffatte premesse, è stata ritenuta sufficiente a perfezionare la fattispecie informativa, addirittura, la comunicazione dell'avviso per telefono, mentre il telegramma di conferma previsto dall'art. 149 c.p.p. deve ritenersi obbligatorio, come elemento di validità, nei casi per i quali la legge stabilisce, con una significativa differenziazione lessicale, che sia “notificato avviso”⁷³.

Sul **piano sanzionatorio**, invece, la Corte di Cassazione ha richiamato la premessa per la quale l'omissione dell'avviso al difensore costituisce un'ipotesi di nullità assoluta e insanabile, ai sensi dell'art. 179 c.p.p., solo nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza, per ritenere che, poiché tra questi casi non rientra l'ipotesi degli accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero – giacché l'art. 360, 1° comma, c.p.p. prevede l'obbligo dell'avviso del difensore, ma non anche quello della presenza, in quanto l'assistenza al conferimento dell'incarico, la partecipazione agli accertamenti e la formulazione di osservazioni o riserve sono indicate come manifestazioni del diritto del difensore – l'omissione costituisce una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180 c.p.p.⁷⁴.

Ne deriva che, qualora all'udienza di conferimento dell'incarico al consulente sia presente l'indagato (cioè la parte in senso tecnico), la nul-

⁷² V., a tal proposito, le modalità disciplinate dall'art. 16, d.l. 18-10-2012, n. 179, conv. in l. 17-12-2012, n. 221. In relazione a siffatta disposizione v. in ambito giurisprudenziale, Cass., 11-2-2014, n. 7058, in *Guida dir.*, 2014, 14, 70.

⁷³ Cass., 11-2-2000, n. 4453, in *CED Cass.*, rv. 215805. In questo contesto normativo e giurisprudenziale, ha ragione Giunchedi, *op. cit.*, 110, quando rileva che non è previsto un termine, ancorché minimo, a comparire.

⁷⁴ Cass., 2-12-2004, n. 27, in *Guida dir.*, 2005, 5, 58. In precedenza la linea interpretativa era stata esposta in Cass., 15-10-1996, n. 10688, in *Giust. pen.*, 1997, III, 688; Cass., 30-10-1996, n. 10590, *ivi*, 1998, III, 178; Cass., 6-12-1996, n. 54, in *Cass. pen.*, 1998, 3024.

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt, Italiano (Italia)

Formattato: Giustificato

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt, Corsivo

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Formattato: Italiano (Italia)

lità deve essere eccepita, a pena di decadenza, prima del conferimento dell'incarico stesso⁷⁵.

Lo snodo più problematico della disposizione in esame è costituito, però, dalla previsione, contenuta nell'art. 360, 4° comma, c.p.p., della facoltà della persona sottoposta alle indagini di formulare, prima del conferimento dell'incarico peritale, **riserva di promuovere incidente probatorio**⁷⁶.

In questo caso, infatti, si produce un effetto paralizzante dell'iniziativa investigativa del pubblico ministero, il quale deve disporre che non si dia luogo agli accertamenti in vista dell'attivazione dello strumento formativo della prova ed optare, in caso di inerzia della parte privata ed al fine di evitare che il comportamento pretestuoso di questa si traduca in un rallentamento delle indagini, per una richiesta autonoma di incidente probatorio⁷⁷.

L'unica possibilità di superare la riserva formulata dall'indagato è legata alla sussistenza del requisito dell'indifferibilità dell'accertamento, evenienza che deve ritenersi ricorrente quando la tempistica connessa all'instaurazione dell'incidente probatorio – ancorché rimodulabile per effetto di un eventuale provvedimento giudiziale di abbreviazione dei termini⁷⁸ – non consentirebbe di compiere utilmente l'atto di natura tecnica⁷⁹.

La disciplina normativa appena tratteggiata consente, a questo punto, di intravedere nell'ambito della categoria generale degli accertamenti tecnici irripetibili la distinzione tra

⁷⁵ Cass., 2-12-2004, n. 27, cit.; Cass., 15-10-1996, n. 10688, cit.; Cass., 30-10-1996, n. 10590, cit.; Cass., 6-12-1996, n. 54, cit.

⁷⁶ Rileva Giunchedi, *op. cit.*, 70, come nessun problema ponga la mancata previsione di una facoltà di riserva a favore della persona offesa, dal momento che essa non è, in generale, dotata del potere di richiedere l'incidente probatorio.

⁷⁷ Evidenzia Gaeta, *Art. 360*, cit., 4374, come la riserva costituisca un meccanismo di riequilibrio a favore dell'indagato che non intenda abdicare alla garanzia giurisdizionale insita nell'espletamento della perizia.

⁷⁸ L'art. 400 c.p.p. ("Provvedimenti per i casi di urgenza") prevede, infatti, che, quando per assicurare l'assunzione della prova è indispensabile procedere con urgenza all'incidente probatorio, il giudice può disporre con decreto motivato che i termini ordinari siano abbreviati nella misura necessaria.

⁷⁹ Come rileva, infatti, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 321, gli accertamenti tecnici irripetibili hanno per oggetto persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione talmente rapida da precludere l'attesa del tempo necessario per attivare le garanzie di un pieno contraddittorio nell'ambito della perizia.

due specifiche tipologie di attività, tra loro diversificabili sulla base di un giudizio di sussistenza o meno di margini temporali utili a consentire l'instaurazione dell'incidente probatorio.

Nel caso degli accertamenti indifferibili, infatti, "l'esigenza di conservazione del dato prevale sulla garanzia del contraddittorio; sicché, se la difesa potesse paralizzare lo svolgimento dell'atto, verrebbe ad incrinarsi il diritto del [pubblico ministero] ad acquisire una prova non ripetibile"⁸⁰.

Lo svolgimento di accertamenti differibili, invece, sarebbe compatibile con l'instaurazione dell'incidente probatorio, di talché viene collocata nell'area dei poteri dispositivi della persona sottoposta alle indagini la scelta circa le modalità di formazione della prova da adottare nel caso concreto⁸¹.

Se il pubblico ministero, nonostante l'espressa riserva ed in mancanza del requisito dell'indifferibilità⁸², ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti i relativi risultati non possono essere utilizzati nel successivo dibattimento⁸³.

La riserva costituisce, dunque, un adempimento di fondamentale importanza, la cui omissione produce significative conseguenze in punto di eccepibilità dell'utilizzabilità dell'atto, anche se, sul punto, le conclusioni prospettate in giurisprudenza mancano di univocità.

Secondo un primo orientamento, infatti, l'imputato che non abbia tempestivamente formulato riserva di promuovere incidente probatorio, ai sensi dell'art. 360, 4° comma, c.p.p., decade dalla facoltà di eccepire,

⁸⁰ Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 322.

⁸¹ In relazione all'irripetibilità di cui all'art. 117 disp. att. c.p.p., osserva Bonzano, *op. ult. cit.*, 323, come la non rinviabilità assume in questo caso carattere "funzionale", nel senso che può dipendere dall'indispensabilità del risultato ai fini dell'utile prosecuzione delle indagini.

⁸² Fa notare Bonzano, *op. ult. cit.*, 317, nt. 70, che, sebbene l'art. 360, 5° comma, c.p.p. non preveda nulla in tal senso, è ragionevole ritenere che il pubblico ministero, qualora decida di superare la riserva formulata dall'indagato, debba motivare sul requisito dell'indifferibilità. Infatti, qualora la persona sottoposta alle indagini eccepisca dinanzi al giudice del dibattimento l'inutilizzabilità dell'atto, la correttezza della valutazione del pubblico ministero non potrebbe che essere apprezzata attraverso una prognosi postuma da condursi *ex ante* alla luce degli elementi dei quali la pubblica accusa disponeva nel momento in cui ha adottato la propria decisione.

⁸³ L'art. 360, 5° comma, c.p.p. stabiliva, nella versione originaria, che gli accertamenti compiuti in violazione della preclusione derivante dalla riserva di incidente probatorio fossero inutilizzabili "ai fini del giudizio". L'attuale testo è frutto della modifica attuata con l'art. 5, 1° comma, d.l. 8-6-1992, n. 306, conv., con modif., in l. 7-8-1992, n. 356.

in un momento successivo, sotto il profilo dell'assenza del presupposto costituito dall'irripetibilità dell'atto, l'inutilizzabilità dell'accertamento disposto dal pubblico ministero⁸⁴.

La tesi difforme ritiene, invece, che l'inutilizzabilità degli accertamenti tecnici disposti dal pubblico ministero sia sancita soltanto in relazione all'ipotesi di violazione dell'art. 360, 4° comma, c.p.p., relativo, appunto, alla espressa riserva dell'indagato di richiedere l'incidente probatorio e all'assenza del presupposto della indifferibilità.

Negli altri casi, invece, la relazione del consulente è legittimamente inserita nel fascicolo per il dibattimento come atto irripetibile *ex art.* 431 c.p.p. ed è onere della parte eccepire che non si tratta di un atto di tale natura, formulando la relativa eccezione nel termine di cui all'art. 491 c.p.p., in mancanza della quale rimane fermo l'inserimento dell'atto e lo stesso è valutabile ed utilizzabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 511 e 526 c.p.p.⁸⁵.

4. La partecipazione difensiva agli atti irripetibili della polizia giudiziaria

Al di là degli accertamenti tecnici irripetibili compiuti su delega del pubblico ministero⁸⁶ – ai quali potrebbe in ipotesi applicarsi la disciplina dettata dall'art. 360 c.p.p. – la possibilità per la polizia giudiziaria di compiere attività di natura irripetibile si correla ai poteri di iniziativa

⁸⁴ Cass., 11-11-2010, n. 43726, in Banca dati *DeJure*; Cass., 29-11-2007, n. 47502, *ivi*. V., in senso conforme, altresì, Cass., 11-3-2003, n. 28979, in *Riv. pen.*, 2004, 461.

⁸⁵ Cass., 27-2-2004, n. 14912, in Banca dati *DeJure*. V., negli stessi termini, Cass., 27-2-2003, n. 14859, *ivi*; Cass., 11-10-2002, n. 41219, *ivi*.

⁸⁶ Contro la possibilità di delega di siffatta tipologia di atti v., in ambito dottrinario, Poggi-Cavaleria, *op. cit.*, 332; Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 306; Pansini, *La fase delle indagini preliminari*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di Scalfati, Padova, 2001, 152. Nonché Montagna, *op. cit.*, 66, la quale argomenta la propria tesi sulla base della delicatezza dell'intervento, della sua irripetibilità e della specificità delle valutazioni tecniche che ne conseguono; Pisanelli, *Indagini preliminari delegate*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1170. Secondo Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 131, invece, l'art. 431 c.p.p., nel prescrivere l'inserimento nel fascicolo del dibattimento dei verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria, non distingue tra atti di propria iniziativa e atti delegati, talché non è prospettabile alcuna differenziazione del loro regime processuale.

connessi alle situazioni di urgenza che si possono ingenerare in occasione del primo intervento sulla scena del reato⁸⁷.

L'art. 354, 1° comma, c.p.p.⁸⁸, come è noto, attribuisce agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, in queste evenienze, un **potere meramente conservativo**, stabilendo che essi debbano curare che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero⁸⁹.

Poteri di intervento ulteriori e maggiormente invasivi si configurano soltanto qualora vi sia il pericolo che le cose, le tracce ovvero i luoghi costituenti la scena criminosa si alterino, si disperdano o, comunque, si modifichino in concomitanza con una situazione che preclude al pubblico ministero un tempestivo intervento o l'assunzione della direzione delle indagini.

Ricorrendo siffatte situazioni di urgenza⁹⁰, infatti, gli ufficiali di polizia giudiziaria – e, nei casi caratterizzati da particolare necessità e urgenza, gli agenti di polizia giudiziaria⁹¹ – possono (*rectius*: devono) compiere i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose⁹²,

⁸⁷ Curtotti Nappi-Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., 628.

⁸⁸ In ordine ai rapporti intercorrenti tra l'art. 348 c.p.p. e l'art. 354 c.p.p., in particolare per quel che concerne le attività di natura tecnica, v. Scalfati, *op. cit.*, 23, il quale attribuisce alla prima disposizione un ruolo strumentale rispetto alla seconda. Per Riccio, *Profili funzionali e aspetti strutturali delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 107, invece, l'art. 348 c.p.p. è dotato di una propria autonomia.

⁸⁹ Rileva Lupària, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Tratt. Spangher*, III, cit., 222, come "l'opera di conservazione alla quale sono chiamati agenti e ufficiali di polizia giudiziaria si estrinseca in una serie non predefinita di operazioni atipiche il cui contenuto varia a seconda delle condizioni di spazio e di tempo nonché in considerazione del tipo di reato per cui si procede".

⁹⁰ Sull'urgenza quale comune denominatore delle operazioni indicate nell'art. 354, 2° e 3° comma, c.p.p., v. Paulesu, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, cit., 4261; Montagna, *op. cit.*, 60. In mancanza di siffatto presupposto, qualora dovesse sorgere la necessità di compiere accertamenti tecnici di natura irripetibile, la polizia non potrebbe fare altro che provocare l'intervento del pubblico ministero. Così Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, cit., 144.

⁹¹ Infatti, l'art. 113 disp. att. c.p.p. dispone che nei casi di particolare necessità e urgenza, gli atti previsti dagli artt. 352 e 354, 2° e 3° comma, c.p.p. possono essere compiuti anche dagli agenti di polizia giudiziaria.

⁹² Fanno notare Poggi-Cavaleria, *op. cit.*, 75, come per poter qualificare gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria come urgenti occorre che il pubblico ministero non sia ancora intervenuto, rientrandosi

eventualmente sequestrando il corpo del reato e le cose ad esso pertinenti⁹³.

Ricorrendo i medesimi presupposti, gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono (*rectius*: devono procedere) ai necessari **accertamenti** e **rilevi** sulle persone, fatto salvo comunque il divieto di eseguire l'ispezione personale, attività rimessa all'esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria.

Un periodo aggiunto dall'art. 10, d.l. 27-7-2005, n. 144, conv., con modif., in l. 31-7-2005, n. 155 ha curato di puntualizzare che se gli accertamenti comportano il **prelievo di materiale biologico**, devono osservarsi le disposizioni di cui all'art. 349, 2° comma *bis*, c.p.p.: in altri termini, se l'interessato non presta il consenso al compimento dell'atto, la polizia giudiziaria può procedere al prelievo coattivo purché, in punto di modalità operative, venga rispettata la dignità personale del soggetto mentre, sotto il profilo procedurale, ricorra la preventiva autorizzazione scritta, oppure orale ma confermata per iscritto, del pubblico ministero⁹⁴.

L'impiego, in relazione a siffatte attività, di una terminologia polivalente – essa richiama, infatti, atti del tutto diversi tra loro, come i rilievi e gli accertamenti – ha dato luogo ad incertezze applicative inevitabilmente sfociate in approdi giurisprudenziali non soltanto incapaci di andare oltre un approccio di tipo casistico⁹⁵ ma, anche, “alquanto incoerent[i]”⁹⁶ ed a tratti “accomodant[i]”⁹⁷.

altrimenti nel diverso caso degli accertamenti tecnici irripetibili compiuti dal pubblico ministero. Sul punto v., inoltre, Riccio, *op. cit.*, 107.

⁹³ L'art. 9, l. 18-3-2008, n. 48, la quale ha ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, ha aggiunto all'art. 354, 2° comma, c.p.p. la previsione secondo cui: “In relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità”.

⁹⁴ V., per un'analisi critica della disposizione, Lupària, *op. cit.*, 225. L'eccessiva genericità della disposizione richiamata, sia sotto il profilo delle modalità operative che in relazione alle garanzie per la persona interessata, è sottolineata da Montagna, *op. cit.*, 58.

⁹⁵ V., infatti, Cass., 19-1-1995, Pezzatini, in *Cass. pen.*, 1997, 445, relativamente alle attività di carattere descrittivo. Rispetto al c.d. esame “stub”, v. Cass., 9-5-2002, n. 23156, in *Riv. polizia*, 2003, 229; Cass., 30-11-2005, n. 45437, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 247. Ma, in senso contrario, v. Cass., 6-10-1998, n. 4821, in *Cass. pen.*, 1999, 3189, per la quale rientra fra gli accertamenti tecnici irripetibili, sottoposti, come tali, alla disciplina dettata dall'art. 360 c.p.p., quello costituito dal c.d.

L'attività disciplinata dall'art. 354 c.p.p. conserverebbe in ogni caso, secondo la dottrina maggioritaria, una funzione descrittiva e preparatoria rispetto al momento valutativo che caratterizza gli accertamenti tecnici⁹⁸, di talché è unitariamente presidiata soltanto da quella forma minima di garanzia difensiva prevista dall'art. 356 c.p.p. e costituita dalla facoltà del difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini di assistervi, senza però diritto di essere preventivamente avvisato⁹⁹.

“stub”, finalizzato alla ricerca di eventuali tracce di esplosivo sulla persona del soggetto sottoposto a indagini. In tema di attività di individuazione e rilevamento delle impronte dattiloscopico-papillari v. Cass., 27-10-1998, n. 5779, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 376; Cass., 17-3-2004, n. 23319, *ivi*, 2005, 517. Nonché, di recente, Cass., 9-2-2010, n. 16959, in Banca dati *DeJure*; Cass., 11-6-2009, n. 28848, *ivi*. Rispetto alla prova chimica finalizzata a fare emergere l'alterazione del numero di telaio di un veicolo, v. Cass., 6-4-2004, n. 18889, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 407. Sul c.d. “alcoltest” v. Cass., 7-2-2006, n. 26738, in *Riv. pen.*, 2007, 5, 561. In relazione ai rilievi fonometrici v., invece, Cass., 16-4-2004, n. 25103, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 386.

⁹⁶ Aprile, *op. cit.*, 4036. Ritene Lupària, *op. cit.*, 222, che il lessico utilizzato dal legislatore sia stato volutamente generico, al fine di “rendere permeabile questa gamma di attività di polizia giudiziaria ai progressi sia tecnico-investigativi sia ‘scientifici’”. La vaghezza del dettato normativo, suscettibile di determinare confusione sulle attività consentite alla polizia giudiziaria ed, in particolare, al personale tecnico di cui essa si avvale, costituisce motivo di perplessità per Montagna, *op. cit.*, 63.

⁹⁷ Curtotti Nappi-Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., 630.

⁹⁸ Poggi-Cavallera, *op. cit.*, nt. 4. V., inoltre, Lupària, *op. cit.*, 224, il quale, come già visto, esclude che l'attività tecnica della polizia giudiziaria possa estendersi fino a ricomprendere veri e propri accertamenti tecnici. Le attività tecniche assegnate alla polizia giudiziaria e consistenti in accertamenti e rilievi, invero, costituiscono un insieme di operazioni eseguibili, in casi d'urgenza, sui luoghi, sulle cose o sulle persone, al fine di assicurare al procedimento la disponibilità di elementi utili all'accertamento di un fatto oggetto di prova, ma non potranno andare oltre il compimento di atti di natura ispettiva “che si risolvono nell'osservazione e nella descrizione dello *status quo*, traducendosi poi in rilievi finalizzati a fornire una fedele riproduzione dello stato delle cose”. Anche secondo Montagna, *op. cit.*, 63, “gli accertamenti ed i rilievi contemplati dall'art. 354 c.p.p. devono consistere in operazioni che richiedono una specifica competenza tecnica, ma aventi finalità esclusivamente descrittive ed, eventualmente, di mera preordinazione a quanto sarà poi portato a compimento con la consulenza tecnica del pubblico ministero. Pertanto, non possono considerarsi rientranti fra gli accertamenti ed i rilievi di cui all'art. 354 c.p.p. quelle operazioni che implicano un'attività critico-valutativa in cui prevalgono i profili attinenti a studio ed elaborazione tecnico-scientifica”. Sul dibattito dottrinario concernente la configurabilità di accertamenti tecnici della polizia giudiziaria v., fra gli altri, Paulesu, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 4265.

⁹⁹ V., sul punto, Cass., 9-6-1995, n. 7998, in *Cass. pen.*, 1997, 1078, secondo la quale gli accertamenti urgenti indicati nell'art. 354 c.p.p., tra i quali rientra il primo accesso sul luogo del delitto compiuto dalla polizia giudiziaria per delega dell'autorità giudiziaria, per essere ritualmente acquisiti al fascicolo di ufficio a norma dell'art. 431 c.p.p., non devono essere preceduti, a pena di nullità, dall'avviso al difensore. Ciò si desume dalla lettera dell'art. 356 c.p.p. che, nel fare riferimento all'art. 354 c.p.p., prevede espressamente che il difensore dell'indagato ha la facoltà di assistere agli accertamenti urgenti

Correlativamente, al fine di dotare di un minimo di effettività un quadro garantistico già di per sé molto limitato, l'art. 114 disp. att. c.p.p. impone agli ufficiali di polizia giudiziaria procedenti di avvertire la persona sottoposta alle indagini, qualora sia presente, della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia¹⁰⁰.

Garanzie difensive della medesima ampiezza sono assicurate dalle disposizioni appena richiamate relativamente ai casi di esecuzione di sequestri ad iniziativa della polizia giudiziaria¹⁰¹, ipotesi che l'art. 352 c.p.p. subordina alla ricorrenza di specifici presupposti di fatto, anche essi connotativi di una situazione di urgenza.

La norma, infatti, dispone che, nella **flagranza del reato** o in caso di **evasione**, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere a perquisizione personale o locale qualora abbiano fondato motivo di ritenere che una determinata persona occulti cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse, ovvero che esse si trovino in un determinato luogo o, infine, che ivi possa trovarsi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso¹⁰².

Ricorrendo i medesimi presupposti e sussistendo particolari motivi di urgenza che non consentono l'emissione di un tempestivo decreto di per-

sui luoghi, sulle persone e sulle cose, senza però che abbia il diritto di essere previamente avvisato del loro compimento.

¹⁰⁰ Per quel che concerne le conseguenze dell'omesso avvertimento, tra le più recenti v. Cass., 11-10-2006, n. 41625, in *Riv. pen.*, 2007, 10, 1063, per la quale la violazione dell'obbligo, da parte della polizia giudiziaria, di avvertire l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia ai sensi dell'art. 114 disp. att. c.p.p. integra una nullità generale a regime intermedio e, pertanto, deve essere eccepita o prima del compimento dell'atto o immediatamente dopo ai sensi dell'art. 182 c.p.p., intendendosi con tale formula che la nullità deve essere eccepita dal difensore subito dopo la sua nomina. Negli stessi termini, poco dopo, v. Cass., 18-9-2006, n. 2584, in Banca dati *DeJure. Contra*, però, Cass., 25-10-2005, n. 9630, in *Riv. pen.*, 2007, 3, 327, ai sensi della quale la nullità del sequestro derivante dall'inosservanza dell'art. 114 disp. att. c.p.p., che impone alla polizia giudiziaria di avvertire l'indagato che ha possibilità di farsi assistere dal difensore prima di procedere al compimento dell'atto, deve essere tempestivamente dedotta con la richiesta di riesame. Per quel che concerne i requisiti formali, invece, la Suprema Corte ha puntualizzato che l'avvertimento in discorso deve essere dato senza necessità di pronuncia o attestazione di alcuna formula sacramentale, purché esso sia idoneo al raggiungimento dello scopo. V., in questo senso, Cass., 23-10-1992, n. 11908, in *Cass. pen.*, 1994, 676.

¹⁰¹ Ma v., altresì, l'ipotesi disciplinata dall'art. 353, 2° comma, c.p.p. e concernente l'apertura immediata, previa autorizzazione del pubblico ministero, di plichi acquisiti dalla polizia giudiziaria.

¹⁰² V., in relazione a siffatto istituto, Paulesu, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 4251. Sulla portata da attribuire al requisito costituito dal "fondato motivo", fra i tanti, v. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 279.

quisizione, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono, altresì, effettuare una perquisizione personale o locale allorquando occorre procedere all'esecuzione di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare o di un ordine che dispone la carcerazione nei confronti di persona imputata o condannata per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., ovvero, al fermo di una persona indiziata di delitto¹⁰³.

La perquisizione effettuata dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, siccome legata ad una situazione emergenziale, è caratterizzata dal requisito della "provvisorietà", essendo la stabilizzazione degli effetti di essa subordinata al favorevole esplicarsi di un'attività di ratifica da parte dell'autorità giudiziaria, attraverso lo strumento della convalida.

5. L'attività difensiva e gli atti indifferibili

La funzione difensiva nell'ambito delle indagini preliminari subisce uno sviluppo qualitativo del tutto peculiare nei casi di attivazione dello strumento formativo della prova costituito dall'incidente probatorio.

Affermatosi, nella configurazione del nuovo modello processuale, il principio della separazione tra la fase delle indagini preliminari – affidata al pubblico ministero ed alla polizia giudiziaria e finalizzata all'acquisizione di elementi necessari alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale – e la fase dibattimentale – sede naturale di formazione della prova – diveniva necessaria la previsione di un congegno normativo che consentisse l'acquisizione anticipata di prove suscettibili di dispersione¹⁰⁴.

La nuova strutturazione dei rapporti tra le su menzionate fasi del procedimento e la naturale inidoneità della prima a fungere, almeno ordinariamente, da segmento acquisitivo della prova ponevano sul tappeto, cioè, il problema di come attivare una procedura formativa di elementi probatori in presenza di circostanze tali da rendere l'acquisizione medesima indifferibile rispetto al dibattimento.

¹⁰³ In tutti questi casi la perquisizione domiciliare può essere eseguita anche fuori dei limiti temporali stabiliti dall'art. 251 c.p.p., quando il ritardo potrebbe pregiudicare l'esito. V., sempre, Paulesu, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 4251.

¹⁰⁴ Sottolinea l'indispensabilità di un siffatto meccanismo, tra gli altri, Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 1284. V., altresì, La Regina, *Incidente probatorio*, in *Tratt. Spangher*, III, cit., 551.

La soluzione è stata quella di costruire un istituto – l'**incidente probatorio**, appunto – in virtù del quale le prove suscettibili di dispersione in attesa dell'instaurazione del dibattimento – in questo senso, dunque, indifferibili – possono essere assunte nel corso delle indagini preliminari mediante forme che, pur implicando il necessario sacrificio dei principi fondamentali tipici del processo accusatorio, garantiscono, sia pure con modalità più sfumate¹⁰⁵, il diritto delle parti al contraddittorio nella formazione della prova¹⁰⁶.

I timori e le riserve¹⁰⁷ che hanno accompagnato l'introduzione dell'istituto stanno alla base della reiterata sottolineatura del suo carattere eccezionale¹⁰⁸ e della predisposizione di una rigida disciplina, soprattutto per quel che concerne il profilo dei presupposti di ammissibilità¹⁰⁹.

Il legislatore, infatti, non si è limitato, nell'art. 392 c.p.p., a prevedere, quale condizione indispensabile di attivabilità del rimedio, la generica connotazione di "non rinviabilità" al dibattimento della prova¹¹⁰, ma, al

¹⁰⁵ V., per questo appunto, Cesari, *Prova (Acquisizione della)*, in *Digesto pen.*, Agg. II, Torino, 2001, 720.

¹⁰⁶ Un'analoga funzione assolvono, sia pure nell'ambito di un frangente procedurale più avanzato, gli istituti disciplinati dagli artt. 467 e 554, 1° comma, c.p.p. V., per una puntuale analisi di tali disposizioni e delle problematiche di ordine interpretativo e sistematico ad esse connesse, Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, 213; Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, 163.

¹⁰⁷ Evidenziate, tra i tanti, da Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 210. Di "timori e riserve" parla anche, in relazione all'introduzione dell'incidente probatorio, Piattoli, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, Agg. I, Torino, 2000, 399.

¹⁰⁸ "Se l'incidente fosse molto frequente" – rilevava infatti Lozzi, *op. cit.*, 1285 – "il principio, per cui l'assunzione della prova viene riservata a dibattimento, risulterebbe compromesso e, surrettiziamente, attraverso una molteplicità di attività istruttorie, si reintrodurrebbe una forma di istruzione antecedente il dibattimento". V., anche, Bargis, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1350, la quale, tra l'altro, pone in evidenza la situazione di disparità in cui si trova la difesa rispetto al pubblico ministero nell'ambito della procedura incidentale. Le medesime osservazioni vengono ribadite in Bargis, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 360.

¹⁰⁹ Il timore di un uso preordinato ad ostacolare la segretezza delle indagini è stato, invece, fugato mediante la previsione, contenuta già nella direttiva, della possibilità di dilazionare l'assunzione anticipata della prova richiesta dalla difesa.

¹¹⁰ Faceva notare, in proposito, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 559, come "[n]ella direttiva n. 40 della legge delega 1987, n. 81, l'incidente – che diviene 'probatorio' per non rievocare i guasti del vecchio sistema neppure sotto il profilo nominalistico – risulta confinato entro una logica di eccezionalità, a presidio della quale viene dichiaratamente posta l'enunciazione dei mezzi di prova esperibili e della ragion d'essere dell'assunzione anticipata, ovvero la non rinviabilità dell'atto". La centralità della

fine di restringere i margini di discrezionalità del giudice per le indagini preliminari, ha puntualizzato siffatta nozione mediante la tassativa catalogazione dei mezzi di prova suscettibili di preventiva assunzione e la vincolante predeterminazione delle situazioni di fatto legittimanti l'instaurazione della procedura acquisitiva anticipata¹¹¹.

Considerata la finalità dell'istituto, è ovvio che il correlato potere di attivazione – esteso dalla Corte costituzionale anche alla fase dell'udienza preliminare¹¹² – dovesse essere attribuito anche al difensore¹¹³, potendo costui rappresentarsi il carattere indifferibile di un'attività acquisitiva concernente fonti in ipotesi ignorate dal pubblico ministero.

Mentre, tuttavia, il difensore della persona sottoposta alle indagini è legittimato a proporre l'istanza di incidente probatorio – osservando le formalità previste dall'art. 395 c.p.p. – direttamente al giudice, il difensore della persona offesa¹¹⁴ può soltanto sollecitare il pubblico ministero affinché si faccia promotore dell'iniziativa probatoria¹¹⁵, il quale è dotato di uno spazio valutativo pieno, fatto salvo l'obbligo di motivazione di un eventuale decreto di rigetto.

nozione di atto non rinviabile rispetto all'istituto incidentale è evidenziata, inoltre, da La Rocca, *La prova delegata*, I, *L'incidente probatorio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, cit., 214. V., più di recente, La Rocca, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 290.

¹¹¹ Il legislatore – nota Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, 21 – ha voluto evitare che l'assunzione anticipata della prova assumesse ampie proporzioni, perché, se così non fosse stato, il principio secondo cui l'assunzione della prova, in un impianto improntato al principio di accusatorietà, viene riservata al dibattimento sarebbe stato compromesso. “Così operando” – rileva, però, Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, cit., 214 – “il legislatore delegato ha finito per rendere angusto l'ambito oggettivo di applicabilità dell'istituto”. Sui casi di incidente probatorio v., per tutti, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 560.

¹¹² C. cost., 10-3-1994, n. 77, in *Giur. cost.*, 1994, 776.

¹¹³ Sebbene l'art. 392, 1° comma, c.p.p. attribuisca la legittimazione alla persona sottoposta alle indagini, è pacifico che la richiesta possa essere avanzata dal difensore. V., in questo senso, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 605; Caprino, *Art. 393 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2501.

¹¹⁴ Che questi rientri tra i soggetti legittimati a proporre l'istanza, nonostante il silenzio della legge, non v'è motivo di dubitare. V., in dottrina, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 610; Caprino, *Art. 394 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2509.

¹¹⁵ Sulle diverse posizioni espresse dalla dottrina rispetto a siffatta situazione di marginalità operativa, v., con l'auspicio di un suo superamento, La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 608.

Allorquando il giudice accoglie la richiesta, i difensori hanno diritto ad essere informati – mediante la notifica della relativa ordinanza – tra l'altro, dell'oggetto dell'atto probatorio¹¹⁶ e della data dell'udienza e, se l'incidente è finalizzato all'acquisizione di dichiarazioni, possono prendere visione ed estrarre copia di quelle eventualmente già rese dalla persona da esaminare¹¹⁷, ovvero dell'intero fascicolo delle indagini preliminari depositato a norma dell'art. 393, 2° comma *bis*, c.p.p.¹¹⁸.

La posizione dei difensori della persona offesa e dell'indagato è diversificata, altresì, rispetto all'evolversi del segmento propriamente acquisitivo, essendo innanzitutto previsto un obbligo di partecipazione all'udienza camerale del secondo¹¹⁹ a fronte di una semplice facoltà in relazione al primo.

Inoltre, soltanto il difensore della persona sottoposta alle indagini può utilizzare le modalità formative – cui fa rinvio l'art. 401, 5° comma, c.p.p. – della prova proprie della fase dibattimentale, potendo l'altro rivolgere domande alle persone da esaminare esclusivamente a mezzo del giudice¹²⁰.

6. Le investigazioni difensive

Con l'entrata in vigore della l. 7-12-2000, n. 397, recante disposizioni in materia di indagini difensive, il sistema ha mosso, sebbene con notevole ritardo¹²¹, un passo importante in direzione della piena attuazione del

¹¹⁶ Che le parti concorrono a definire – unitamente alla individuazione delle persone interessate – mediante le correlate specificazioni contenute nella richiesta ovvero tramite l'esercizio del potere di presentare deduzioni alla richiesta, ai sensi dell'art. 396 c.p.p.

¹¹⁷ Facoltà prevista dall'art. 398, 3° comma c.p.p., inserito dall'art. 4, l. 7-8-1997, n. 267.

¹¹⁸ Ai sensi dell'art. 398, 3° comma *bis*, inserito dall'art. 14, l. 15-2-1996, n. 66.

¹¹⁹ L'art. 401, 2° comma, c.p.p. prescrive di nominare un sostituto al difensore che sia assente.

¹²⁰ È pacifico, inoltre, che la persona offesa possa designare un consulente tecnico per l'ipotesi in cui venga disposto l'espletamento di una perizia. V., infatti, C. cost., 28-12-1990, n. 559, in *Giur. cost.*, 1990, 3188. In dottrina v., nello stesso senso, Frigo, *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 2183.

¹²¹ Saponaro, *La ricerca dalla prova nelle indagini difensive*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, cit., 175.

principio di partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento¹²².

Come è stato acutamente rilevato dalla dottrina, il ruolo assunto dal difensore nel processo penale inaugurato dal codice vigente imponeva sin da subito di intendere l'attività di ricerca e verifica di prove a discarico non già come una semplice facoltà, ma come un obbligo scaturente dal mandato difensivo¹²³.

Già durante la vigenza del codice abrogato, tuttavia, venne da più parti ribadita la necessità di prevedere e disciplinare in modo esaustivo e completo il settore dell'attività investigativa della difesa.

Si osservava, infatti, 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"¹²⁴, sia "come conseguenza e compensazione della quasi tota-

¹²² Barbara, *Investigazioni difensive*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 307.

¹²³ "Il processo che rimette la ricerca delle prove non più al giudice istruttore ma alle parti e nel quale, quindi, "ci si difende provando e si accusa provando" – evidenzia Pulvirenti, *Le indagini difensive: dal nuovo codice di rito alla legge di riforma n. 332/1995*, in *Cass. pen.*, 1996, 986 – "trasforma profondamente la figura del difensore. Il suo compito non si riduce più al controllo logico-giuridico della legalità e del merito degli atti gestiti da altri, dovendo egli ora partecipare attivamente alla stessa ricostruzione dei fatti". Pone l'accento sull'essenzialità del ruolo dinamico della difesa nel processo accusatorio, fra i tanti, Panagia, *Il diritto alla prova della difesa tra norme penali e codice di rito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 1249. È stato efficacemente rilevato da Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 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 assestare 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, osserva Pecorella, *La deontologia del "nuovo" avvocato. L'inchiesta "parallela"*, in *Cass. pen.*, 1989, 1359, come con il nuovo codice processuale "[s]ono finiti i tempi in cui l'avvocato lavorava nel chiuso della sua 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 p.m.". Il rapporto di "implicazione necessaria" tra il potere investigativo del difensore e il modello processuale accusatorio è messo in risalto, inoltre, da Presutti, *Indagini difensive e "parità delle armi"*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, II, Milano, 2000, 609.

¹²⁴ Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 302.

le esclusione del difensore dalla istruttoria condotta dal pubblico ministero o dal giudice istruttore”¹²⁵.

Soggiungendosi, con estrema efficacia, che “[p]er 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 pubblico ministero 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”¹²⁶.

L’immissione nel sistema legislativo italiano di una disciplina organica della materia delle investigazioni difensive, contribuendo a dare vita al presupposto indispensabile per la valorizzazione dell’aspetto dinamico del diritto di difesa, ha rappresentato 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 statico.

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

Nonostante limiti ed imperfezioni¹²⁷, carattere tipico dei testi normativi dell’epoca contemporanea, si può dire che è stato raggiunto il guado

¹²⁵ Foschini, *ibidem*.

¹²⁶ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di Conso-Pisapia, II, Torino, 1968, 562.

¹²⁷ Secondo Grevi, *Ancora e sempre alla ricerca del “giusto processo”*, in *Legislazione pen.*, 2001, 475, la legge sulle investigazioni difensive “è forse una delle leggi peggiori tra quelle approvate negli

dell'epoca caratterizzata dal monopolio investigativo del pubblico ministero¹²⁸

Con la riforma sulle investigazioni difensive è stata abrogata la norma alla quale il legislatore aveva affidato il compito di disciplinare la materia dell'attività investigativa del difensore.

L'art. 23, l. 7-12-2000, n. 397, infatti, ha espressamente abrogato l'art. 38 disp. att. c.p.p., effettuando una scelta quanto mai opportuna e che, nella sua indispensabilità, è suonata come una ovvietà, anche se a ben ragione non si è mancati di attribuire alla stessa un significato simbolico, come se il legislatore avesse voluto “segnare con nettezza lo stacco con il passato”¹²⁹.

Una norma, quella abrogata, rispetto ai destini della quale erano stati facili profeti quanti avevano sottolineato come “[t]ra le norme di attuazione, poche altre presentarono, come questa, difficoltà di formazione tecnica così aspre e delicate; poche altre, forse nessuna più di questa, si porranno all'attenzione ermeneutica in una luce prismatica tanto varia e cangiante, tanto ricca di chiaroscuri, al tempo stesso affascinanti e pericolosi”¹³⁰.

“[R]acchiusa nella mortificante, per contenuti e collocazione sistematica, previsione dell'art. 38 disp. att. c.p.p., la disciplina dell'indagine difensiva” – è stato posto in rilievo, non senza un velato rammarico – “si risolve nella mera esplicitazione di un principio di per sé ovvio e a ben vedere superfluo in quanto connaturato all'impianto accusatorio della versione codicistica originaria”¹³¹.

Con la riforma si è passati ad una regolamentazione organica della materia e le disposizioni più significative sotto il profilo strettamente operativo sono contenute nel libro V del codice, in particolare nei nuovi

ultimi anni, a causa della disinvoltura con cui ha affrontato un tema difficile, e delicatissimo per gli equilibri del processo, in maniera frettolosa ed approssimativa, scaricando sull'interprete l'onere di colmare vistose lacune del tessuto normativo e aprendo, così, larghi varchi al rischio del diffondersi di un costume forense non rigorosamente vincolato ai canoni della lealtà e della correttezza processuale”.

¹²⁸ Gaeta, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 123.

¹²⁹ Spangher, *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocato può vincere*, in *Corriere giur.*, 2001, 285.

¹³⁰ Cristiani, *Art. 38 disp. att. c.p.p.*, in *Comm. Chiavario*, Torino, 1992, 152.

¹³¹ Presutti, *op. cit.*, 609.

artt. 391 *bis* ss. c.p.p., disposizioni in cui è collocata la disciplina di importanti aspetti concernenti il 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 utilizzativo¹³².

Alla disciplina delle modalità attuative dell'attività d'investigazione difensiva si antepone però 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.

L'art. 327 *bis*, 1° comma, c.p.p., come è noto, stabilisce che, fin dal momento dell'incarico professionale – risultante, precisa la norma, da atto scritto – il difensore ha la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito.

La norma fissa, dunque, un principio di carattere generale dal quale è possibile fare emergere un vero e proprio diritto della parte privata di svolgere investigazioni a tutela della propria posizione processuale.

Per conseguire siffatti risultati l'ordinamento permette al difensore ed ai suoi ausiliari¹³³ di svolgere – in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione¹³⁴ – un'attività d'indagine connotata da caratteri essenziali che, per molti aspetti, la distinguono significativamente dall'investigazione del pubblico ministero.

A differenza di quest'ultima, la quale, essendo finalizzata al conseguimento di risultati di carattere pubblicistico, non può che essere “necessaria”, l'indagine privata, come è stato correttamente rilevato dalla dottrina, presenta innanzitutto il carattere della “**facoltatività**”¹³⁵, nel

¹³² V., per una analisi schematica dei poteri d'indagine difensiva, Stefani (a cura di), *Codice pratico delle indagini difensive*, Milano, 2001.

¹³³ L'art. 327 *bis*, 3° comma, c.p.p. li individua nelle figure del sostituto, consulente tecnico ed investigatore privato autorizzato.

¹³⁴ Nonché, ai sensi dell'art. 391 *nonies* c.p.p., prima dell'instaurazione di un procedimento penale e per l'eventualità che ciò dovesse accadere.

¹³⁵ V., nell'ambito di un orientamento consolidato, Bricchetti, *L'attività investigativa del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 111. Secondo Randazzo, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in *Dir. e giustizia*, 2003, 44, 10, proprio in questa caratteristica dovrebbe individuarsi l'elemento escludente l'assunzione della quali-

senso che il difensore può compiere attività d'indagine in quanto lo ritenga necessario ed opportuno ai fini della tutela della posizione della persona assistita.

Inoltre, l'attività investigativa del difensore è connotata – di regola, ma non necessariamente – dal requisito della “**monodirezionalità**”, nel senso che questi deve ricercare ed individuare elementi di prova “esclusivamente” a favore del proprio assistito¹³⁶.

L'investigazione difensiva può presentare carattere di “**frammentarietà**”, il difensore essendo, infatti, libero nella scelta degli atti investigativi da compiere e delle risultanze di essi da portare a conoscenza della controparte e, quindi, da sottoporre alla valutazione giudiziale¹³⁷.

Le uniche eccezioni a siffatto principio sono costituite dagli atti irripetibili compiuti con la partecipazione del pubblico ministero o della polizia giudiziaria all'uopo delegata e dagli accertamenti tecnici irripetibili compiuti a norma dell'art. 360 c.p.p., in quanto l'art. 391 *decies* c.p.p. prescrive che la relativa documentazione sia depositata nel fascicolo del pubblico ministero ed in quello del difensore.

L'attività investigativa del difensore non soggiace, poi, a limitazioni di carattere temporale¹³⁸, stabilendo infatti, sia pure con formula poco persuasiva, l'art. 327 *bis*, 2° comma, c.p.p. che la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito può essere attribuita in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

“Un range temporale estremamente ampio” – è stato notato – “che va integrato con la possibilità – derivante dall'art. 391 *nonies* c.p.p. – di svolgere attività investigativa anche

tà di pubblico ufficiale da parte del difensore investigante, posto che il difensore, “ove fosse mai divenuto un pubblico ufficiale, avrebbe l'obbligo giuridico di investigare”.

¹³⁶ Randazzo, *op. ult. cit.*, 12, parla di “incontestabile unilateralità”. Per ulteriori osservazioni circa la caratteristica in questione, v. Frigo, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, cit., 69.

¹³⁷ V., in questo senso, Randazzo, *op. loc. ult. cit.*, il quale, 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”.

¹³⁸ Nello stesso senso v., fra i tanti, Piziali, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 217.

al di fuori e prima dell'instaurazione di un procedimento penale, nei limiti precisati dalla disposizione richiamata¹³⁹.

La giurisprudenza ha, poi, enucleato un principio che potremmo definire di “**territorialità**” delle investigazioni difensive, stabilendo che, in base ai principi generali del codice, l'unico strumento utilizzabile per la raccolta di elementi di prova situati all'estero è la rogatoria internazionale¹⁴⁰.

L'ovvia conseguenza è costituita dal fatto che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini *ex art. 391 bis c.p.p.* in territorio estero, di talché, volendolo fare, deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale¹⁴¹.

L'art. 327 *bis c.p.p.* prevede che l'attività investigativa possa essere esercitata dal difensore – fin dal momento dell'incarico professionale risultante, precisa la norma, da atto scritto – ovvero su suo incarico, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

La catalogazione contenuta nella disposizione induce ad escludere, da un lato, che le investigazioni difensive possano essere svolte direttamente dalla persona alla quale l'attività difensiva si riferisce, dall'altro, la configurabilità di un autonomo potere investigativo del sostituto, dell'investigatore privato ovvero del consulente tecnico, sulla base di un incarico direttamente conferito dall'assistito¹⁴².

È stato fin da subito rilevata la laconicità dell'art. 327 *bis c.p.p.* in punto di individuazione dei soggetti legittimati a conferire un mandato

¹³⁹ Lorusso, *Investigazioni difensive*, in *Tratt. Spangher*, III, cit., 497.

¹⁴⁰ Sull'istituto della rogatoria v., tra i tanti, Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, 41.

¹⁴¹ Cass., 29-5-2007, n. 23967, Kaneva, in *Cass. pen.*, 2008, 3379. V., in dottrina, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 253, il quale mette in evidenza la disparità di trattamento che, relativamente alla fase delle indagini preliminari, si determina tra il pubblico ministero ed il difensore. Ritiene condivisibile la soluzione adottata dalla Suprema Corte, Boldieri, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, 2035. V., altresì, Selvaggi, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, 2049. Secondo Marchetti, *op. cit.*, 126, il difensore potrebbe compiere direttamente determinati atti investigativi all'estero, magari affiancato da un legale del luogo.

¹⁴² Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 90, nt. 2.

difensivo efficace anche rispetto al profilo concernente la **legittimazione** al compimento di atti d'indagine difensiva.

La norma, infatti, utilizza una nozione – quella, cioè, di “assistito” – la cui portata deve essere delineata in maniera chiara poiché da essa dipende l'attribuzione o meno di poteri d'indagine al difensore di soggetti processuali diversi dall'imputato.

La dottrina che si è occupata di siffatto profilo problematico ritiene che il “difensore” al quale si riferisce l'art. 327 *bis* c.p.p. non è soltanto quello della persona sottoposta alle indagini, ovvero dell'imputato o condannato, ma anche quello delle altre parti del processo penale¹⁴³.

L'ampia modellabilità dell'espressione “assistito” contenuta nella norma, nella lettura della quale si impone, d'altro canto, un puntuale riferimento ai principi costituzionali del giusto processo, permette, inoltre, di configurare senza particolari sforzi esegetici una legittimazione al compimento di atti investigativi in capo alla persona offesa dal reato¹⁴⁴.

Passando all'esame delle attività investigative espletabili dal difensore, viene innanzitutto in rilievo l'investigazione finalizzata all'acquisizione di dichiarazioni e, a tal proposito, l'art. 391 *bis* c.p.p. 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 informazioni.

Un significativo elemento di differenziazione tra le diverse forme di contatto conoscitivo funzionale all'acquisizione di elementi dichiarativi è riscontrabile, innanzitutto, sotto il profilo della legittimazione soggettiva, dal momento che, 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, il ricorso

¹⁴³ V., in questi termini, Spangher, *Introduzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 206; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 93; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 97; Di Maio, *Le indagini difensive*, Padova, 2001, 175; Ventura, *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 25; Barbara, *op. cit.*, 307; Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 485.

¹⁴⁴ V., per questa conclusione, Spangher, *Introduzione*, cit., 206; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 93; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 94. V., inoltre, Ruggiero, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 929; Di Maio, *op. cit.*, 175; Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 485; Tranchina, *L'investigazione difensiva*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, 161; Bernardi, *Le attività di indagine*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 208; De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3220; Barbara, *op. cit.*, 307.

agli strumenti acquisitivi formalizzati è riservato in via esclusiva al difensore ed al sostituto¹⁴⁵.

Il codice processuale non disciplina le formalità preliminari all'instaurazione del contatto investigativo a contenuto dichiarativo¹⁴⁶, di talché è da ritenere che la convocazione della persona informata sui fatti possa avvenire anche oralmente, fermo restando che esigenze di certezza, unite alla necessità di assicurare un'adeguata documentabilità dell'atto – posto che la mancata presentazione della persona della quale è documentata la regolare convocazione da parte del difensore, non accompagnata dall'allegazione di un legittimo impedimento, può essere interpretata come implicito esercizio della facoltà di non aderire alla richiesta difensiva, presupposto essenziale per l'attivazione degli strumenti surrogatori disciplinati dall'art. 391 *bis*, 10° e 11° comma, c.p.p. – rendono preferibile il ricorso a strumenti formalizzati, quali la notificazione dell'avviso mediante l'ufficiale giudiziario, ovvero la spedizione tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento¹⁴⁷.

In ogni caso, l'art. 391 *bis*, 8° comma, c.p.p. precisa che all'assunzione di informazioni non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private.

Si tratta di una norma ispirata ad evidenti ragioni di opportunità e di sicurezza¹⁴⁸, oltre che finalizzata a salvaguardare la genuinità della deposizione rispetto a fattori perturbativi che potrebbero scaturire dalla presenza di figure in vario modo interessate all'esito di essa¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Da ciò deriva, in relazione all'avviso di cui all'art. 391 *bis*, 3° comma, lett. b), c.p.p., che per i consulenti tecnici e gli investigatori privati il contenuto dell'avvertimento è predeterminato dalla legge. V., per questa osservazione, Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 189.

¹⁴⁶ Ma v., rispetto all'esame della persona offesa dal reato e del minore, le peculiari formalità prescritte dagli artt. 55 e 56 del Codice deontologico forense approvato dal C.N.F. il 4 febbraio 2014.

¹⁴⁷ Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 62, invece, il ricorso all'invito formalizzato è imposto dall'applicazione analogica dell'art. 142 disp. att. c.p.p.

¹⁴⁸ Di Maio, *op. cit.*, 220.

¹⁴⁹ Di Chiara, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle "nuove" indagini difensive*, in *Legislazione pen.*, 2002, 1-2, 14. La previsione, rileva Triggiani, *Le indagini difensive*, cit., 305, persegue lo scopo di "evitare indirette, anche non volute, suggestioni e pressioni psicologiche dovute alla presenza della persona interessata all'atto". V., inoltre, Siracusano, *Indagini difensive*, in *Enc. dir., Annali II, 1, Milano, 2008, 506*, secondo cui il divieto opera in una duplice prospettiva: da un lato, guarda alla correttezza degli esiti dell'atto investigativo, evitando interferenze sia nella capacità di autodeterminazione del teste, sia nel normale flusso della traccia mnestica;

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Formattato: Giustificato

Formattato: Tipo di carattere: 8,5 pt

Il divieto è espressamente riferito all'assunzione di informazioni e parte della dottrina ritiene che la formula normativa compendi un'opzione condivisibile, "in considerazione della diversità delle situazioni considerate, atteso che, quanto al colloquio preliminare, la presenza delle citate persone è dal ritenere del tutto indifferente, non essendo l'atto suscettibile di alcuna documentazione, mentre con riguardo al rilascio della dichiarazione scritta e/o sottoscritta dallo stesso dichiarante non appare seriamente ipotizzabile che una qualche forma di influenza possa esercitarsi dalla persona interessata"¹⁵⁰.

Secondo un'altra e senz'altro preferibile posizione dottrina, invece, non sembra potersi dubitare del fatto che la norma, alla luce della funzione di garanzia che assolve, abbia una portata generale e, pur riconoscendosi l'esistenza di serie difficoltà di gestione rispetto alla seconda tipologia¹⁵¹, sia applicabile anche al colloquio informale ed alla dichiarazione scritta¹⁵².

Il **colloquio informale** è costruito dall'art. 391 *bis*, 1° comma, c.p.p. come un atto finalizzato all'acquisizione di notizie e sostanziandosi nel "conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa".

dall'altro, punta agli sviluppi successivi dell'*iter* tendendo a presidiare la genuinità del sapere da possibili fattori inquinanti.

¹⁵⁰ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 213. V., nello stesso senso, Spangher, *Introduzione*, cit., 206; Furgiuele, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte e di informazioni nell'ambito dell'attività investigativa del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 138.

¹⁵¹ Ad esse accenna, da ultimo, Biscardi, *Art. 391 bis c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, cit., 2081.

¹⁵² V., in questo senso, Saponaro, *op. cit.*, 193; Comi, *Art. 391 bis c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2457; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 306 – ma v., inoltre, Triggiani, *La l. 7 dicembre 2000, n. 397 ("Disposizioni in materia di indagini difensive")*: *prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, 2282 – il quale evidenzia, in ogni caso, come nessuna conseguenza di ordine processuale sembra comportare l'inosservanza del divieto, posto che la sanzione prevista dall'art. 391 *bis*, 6° comma, c.p.p. opera esclusivamente in relazione alla violazione delle disposizioni contenute nei commi ad esso antecedenti. Sull'assenza di uno specifico trattamento sanzionatorio connesso alla violazione del divieto si sofferma, inoltre, Barbara, *op. cit.*, 312. Nello stesso senso v., poi, Di Maio, *op. cit.*, 220; Siracusano, *Investigazioni difensive*, cit., 506, il quale ritiene incomprensibile la scelta di non estendere il divieto al colloquio informale, ritenuto "il segmento più delicato e rischioso dell'intera investigazione difensiva, e per il quale più impellente si avverte l'esigenza di proteggere la genuinità della traccia mnestica". Il medesimo appunto è mosso da Di Chiara, *op. cit.*, 14. Oltre che, da ultimo, da Biscardi, *Art. 391 bis*, cit., 2081.

La dottrina ha evidenziato come il colloquio sia stato concepito come un'attività del tutto informale – al punto che non è prescritto alcun obbligo di documentazione delle notizie riferite dalla persona intervistata¹⁵³ – e deritualizzata – secondo alcuni, infatti, il contatto potrebbe avvenire anche a prescindere da un incontro fisico, quindi anche a mezzo del telefono o mediante il ricorso ad altre vie telematiche di comunicazione¹⁵⁴ – che non si pone in un rapporto di alternatività rispetto alla dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni, ma si atteggia a presupposto di esse, dovendo servire, in altre parole, per valutare esistenza, portata e rilevanza del patrimonio cognitivo attribuito alla persona interpellata¹⁵⁵.

Si tratta, dunque, di uno strumento dotato di rilievo interno, funzionale all'organizzazione dell'eventuale, futura attività investigativa a valenza procedimentale¹⁵⁶, di talché, qualora il contatto informale dovesse pro-

¹⁵³ Ciò non esclude, fa notare Kalb, *La documentazione delle indagini difensive*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, cit., 245, la possibilità da parte del soggetto procedente, successivamente al colloquio, di riportare in appunti personali l'oggetto dell'informazione ed i dati essenziali, in modo da ricordarne l'autore e la rilevanza. V., inoltre, Zacchè, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 2002, 2550, il quale fa riferimento a forme "minori" di documentazione, come le annotazioni e gli appunti, da utilizzare come pro-memoria.

¹⁵⁴ Furguele, *op. cit.*, 157, il quale mette in guardia dal rischio che la possibilità di documentazione connessa all'utilizzo di siffatti strumenti possa trasformare il colloquio in una assunzione di informazioni.

¹⁵⁵ Bricchetti, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 41; Di Chiara, *op. cit.*, 12; Saponaro, *op. cit.*, 177; Kalb, *op. cit.*, 239, il quale lo definisce come uno strumento cognitivo "destinato a sondare il grado di conoscenza della persona sul fatto che interessa accertare, nonché ad appurare la rilevanza delle informazioni ai fini della ideazione, prima, e della dimostrazione, poi, della tesi difensiva". 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. Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001, 59. Negli stessi termini, v. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 258, il quale evidenzia che tra il colloquio e le modalità acquisitive formali non esiste un rapporto di alternatività, attecchendosi il colloquio a presupposto di queste. Ma v., anche, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 63, il quale attribuisce al colloquio una funzione "esplorativa". Nonché Furguele, *op. cit.*, 154, secondo cui il colloquio soddisfa "esigenze meramente conoscitive in vista delle strategie da adottare". Di funzione perlustrativa del sapere della fonte parla, poi, Siracusano, *Investigazioni difensive*, cit., 505. Attribuisce all'atto "una funzione essenzialmente esplorativa e propedeutica a un'eventuale assunzione formalizzata delle conoscenze processualmente rilevanti per la difesa", infine, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 503.

¹⁵⁶ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 190 concorda nell'attribuzione all'istituto di una funzione propedeutica tesa a consentire sia l'identificazione dei soggetti in grado di fornire contributi informativi, sia una prima valutazione di rilevanza dei relativi apporti. V., in tal senso, anche Comi, *Art. 391 bis*, cit., 2453.

durre, in conformità con quanto astrattamente ipotizzato in sede di predisposizione del programma investigativo difensivo, risultanze favorevoli alla posizione dell'assistito, il difensore ed il sostituto si attiveranno al fine di instaurare un successivo momento acquisitivo che, potendo assumere la forma dell'assunzione di informazioni ovvero della ricezione di una dichiarazione, sarà produttivo di elementi i quali, ritualmente documentati, saranno suscettibili di impiego nel prosieguo dell'iter procedimentale¹⁵⁷.

I due atti, equivalenti sotto il profilo della funzione, si distinguono sul piano dell'assetto strutturale poiché, mentre il primo è gestito dal soggetto precedente e si sviluppa secondo una dinamica che fa seguire alla domanda di questi una risposta da parte della persona intervistata, il secondo presenta una connotazione strettamente unilaterale dal momento che, posto un determinato tema, il contenuto informativo dell'atto è interamente prodotto dal dichiarante, in assenza di qualsiasi interferenza esterna¹⁵⁸, ed assume veste procedimentale soltanto grazie all'intervento documentativo successivo del difensore.

La **dichiarazione scritta** costituisce, infatti, una "dichiarazione di scienza proveniente dalla persona informata sui fatti, nella quale essa riferisce, in forma univoca ed unilaterale, le circostanze di cui è a conoscenza utili all'attività di indagine difensiva"¹⁵⁹.

Logicamente preceduta da un colloquio informale¹⁶⁰ – in questo caso finalizzato, altresì, ad esporre in via preventiva contenuto e limiti della

¹⁵⁷ Sotto questo aspetto, merita di essere evidenziato che Kalb, *op. cit.*, 242 ha segnalato l'opportunità di confermare la sussistenza di un nesso funzionale tra il colloquio informale e le forme di contatto ulteriori anche in occasione della manifestazione, all'esterno, delle intenzioni circa le modalità con le quali procedere nel corso delle indagini difensive in ordine alla ricerca del materiale conoscitivo.

¹⁵⁸ Anche se, evidenzia Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 64, la richiesta finalizzata ad ottenere il rilascio della dichiarazione – in relazione alla quale non sono richiesti forme particolari – può assumere un contenuto "specifico", nel senso che in essa vengono indicate le domande alle quali la persona è chiamata a rispondere, ovvero "generico", allorché si chiede alla persona di esporre ciò di cui è a conoscenza rispetto ad un fatto determinato.

¹⁵⁹ Di Maio, *op. cit.*, 217. Il carattere di "atto precostruito" della dichiarazione scritta, la quale entra nel patrimonio conoscitivo del destinatario solo mediante la relativa consegna, è evidenziato, altresì, da Kalb, *op. cit.*, 249. V., inoltre, Saponaro, *op. cit.*, 178.

¹⁶⁰ Secondo Kalb, *op. cit.*, 250, qualora esso sia condotto dall'investigatore privato, occorre che costui informi il difensore affinché possa chiedere alla persona a conoscenza dei fatti di rilasciare una di-

successiva attività acquisitiva – “[o]pportuno sarebbe (...) che la dichiarazione fosse preparata autonomamente dalla persona informata; in modo separato e del tutto indipendente dalla presenza del difensore o dei suoi ausiliari, anche solo per precludere il “sospetto” che, in qualche modo, si tratti di una dichiarazione condizionata o peggio “pilotata” in funzione delle ragioni e degli interessi della difesa”¹⁶¹.

Secondo parte della dottrina¹⁶², invece, la dichiarazione potrebbe essere scritta anche da un terzo sotto dettatura del dichiarante – dichiarazione c.d. “eterografa” – possibilità che altri circoscrivono, però, alla sola ipotesi in cui la persona informata abbia difficoltà ad esporre in forma scritta ciò che sa per evidenti limiti culturali o tecnici¹⁶³.

La stesura personale della dichiarazione è, comunque, da preferire in quanto garantisce la massima genuinità dell’esposizione, mentre è certamente da sconsigliare un’elaborazione diretta da parte del difensore stesso, circostanza idonea ad ingenerare il sospetto della riconduzione a questi del contenuto informativo dell’atto¹⁶⁴.

L’**assunzione di informazioni**, al contrario, vede nel difensore e nel sostituto gli indiscussi protagonisti dell’atto acquisitivo, trattandosi dei soggetti investigativi che, attraverso la formulazione delle domande, pongono sul tappeto i temi che costituiscono l’oggetto delle successive e

chiarazione scritta. Se, invece, è lo stesso difensore, oppure il sostituto, a porre in essere il rapporto preliminare, la richiesta farà seguito alla conclusione del colloquio.

¹⁶¹ Di Maio, *op. cit.*, 218, il quale ha cura di mettere in luce come “[r]esta tuttavia insidiosa la possibilità che il difensore, anche solo per ragioni di celerità e praticità, ovvero per gli evidenti limiti culturali e tecnici della persona informata, possa ritenere utile ‘assisterla’ nella stesura di tale dichiarazione. Sotto un profilo formale, nessuna preclusione in tal senso è data desumere dalla disposizione in esame, ma i rischi connessi ad una simile operazione sono molteplici e particolarmente delicati e non soltanto afferenti la genuinità e la attendibilità del teste, ma anche la libertà morale, prima ancora che professionale, del difensore. Questi, infatti, se non saprà dosare con equilibrio sagace la determinazione professionale e la causa del proprio assistito, rischia di rimanere ‘impigliato’ se non addirittura schiacciato dalle pulsioni e dagli interessi che inevitabilmente muovono e caratterizzano la parte assistita”. La medesima raccomandazione è rivolta da Kalb, *op. cit.*, 252. V., poi, Furgiuele, *op. cit.*, 160.

¹⁶² Kalb, *op. cit.*, 251. V., negli stessi termini, Rombi, *Le investigazioni difensive: la dichiarazione scritta*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 1415.

¹⁶³ Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 136.

¹⁶⁴ Ventura, *ibidem*.

correlate affermazioni probatorie, ossia degli elementi formativi del contenuto utilizzabile dell'atto¹⁶⁵.

L'art. 391 *bis*, 1° comma, c.p.p. individua le persone contattabili nell'ambito dell'attività investigativa difensiva finalizzata all'acquisizione di dichiarazioni utilizzando la formula generica ed onnicomprensiva "persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa".

La formula è oltremodo ampia e consente di comprendervi qualsivoglia soggetto che appaia essere portatore di elementi conoscitivi che, ove acquisiti, apportano un contributo positivo all'attività difensiva.

Sulla base di essa, dunque, deve ritenersi consentita un'attività acquisitiva che si espliciti nei confronti della persona offesa dal reato¹⁶⁶ ovvero di un soggetto minorenni.

L'esigenza di salvaguardare l'integrità psico-fisica del minore coinvolto in peculiari e delicatissimi procedimenti penali, legata alla necessità di assicurare la genuinità delle dichiarazioni, ha imposto una rivisitazione del **fortemente** deficitario quadro normativo, **uscito** modificato dalla l. 1-10-2012 n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale fatta a Lanzarote il 25-10-2007.

La legge, infatti, si è preoccupata di salvaguardare, da un lato, la correttezza metodologica – sotto i profili dell'approccio, della comunicazione e della comprensibilità di essa

¹⁶⁵ La forma "dialogica" del colloquio c.d. "documentato" è rimarcata da Saponaro, *op. cit.*, 179.

¹⁶⁶ In questo senso v., tra gli altri, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 66, il quale mette in rilievo la circostanza che la legge non preveda che all'audizione della persona offesa, ovvero della parte civile, debba presenziare il difensore. Le stesse considerazioni sono svolte da Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 273, che rileva, però, come sia presumibile che la persona offesa rifiuti il contatto investigativo con il difensore dell'indagato, fermo restando che difficilmente potrebbe apportare elementi a quest'ultimo favorevoli. V., inoltre, Barbara, *op. cit.*, 312, secondo il quale, nel silenzio della legge, è buona regola comportamentale avvisare il difensore della persona offesa ovvero della persona danneggiata dal reato. Analoga raccomandazione viene rivolta da Bernardi, *op. cit.*, 212. **Inoltre, il dovere di dare avviso al difensore è prescritto dall'art. 55 del Codice deontologico forense approvato dal C.N.F. il 4 febbraio 2014.** In giurisprudenza v., sul tema, Cass., 21-4-2010, n. 33898, in *Cass. pen.*, 2011, 2309, secondo la quale non sono affetti da nullità o inutilizzabilità i verbali di dichiarazioni rese dalla persona offesa al proprio difensore. Negli stessi termini v., in precedenza, Cass., 26-6-2008, n. 36700, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, 219, per la quale è da escludere che siano colpite da inutilizzabilità le dichiarazioni che il difensore della persona offesa abbia assunto, ai sensi dell'art. 391 *bis* c.p.p., da detta persona, a nulla rilevando in contrario l'eventuale contrarietà di tale comportamento a regole deontologiche la cui inosservanza può dar luogo soltanto a responsabilità disciplinari.

– dell’interrelazione che si genera tra il soggetto investigante e la persona intervistata, dall’altro, l’integrità psico-fisica di quest’ultima rispetto ai possibili turbamenti connessi all’inserimento nel circuito processuale.

Agisce su entrambi i versanti, in particolare, l’art. 5 dell’atto normativo¹⁶⁷, il quale ha modificato gli artt. 351, 362 e 391 *bis* c.p.p. inserendo in ciascuno di essi uno specifico comma nel quale si stabilisce che l’autorità procedente – polizia giudiziaria, pubblico ministero ovvero difensore – in relazione ai delitti di cui agli artt. 572, 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quater*.1, 600 *quinquies*, 601, 602, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 609 *undecies* e 612 *bis* c.p.¹⁶⁸, deve avvalersi dell’ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, il quale, a quanto sembra, deve limitarsi a mediare la relazione investigativa, senza potersi intrattenere in valutazioni concernenti l’affidabilità del dichiarante e la genuinità delle dichiarazioni, né sostituire l’autorità procedente nell’esecuzione effettiva dell’audizione¹⁶⁹.

¹⁶⁷ V., in seno critico rispetto ad una modifica che viene definita “inopportuna nel merito e confusa nel contenuto”, Santoriello, *La presenza dell’esperto nell’esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, II, 1.

¹⁶⁸ Il richiamo della fattispecie delittuose di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p. è stato aggiunto, al testo originario dell’art. 351 c.p.p., dalla l. 15-10-2013, n. 188, di conversione del d.l. 14-8-2013, n. 93, recante norme in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province. In dottrina non si era mancato di segnalare il carattere del tutto insoddisfacente dell’originaria elencazione, proprio in relazione alle ipotesi successivamente richiamate. V., tra gli altri, Tribisonna, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l’imputato e maggiore tutela del minore*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 274. Censura la scelta legislativa di circoscrivere la previsione della peculiare garanzia ai procedimenti indicati dalla norma, essendo preferibile, invece, un ambito di operatività esteso a qualsiasi procedimento indipendentemente dal titolo del reato contestato, Santoriello, *op. cit.*, 6. Sulle modifiche apportate, in generale, al codice processuale dalla legge sul c.d. femminicidio, v., tra i tanti, Garofano-Conz-Levita (a cura di), *Femminicidio*, Roma, 2013, 173.

¹⁶⁹ Secondo Tribisonna, *Le modifiche al codice di procedura penale*, cit., 276, dovrebbe ritenersi consentito all’esperto di rivolgere direttamente domande alla persona sentita, ferma restando l’ineliminabile presenza dell’autorità investigante. In giurisprudenza, però, v., rispetto all’esame testimoniale, Cass., 11-12-2001, **Firemi**, in *Guida dir.*, 2002, 23, 57, la quale consente che l’esame sia completamente e direttamente condotto dall’esperto, divenendo un dialogo esclusivo tra questi ed il minore. Ha destato perplessità, in dottrina, la mancata previsione di forme peculiari di documentazione dell’atto d’indagine a contenuto dichiarativo che abbia come protagonista persone minorenni. V., infatti, Cesari, *Il “minore informato sui fatti” nella legge 172/2012*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 174; Santoriello, *op. cit.*, 19; Tribisonna, *Non è obbligatorio l’ausilio dell’esperto in psicologia infantile nell’esame del minore*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, 65.

Inoltre, l'art. 609 *decies*, 2° comma, c.p. – come sostituito dall'art. 4 della legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote – riconosce un diritto all'assistenza affettiva e psicologica in favore delle vittime minorenni di delitti a sfondo sessuale nell'ambito del procedimento in cui assumono la veste di persona offesa dal reato¹⁷⁰.

Essa, prescrive la disposizione mediante una clausola di carattere generale la cui operatività prescinde dal compimento di atti investigativi di carattere dichiarativo essendo estesa ad ogni stato e grado del procedimento¹⁷¹, è assicurata dalla presenza dei genitori ovvero di altre persone idonee indicate dal minore, di gruppi, fondazioni, associazioni od organizzazioni non governative – iscritte in un apposito elenco – di comprovata esperienza nel settore dell'assistenza e del supporto alle vittime di reati sessuali¹⁷².

L'ampiezza della previsione normativa concernente i soggetti passivi dell'atto investigativo è, però, temperata dalla previsione di una specifica fattispecie preclusiva, legislativamente configurata mediante il rinvio, contenuto nell'art. 391 *bis*, 1° comma, c.p.p., alle situazioni di incompatibilità previste dall'art. 197, 1° comma, lett. *c)* e *d)*, c.p.p. rispetto all'ufficio di testimone.

Il difensore ed il sostituto – nonché, stando ad una prima analisi comunque generalmente condivisa in dottrina, gli altri soggetti dell'indagine difensiva che si accingono ad effettuare un colloquio informale¹⁷³ – devono rivolgere alla persona contattata una sequenza di **avvertimenti** che, specificamente indicati nell'art. 391 *bis*, 3° comma, c.p.p., sono funzionali alla corretta instaurazione del rapporto difensivo.

La norma – la quale, come è stato evidenziato, ha incontrato un generale sfavore della dottrina poiché ritenuta suscettibile di incidere negativamente sulla condizione psicologica dell'interpellato¹⁷⁴ – assume un ri-

¹⁷⁰ Si tratta, in particolare, dei delitti di cui agli artt. 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinqies*, 601, 602, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinqies*, 609 *octies* e 609 *undecies* c.p.

¹⁷¹ La portata generale della garanzia è messa in evidenza da Cesari, *Il "minore informato sui fatti" nella legge 172/2012*, cit., 162.

¹⁷² In relazione a queste ultime figure, la norma impone l'acquisizione del consenso del minore quale premessa di un provvedimento giudiziale di ammissione.

¹⁷³ V., per esempio, Kalb, *op. cit.*, 239, il quale non manca di sottolineare come l'assenza di qualsiasi documentazione renderebbe l'omissione non sanzionabile. V., inoltre, Bernardi, *op. cit.*, 213.

¹⁷⁴ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 192.

lievo centrale nell'itinerario attuativo del modello di contatto prescelto, dal momento che l'omissione dei prescritti avvertimenti rende l'atto acquisitivo inutilizzabile¹⁷⁵ e costituisce, altresì, ai sensi dell'art. 391 *bis*, 6° comma, c.p.p., un'ipotesi di illecito disciplinare che l'autorità giudiziaria precedente ha l'obbligo di comunicare al titolare del potere disciplinare¹⁷⁶.

È imposto, dunque, un'eccezionale scrupolo nell'esplicazione in concreto del momento informativo, della correttezza del quale occorre dare compiuta dimostrazione in sede di documentazione dell'atto acquisitivo¹⁷⁷.

In sede di investigazioni difensive, ha infatti chiarito la giurisprudenza, gli avvertimenti che il difensore deve rivolgere al soggetto dichiarante, a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni, devono essere specificamente verbalizzati, essendo insufficiente una generica attestazione circa l'avvenuta effettuazione degli stessi¹⁷⁸.

Premesso quanto detto in punto di forma, l'art. 391 *bis*, 3° comma, c.p.p. dispone che il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici devono avvertire le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa:

1. della propria qualità e dello scopo del colloquio;
2. se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione;
3. dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato;

¹⁷⁵ Anche se, rileva correttamente Biscardi, *Art. 391 bis*, cit., 2078, lo schema della previsione, ancorata alla difformità dell'atto rispetto al suo modello legale, sembra avvicinare la fattispecie alla categoria delle nullità, più che dell'inutilizzabilità.

¹⁷⁶ Evidenzia Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 62, la singolarità della circostanza che un illecito disciplinare sia tipizzato da una legge ordinaria e non da una fonte di natura deontologica. V., in senso critico rispetto alla tecnica utilizzata dal legislatore per individuare le condotte rilevanti, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 210. [L'art. 55 del Codice deontologico forense approvato dal C.N.F. il 4 febbraio 2014 prescrive l'osservanza della forma scritta anche rispetto agli avvertimenti preliminari al colloquio informale.](#)

¹⁷⁷ La necessità di una puntuale e fedele documentazione circa l'espletamento dei doveri informativi è evidenziata, in relazione agli avvertimenti previsti dall'art. 64 c.p.p., da Mazza, *op. cit.*, 124.

¹⁷⁸ Cass., 15-7-2003, n. 2017, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 102.

4. della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione;
5. del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date;
6. delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione.

Di recente, il catalogo degli avvertimenti prodromici alla regolare effettuazione dell'attività acquisitiva di elementi dichiarativi è stato arricchito dalla Corte di Cassazione mediante la previsione di un obbligo di informativa concernente la specifica facoltà di astensione in ragione della ricorrenza di un rapporto rilevante ai sensi dell'art. 199 c.p.p.¹⁷⁹.

Il primo avvertimento, compendiato dall'art. 391 *bis*, 3° comma, lett. a), c.p.p. e concerne la qualità del soggetto procedente e lo scopo del contatto investigativo impone all'indagante di esporre, in primo luogo, la qualità che lo legittima al compimento dell'atto e, in assenza di una disposizione che prescriva l'esibizione di uno specifico titolo di legittimazione, è da ritenere che l'adempimento informativo sia soddisfatto mediante la semplice enunciazione della qualità di difensore di un determinato soggetto¹⁸⁰ – le generalità del quale devono essere comunicate per evidenti ragioni di completezza informativa¹⁸¹ – coinvolto in un procedimento pendente¹⁸², ovvero, più semplicemente, interessato ad un'attività investigativa di tipo preventivo.

¹⁷⁹ V., in particolare, Cass., 6-10-2009, **Tornello**, in *Cass. pen.*, 2010, 3510. In senso conforme v., di recente, Cass., 25-9-2013, n. 41484, in Banca dati *DeJure*. [Si tratta, tra l'altro, di un obbligo recepito dall'art. 55 del Codice deontologico forense approvato dal C.N.F. il 4 febbraio 2014.](#)

¹⁸⁰ In questo senso v., oltre che Bernardi, *op. cit.*, 214, anche Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 287, il quale evidenzia come la legge non imponga al difensore di esibire un mandato professionale. *Contra*, invece, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 81, secondo cui il difensore deve documentare la propria qualità esibendo una copia della nomina o, in caso di investigazione preventiva, una copia del mandato difensivo. Il sostituto e gli altri ausiliari, invece, devono esibire gli atti con i quali il difensore li ha incaricati di svolgere l'indagine.

¹⁸¹ Sarebbe chiaramente apparente l'informazione circa la qualità dell'investigante se privata di un chiaro riferimento al soggetto assistito. Rileva, in generale, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 194, come l'avvertimento concernente l'indicazione della "qualità" del richiedente sia da intendere "nel senso che la stessa non si limiti alla mera specificazione del titolo di legittimazione, se cioè difensore, consulente ecc. ecc., ma sia integrata in modo univoco ed esauriente con i dati soggettivi ed oggettivi del mandato ricevuto, ciò quanto meno nel caso in cui l'interpellato ne faccia esplicita richiesta". Nel senso che il difensore abbia l'obbligo di comunicare le generalità del proprio assistito alla persona contattata v., anche, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 285; Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 82. In senso contrario v., invece, Furguele, *op. cit.*, 170.

¹⁸² Secondo Furguele, *op. cit.*, 170, anche siffatta informazione andrebbe omessa.

Quanto all'informativa concernente lo scopo del contatto investigativo, merita di essere rilevata l'imperfezione terminologica costituita dal fatto che la norma relaziona l'indicazione di esso ad un atto d'indagine che, in modo del tutto improprio, definisce "colloquio".

Appare chiaro, infatti, che il termine è utilizzato, in questa sede, in senso atecnico in quanto riferito – e non può essere altrimenti, a pena di inevitabili imperfezioni di ordine sistematico e di gravissimi vuoti relativamente ad atti ben più impegnativi – a tutte le forme di contatto con una persona informata dei fatti¹⁸³.

Detto questo, sotto il profilo contenutistico l'avvertimento implica un adempimento informativo abbastanza contenuto¹⁸⁴, compendiate quindi l'indicazione della finalità acquisitiva di elementi utili alla difesa dell'assistito, con la specificazione dell'eventuale pendenza di un procedimento penale e della posizione che egli assume nell'ambito di esso¹⁸⁵.

L'avviso previsto dall'art. 391 *bis*, 3° comma, lett. *b*), c.p.p. attiene al modello acquisitivo, dovendo il soggetto precedente chiarire alla persona interpellata se l'attività che intende compiere avrà forma di colloquio, di assunzione di informazioni ovvero di ricezione di dichiarazioni e, trattandosi di un modulo formalizzato, quali saranno le modalità e le forme di documentazione utilizzate.

Lo scopo della previsione è duplice, sovrapponendosi alla funzione di tutelare la libertà della persona contattata rispetto alla scelta di aderire o meno ad una forma di contatto documentata e processualmente utilizzabile¹⁸⁶, la finalità di porre la stessa nelle condizioni di comprendere come ed in quali termini sarà chiamata a partecipare all'atto acquisitivo.

¹⁸³ V., per questo rilievo di ordine terminologico, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 195.

¹⁸⁴ Mette in rilievo l'inopportunità di un'eccessiva informazione, tra l'altro pregiudizievole per la difesa, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 195.

¹⁸⁵ V., in questo senso, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 82. Secondo Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 286, sarebbe necessario che il difensore o gli ausiliari comunicassero alla persona contattata se stanno agendo in sede di attività preventiva o nell'ambito di un procedimento penale.

¹⁸⁶ Come evidenziato da Furguele, *op. cit.*, 170, l'informativa consente di evitare che in maniera artificiosa si documentino in maniera occulta le dichiarazioni rese da chi abbia creduto di rispondere a domande formulate nel corso di un colloquio non documentato.

L'avvertimento di cui all'art. 391 *bis*, 3° comma, lett. *c*), c.p.p., consentendo di conoscere la veste giuridica della persona da esaminare¹⁸⁷, è funzionale all'attivazione delle garanzie previste dal 5° comma del medesimo articolo¹⁸⁸.

Oltre a costituire – come è, del resto, previsto rispetto a tutti gli avvertimenti – condizione di utilizzabilità dell'atto acquisitivo, l'avviso assume un rilievo fondamentale anche in relazione al caso in cui il contatto investigativo non abbia seguito per effetto dell'esercizio del diritto al silenzio da parte dell'interpellato.

Qualora, infatti, questi riveli comunque l'esistenza di una posizione processuale corrispondente a quella tipizzata dalla norma, il difensore procedente acquisisce la consapevolezza dell'impossibilità di accedere allo strumento acquisitivo disciplinato dall'art. 391 *bis*, 10° comma, c.p.p.¹⁸⁹.

L'avvertimento concernente la **facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione scritta** costituisce la manifestazione più emblematica del principio di incoercibilità che caratterizza le investigazioni difensive.

Si tratta di una facoltà che, secondo autorevole dottrina¹⁹⁰, può assumere carattere “generale” – ossia in relazione al contatto investigativo in sé considerato – ovvero “particolare” – riferita, cioè, a singole e specifiche domande – anche se, a ben vedere, elementi di sistematica interna ed esterna sembrano condurre a conclusioni diverse.

Sotto il primo aspetto, deve essere rilevato come la disposizione affianchi il rifiuto di rispondere a quello di rendere la dichiarazione in modo del tutto simmetrico, di modo che se il secondo non può che riferirsi all'atto considerato nella sua interezza – rifiutare di rendere la dichiara-

¹⁸⁷ Che questo sia lo scopo della disposizione è posto in risalto, tra gli altri, da Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 83.

¹⁸⁸ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 196, evidenzia, in relazione a siffatto avviso, che, sebbene sia configurato come un obbligo a carico dell'interpellato, si tratterebbe più tecnicamente di “un ‘onere’ strumentale alle corrispondenti garanzie”. Sulla funzione strumentale dell'avviso, inoltre, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 289.

¹⁸⁹ Evidenzia l'importanza dell'avvertimento, sotto questo peculiare profilo, Triggiani, *op. loc. ult. cit.*, nt. 137. In considerazione di siffatta funzione, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 84, ritiene di configurare in capo alla persona contattata un vero e proprio obbligo di rivelazione della propria posizione processuale, a prescindere dalla scelta concernente l'adesione al colloquio investigativo.

¹⁹⁰ V., in particolare, Ventura, *op. ult. cit.*, 85; Furgiuele, *op. cit.*, 173.

zione significa, infatti, astenersi dal presentare al difensore il documento informativo richiesto – la stessa soluzione deve, per ragioni di coerenza sistematica, operare rispetto al primo.

Inoltre, la norma non prevede, a differenza di quanto disposto dall'art. 209, 2° comma, c.p.p. in relazione all'esame delle parti, una facoltà di astensione riferibile a singole domande.

Pertanto, fatte salve le specifiche ipotesi previste dal codice a garanzia della posizione del dichiarante rispetto al rischio di autoincriminazione (art. 198, 2° comma, c.p.p.), di lesione del sentimento di unità familiare (art. 199 c.p.p.) e di indebita rivelazione di segreti (artt. 200 ss. c.p.p.) – norme che, pur non essendo formalmente richiamate relativamente all'atto d'indagine difensiva, devono comunque ritenersi operanti per ragioni di analogia¹⁹¹ – la persona intervistata non avrà altra alternativa che sottoporsi all'esame difensivo o, diversamente, rifiutare il contatto.

Correttamente si ritiene, invece, che la facoltà di non rispondere possa essere esercitata anche “implicitamente”, cioè mediante la mancata presentazione rispetto alla convocazione difensiva senza che venga addotto un impedimento legittimo¹⁹².

In ogni caso, la documentazione della mancata effettuazione dell'atto acquisitivo per effetto di una libera scelta della persona contattata costituisce il presupposto di una tipizzata richiesta di intervento sostitutivo da parte del pubblico ministero o del giudice, anche se siffatta possibilità non costituisce l'oggetto di uno specifico avvertimento.

L'avvertimento relativo al divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date¹⁹³ costituisce un presidio garantistico a tutela della riservatezza delle indagini preliminari e si correla sistematicamente e funzionalmente con il divieto, stabilito dall'art. 391 *bis*, 4° comma, c.p.p. ovvia-

¹⁹¹ Secondo Ventura, *op. loc. ult. cit.*, invece, il mancato rinvio a siffatte disposizione sarebbe dovuto proprio alla previsione di una facoltà di astensione che può assumere carattere generale o speciale.

¹⁹² V., in questo senso, Ventura, *ibidem*; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 198. Nonché, di recente, Parlato, *Il “diritto al silenzio” del potenziale testimone e l'incidente probatorio in sede di investigazioni difensive*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 872. In senso contrario, v., invece, De Caro, *op. cit.*, 3222, secondo il quale, non potendosi applicare in questa evenienza l'art. 391 *bis*, 10° e 11° comma, c.p.p., è onere del difensore entrare in contatto verbale con la persona per chiedere di rendere la dichiarazione e registrare il diniego.

¹⁹³ Ritenuto “di scarso rilievo” da Furgiuele, *op. cit.*, 174.

mente presupponendo l'esistenza di un diritto del difensore e dei suoi ausiliari di acquisire informazioni anche dalle persone già sentite dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, di richiedere notizie sulle domande formulate e sulle risposte date in occasione del compimento dell'atto d'indagine pubblico.

Lo scopo della disposizione è evidente, essendo finalizzata ad evitare strumentalizzazioni di un atto che, anziché tendere ad acquisire informazioni su elementi rilevanti ai fini della ricostruzione del fatto oggetto di approfondimento investigativo, sarebbe trasformato in un abusivo strumento d'indagine sulle strategie del pubblico ministero e sui risultati da questo conseguiti¹⁹⁴.

Alla luce di siffatta finalità, non sembra potersi dubitare del fatto che esso non impedisce al difensore, all'oscuro del contenuto del colloquio intrattenuto con i pubblici inquirenti ma casualmente indirizzato verso un medesimo filone d'indagine, di rivolgere alla persona ascoltata le stesse domande che ad essa sono state rivolte durante il precedente contatto investigativo, con la conseguente probabile coincidenza delle relative risposte¹⁹⁵.

L'avvertimento concernente le responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione, nel richiamare il dovere di rendere dichiarazioni veritiere di cui è gravata la persona che ha scelto di aderire alla richiesta investigativa, è correlato all'introduzione della nuova figura di reato di "false dichiarazioni al difensore", prevista dall'art. 371 *ter* c.p.¹⁹⁶.

Il contatto investigativo con le **persone sottoposte ad indagini** o imputate nello stesso procedimento ovvero in procedimento connesso o per reato collegato è disciplinato dall'art. 391 *bis*, 5° comma, c.p.p. con tonalità garantistiche del tutto peculiari.

¹⁹⁴ Evidenzia, infatti, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 77, come il fine della disposizione sia quello di evitare interferenze con le indagini degli organi pubblici. Alle stesso modo, secondo Comi, *Art. 391 bis*, cit., 2456, il divieto contribuisce al rafforzamento del sistema di garanzie apprestato a tutela del segreto delle indagini preliminari.

¹⁹⁵ Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 249. Nonché, altresì, Ventura, *op. ult. cit.*, 78.

¹⁹⁶ Sulla nuova fattispecie incriminatrice v., tra i tanti, Papa, *False dichiarazioni al difensore*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, III, Milanofiori Assago, 2008, 207; Piffer, *Il delitto di false dichiarazioni al difensore*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Marinucci-Dolcini, IV, Padova, 2005, 397.

Il conflitto di valori che si costituisce nell'atto di acquisizione di elementi dichiarativi da soggetti processualmente qualificati¹⁹⁷, infatti, non poteva rimanere esente da un qualsiasi tentativo di equilibrata composizione normativa nell'ambito del procedimento definitorio del modello investigativo difensivo.

Il legislatore, esercitando sul punto un potere limitatamente discrezionale, ha optato per una soluzione rigida, dotando l'atto acquisitivo di una spiccata connotazione garantista in relazione al profilo concernente la difesa tecnica, peculiarmente qualificata dalla previsione della necessaria partecipazione del difensore della persona esaminata, al quale l'investigante deve dare avviso almeno ventiquattro ore prima.

In mancanza del difensore di fiducia, la norma 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.¹⁹⁸.

Il codice di procedura penale prevede espressamente la possibilità di compiere atti investigativi difensivi a contenuto dichiarativo che coinvolgano una **persona che si trovi in stato di detenzione**, fatto salvo l'obbligo di osservare, in questa evenienza, talune cautele preliminari.

L'art. 391 *bis*, 7° comma, c.p.p. stabilisce, infatti, che per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi della specifica autorizzazione del giudice che procede nei suoi confronti, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero.

In punto di titolarità del potere autorizzativo, poi, la norma precisa che, prima dell'esercizio dell'azione penale, l'autorizzazione deve essere rilasciata dal giudice per le indagini preliminari, mentre durante la fase dell'esecuzione della pena competente a provvedere è il magistrato di sorveglianza.

Come può notarsi, l'atto autorizzativo è necessario a prescindere dalla forma di acquisizione prescelta, per cui, nel caso in cui il difensore preferisca la modalità costituita dalla ricezione di dichiarazioni, l'intervento

¹⁹⁷ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 207, infatti, vi individua un 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".

¹⁹⁸ La norma, come è noto, prevede che, quando è richiesta la presenza del difensore e quello di fiducia, o d'ufficio se già nominato, 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 c.p.p.

del magistrato è richiesto sebbene si realizzi un contatto personale e diretto con la persona detenuta dai contenuti molto limitati.

Considerata la formulazione della disposizione, appaiono, altresì, irrilevanti sia il titolo della detenzione – può trattarsi, quindi, di un provvedimento cautelare ovvero di un ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656 c.p.p. – sia le relative modalità, essendo necessario munirsi dell'autorizzazione anche in caso di arresti domiciliari o di detenzione domiciliare¹⁹⁹.

La norma non chiarisce come debba orientarsi il difensore che voglia acquisire dichiarazioni da persona in stato di detenzione in forza di una pluralità di titoli, per cui appare necessario, in questa evenienza, dotarsi dell'autorizzazione di tutte le autorità titolari del correlato potere in relazione a ciascuna causa di detenzione²⁰⁰.

Il codice non disciplina, inoltre, i profili della procedura incidentale concernenti i termini e la forma del provvedimento conclusivo, di talché

¹⁹⁹ V., nello stesso senso, Bernardi, *op. cit.*, 2011; Di Maio, *op. cit.*, 228; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 267; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 211. Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 68, in caso di arresti o di detenzione domiciliare, l'autorizzazione è dovuta soltanto qualora tali misure siano corredate dal divieto di comunicare con persone diverse da quelle che coabitano o assistono la persona. V., inoltre, Saponaro, *op. cit.*, 186. È il caso di rilevare, però, che la Corte di Cassazione, allorché è stata chiamata a delineare l'ambito di operatività dell'art. 141 *bis* c.p.p., ha statuito che per stato di detenzione deve intendersi la condizione materiale di restrizione, per esecuzione pena, per applicazione di misure cautelari o per provvedimenti custodiali temporanei, in un istituto di custodia o di pena o in un luogo di cura esterno ad esso e, ove eccezionalmente consentita, negli uffici di polizia giudiziaria, nonché la condizione di internamento conseguente all'applicazione di misure di sicurezza, provvisorie o definitive, ma non lo stato della persona soggetta agli arresti domiciliari, né quello del minorenne obbligato alla permanenza in casa né, infine, quello del condannato affidato in prova al servizio sociale, ammesso alla semilibertà o fruente di licenza o permesso premio. V., in questi termini, Cass., sez. un., 25-3-1998, n. 9D'Abramo, in *Dir. pen. e processo*, 1999, 75; Cass., sez. un., 25-3-1998, n. 10Savino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 380. Nonché, in dottrina, Biscardi, *Art. 391 bis*, cit., 2080.

²⁰⁰ Così è orientata, tra l'altro, la dottrina. V., tra i tanti, Bernardi, *op. cit.*, 211; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 267; Saponaro, *op. cit.*, 186; Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 68. Di Maio, *op. cit.*, 229, evidenzia come la previsione “può, in effetti, comportare qualche disfunzione (si pensi al detenuto ristretto in forza di provvedimenti provenienti da autorità dislocate in diverse zone del territorio nazionale ed alla difficoltà materiale e concreta, per il difensore, di ottenere tutte le autorizzazioni del caso), tuttavia, in tale ipotesi, si è ritenuto dare prevalenza ad esigenze diverse da quelle difensive, quali la segretezza delle indagini del pubblico ministero e la garanzia di un effettivo esercizio della giurisdizione”.

deve ritenersi applicabile la disciplina emergente dal combinato disposto degli artt. 121 e 125 c.p.p.

Pertanto, dal momento che in ogni stato e grado del procedimento le parti e i difensori possono presentare al giudice memorie o richieste scritte, mediante deposito in cancelleria, sulle richieste ritualmente formulate il giudice deve provvedere – con atto avente, in assenza di diverse indicazioni, forma di ordinanza²⁰¹ – senza particolari formalità e senza ritardo e comunque, salve specifiche disposizioni di legge, entro quindici giorni²⁰².

L'art. 391 *bis*, 9° comma, c.p.p. – giustamente ritenuto un tipico esempio di parallelismo forzato tra difensore e pubblico ministero²⁰³ – sembrerebbe, almeno all'apparenza, ispirato al principio *nemo tenetur se detergere* ed impone ai soggetti legittimati ad assumere informazioni di interrompere l'esame della persona non indagata né imputata qualora renda dichiarazioni dalle quali emergano **indizi di reità** a suo carico.

Similmente con quanto prevede l'art. 63, 1° comma, c.p.p., le dichiarazioni rilasciate prima dell'interruzione non potranno essere utilizzate contro la persona che le ha rese, di talché il pubblico ministero, nel momento in cui dovesse entrare 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. – non potrebbe avviare un procedimento nei confronti del dichiarante, ma potrebbe soltanto attivarsi al fine di reperire autonomamente una notizia di reato soggettivamente orientata²⁰⁴.

²⁰¹ Così, anche, Di Maio, *op. cit.*, 228. A differenza di quanto da questi sostenuto, è da ritenere che il provvedimento giudiziale sia, nel silenzio della legge, insuscettibile di impugnazione. V., negli stessi termini, Furgiuele, *op. cit.*, 181; Biscardi, *Art. 391 bis*, cit., 2080.

²⁰² Saponaro, *op. cit.*, 187.

²⁰³ Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, 404, il quale mette in evidenza come la norma abbia voluto realizzare una parificazione estrema che “invece di soddisfare necessità effettive, rischia di dar luogo a pericoli non previsti”. Di norma dettata più con riguardo ad un'esigenza di simmetria che per tenere conto di un'effettiva esigenza parla, altresì, Bernardi, *op. cit.*, 215.

²⁰⁴ Furgiuele, *op. cit.*, 162. Non va dimenticato, in proposito, che, ai sensi dell'art. 334 *bis* c.p.p., il difensore e gli altri soggetti di cui all'art. 391 *bis* c.p.p. 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. Randazzo, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 37.

Uno dei limiti più significativi della disciplina delle investigazioni difensive contenuta nell'art. 38 disp. att. c.p.p. era costituito, come è noto, dalla mancanza di una qualsiasi regolamentazione dei **mezzi di documentazione** delle risultanze acquisite dal difensore.

La l. 7-12-2000, n. 397 non poteva, ovviamente, non occuparsi della questione e in relazione all'atto acquisitivo di elementi dichiarativi ha previsto due distinte modalità documentative, diverse per struttura e requisiti formali e correlate a ciascuna delle possibili forme di contatto con la persona informata sui fatti.

L'art. 391 *ter* c.p.p. – il quale si pone come regola base del potere documentativo del difensore, del cui ruolo istituzionale determina un ulteriore e qualificante arricchimento²⁰⁵ – prevede, innanzitutto, che la dichiarazione di cui all'art. 391 *bis*, 2° comma, c.p.p., redatta e sottoscritta dal dichiarante, deve essere autenticata dal difensore o da un suo sostituto, mediante un adempimento formale che vale a certificare semplicemente la provenienza soggettiva del contributo conoscitivo²⁰⁶.

L'attività documentativa della dichiarazione si spinge, però, oltre, dal momento che l'art. 391 *ter* c.p.p. prevede che il difensore debba, altresì, redigere una relazione nella quale sono riportati la data in cui l'ha ricevuta²⁰⁷, le proprie generalità e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione, l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dall'art. 391 *bis*, 3° comma, c.p.p. e, infine, l'esposizione dei fatti sui quali verte la dichiarazione.

Le informazioni di cui all'art. 391 *bis*, 2° comma, c.p.p. sono documentate dal difensore o da un suo sostituto, i quali possono avvalersi, per la materiale redazione del verbale, di persone di loro fiducia.

Mediante siffatta proposizione la norma individua, dunque, nel verbale lo strumento documentativo necessario dell'atto acquisitivo di informazioni²⁰⁸ e nel difensore – ovvero, nel suo sostituto – gli unici soggetti titolari della funzione documentativa.

²⁰⁵ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 240.

²⁰⁶ Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 416.

²⁰⁷ Evidenzia Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 244, come il riferimento alla data della ricezione renda del tutto irrilevanti le diverse date in cui il dichiarante abbia riferito sui fatti.

²⁰⁸ È espressamente esclusa, dunque, la possibilità di documentare l'atto mediante "annotazione". V., in questi termini, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 423; Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 139.

La persona di fiducia è, invece, eventualmente incaricata di compiti di natura materiale ed esecutiva, probabilmente connessi alla necessità di disporre di specifiche competenze tecniche funzionali alla compiuta realizzazione dell'attività di documentazione mediante il ricorso a peculiari strumenti di riproduzione.

Per quel che concerne le modalità di documentazione dell'atto investigativo, la norma si limita ad un richiamo modulare – in quanto applicabili, precisa infatti²⁰⁹ – delle disposizioni contenute nel libro II, titolo III del codice processuale.

La tecnica di normazione utilizzata implica, dunque, che la documentazione dell'atto di assunzione di informazioni debba avvenire mediante verbale²¹⁰, il quale, ai sensi dell'art. 134 c.p.²¹¹, può assumere forma integrale o riassuntiva²¹² e deve essere redatto con la stenotipia²¹³ o ricorrendo ad altro strumento meccanico ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, utilizzando la scrittura manuale²¹⁴.

²⁰⁹ La disciplina richiamata presenta tratti di novità significativi, riconducibili in generale al definitivo superamento del c.d. "mito della verbalizzazione manuale", ritenuto chiaramente inadeguato per l'intrinseca incompletezza riproduttiva dell'accadimento procedurale. V., per quest'ordine di considerazioni, Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Tratt. Spangher*, I, 2, Torino, 2008, 16, la quale ritiene irrinunciabile il ricorso a tecniche documentative più rapide e fedeli di quelle adottate in passato. Fa notare, inoltre, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 421, nt. 28, come il rinvio debba logicamente estendersi anche alle norme attinenti alla documentazione degli atti processuali contenute nelle disposizioni di attuazione. L'opinione richiama quella espressa, in particolare, da Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 222.

²¹⁰ Esso viene definito, da Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 1999, 155, come un atto dichiarativo a contenuto descrittivo, nel quale vengono riprodotti gli atti e i fatti che si compiono o accadono in presenza del suo autore.

²¹¹ Norma che Castellucci, *op. cit.*, 16, definisce centrale in materia di documentazione degli atti processuali.

²¹² La prima consiste nella riproduzione completa dell'esame, nel senso che vengono riportate letteralmente le domande rivolte e le risposte date. Mediante la verbalizzazione riassuntiva, invece, viene riprodotta nell'originaria genuina espressione la parte essenziale delle dichiarazioni, con la descrizione delle circostanze nelle quali sono rese se queste possono servire a valutarne la credibilità. In relazione a siffatta distinzione v., per tutti, Castellucci, *op. cit.*, 17; Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 156.

²¹³ Consistente, rileva Nappi, *Documentazione degli atti processuali*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, 164, in un mezzo tecnico di redazione con caratteri speciali.

²¹⁴ "Considerata l'ordinarietà dell'uso della stenotipia o di altra tecnica affine" – osserva Castellucci, *op. cit.*, 17 – "il ricorso necessitato al metodo manuale si giustifica soltanto in termini di eccezionalità, quale estrema *ratio* cui ricorrere a fronte di insuperabili carenze strumentali". Negli stessi termini v., inoltre, Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 157.

Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva²¹⁵ ad esso deve affiancarsi, altresì, l'effettuazione della riproduzione fonografica²¹⁶ e, allorché siffatte modalità di documentazione sono ritenute insufficienti, può essere aggiunta – nemmeno il ricorso ad essa può mai, quindi, avere funzione sostitutiva della verbalizzazione – la riproduzione audiovisiva, quale modalità considerata dal soggetto precedente assolutamente indispensabile²¹⁷ e, quindi, nei casi in cui ricorre la necessità di conservare la cognizione visiva degli atti processuali ed i sistemi ordinari di documentazione si palesano come inadatti a tal fine²¹⁸.

La Corte di Cassazione, occupandosi direttamente della tematica concernente la **natura dell'atto documentativo**, ha statuito che integra il reato di falsità ideologica in atto pubblico, ai sensi dell'art. 479 c.p., la condotta del difensore che documenta e poi utilizza processualmente le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili alla attività investigativa, verbalizzate in modo incompleto o non fedele, in quanto

²¹⁵ La scelta del difensore di documentare l'atto con l'una o l'altra forma di verbalizzazione, evidenzia Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 140, non è, naturalmente, priva di conseguenze sul piano della valutazione della prova, giacché la verbalizzazione integrale offre maggiori garanzie di genuinità rispetto a quella riassuntiva. Anche se, rileva Castellucci, *op. cit.*, 17, nonostante siffatta diversificazione tipologica, le due forme di verbalizzazione vengono poste sul medesimo piano quali poli di un'alternativa. Tuttavia, ribadisce Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 155, come "dal complesso di indicazioni legislative emerge un chiaro favore per la riproduzione integrale, che per le garanzie offerte dovrebbe costituire la forma tipica di documentazione degli atti".

²¹⁶ Ritene essere, questa, l'unica prescrizione vincolante, Filippi, *Il fascicolo del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 295.

²¹⁷ Rileva Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 155, come il legislatore "non abbia considerato equivalenti le diverse forme di documentazione, finendo col porre tuttora in una posizione prioritaria il ricorso alla verbalizzazione laddove si prevede che alla riproduzione fonografica od audiovisiva debba comunque aggiungersi la verbalizzazione riassuntiva". In ogni caso, come messo in evidenza da Reynaud, *Documentazione degli atti del procedimento*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da Marzaduri, Torino, 1996, 97, le prime costituiscono modalità di documentazione complementari rispetto alla terza.

²¹⁸ Castellucci, *op. cit.*, 18, la quale evidenzia come il parametro al quale è subordinato l'impiego dello strumento audiovisivo rende inopportuno labile e discrezionale la scelta del soggetto procedente. In senso critico verso l'eccessiva cautela mostrata dal legislatore nei confronti della videoregistrazione v., in particolare, Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, cit., 161, che riconduce la diffidenza rispetto a siffatto strumento ai timori di aggravii di costi a carico delle strutture giudiziarie.

l'atto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero²¹⁹.

Le Sezioni Unite hanno, così, superato il contrasto giurisprudenziale che si era ingenerato tra la tesi della prevalenza, nella funzione del difensore, della cura e degli interessi processuali dell'imputato²²⁰ e l'opposta tesi della riconoscibilità, in capo allo stesso difensore, della qualità di pubblico ufficiale quando svolge la funzione certificatrice, redigendo il verbale di dichiarazioni raccolte, in sede di investigazioni difensive, ai sensi degli artt. 391 *bis* e 391 *ter* c.p.p.²²¹.

Il difensore che agisca al fine di acquisire elementi investigativi a carattere dichiarativo non dispone, come più volte ribadito, di poteri coercitivi.

Questi, dunque, non può obbligare la persona che ipotizza essere a conoscenza di circostanze utili alla difesa del proprio assistito ad aderire alla proposta di contatto investigativo, ancorché formulata con atto scritto, e, qualora sia riuscita a procurarsi la presenza fisica della fonte nel luogo eventualmente concordato²²², non soltanto non è assistito da un potere

²¹⁹ Cass., sez. un., 27-6-2006, n. 32009 *Sehera*, in *Guida dir.*, 2006, 40, 41. Si sono occupati del tema, tra gli altri, Manna, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, 1276; Ventura, *Indagini difensive e qualifica giuridica del difensore*, *ivi*, 2006, 214; Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di investigazioni difensive*, *cit.*, 46; Grifantini, *op. cit.*, 395; De Caro, *op. cit.*, 3221; Ruggiero, *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2004, 69. V., in termini diversi, Insojera, "L'innaffiatore innaffiato", ovvero la tutela penale delle indagini difensive, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 1417.

²²⁰ Ribadito, tra l'altro, in Cass., 14-6-2005, *Benvenuto*, in *Riv. pen.*, 2006, VI, 749, ove veniva specificato che l'esercente la professione forense, indipendentemente dagli atti specifici compiuti, svolge un servizio di pubblica utilità.

²²¹ Secondo Amodio, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 1460, la sentenza delle Sezioni Unite realizza "una trasfigurazione della funzione squisitamente privata dell'avvocato, che mira a reprimere nel modo più severo ogni attentato alla genuinità della prova".

²²² Presumibilmente, si tratterà dello studio professionale, ma nessuna norma impone che l'incontro investigativo avvenga necessariamente in questo luogo. V., negli stessi termini, Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, *cit.*, 60, la quale osserva come "nella generalità delle ipotesi, la persona informata sui fatti sarà convocata presso lo studio del difensore". Triggiani, *Le investigazioni difensive.*, *cit.*, 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, fatti salvi casi eccezionali che rendano impossibile la presenza dell'informatore presso il difensore.

impositivo, ma 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 di dati conoscitivi rilevanti²²³.

Entrambi compendianti nell'art. 391 *bis* c.p.p., la “**audizione del pubblico ministero**” e l'**incidente probatorio c.d. “parainvestigativo”** sono istituti che mantengono intatta la loro tradizionale destinazione funzionale, essendo, la scelta tra i due, rimessa alla discrezionalità del difensore, “il quale compirà le proprie valutazioni sulla base della strategia difensiva adottata e, conseguentemente, del tipo di atto ritenuto più idoneo a perseguirla, anche se non sfugge come entrambi gli strumenti implichi- no per la difesa, sia pure in termini diversi, il rischio di una *discovery* anticipata delle proprie fonti, nella maggior parte dei casi neppure sostenuta da una precisa conoscenza circa il reale bagaglio di informazioni che queste possono apportare”²²⁴.

Il primo, quale atto d'indagine, persegue finalità meramente investigative²²⁵, mentre il secondo, costituente una parentesi processuale aperta nella fase investigativa, ha una funzione squisitamente probatoria, essendo finalizzato all'acquisizione anticipata di elementi di prova utilizzabili anche in sede dibattimentale e, pertanto, destinati a trovare ingresso fin dall'inizio nel fascicolo per il dibattimento, formato ai sensi dell'art. 431 c.p.p.²²⁶.

²²³ Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 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”.

²²⁴ Bortolin, *È 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. e proc. pen.*, 2003, 1044.

²²⁵ Esso è ritenuto, da Di Chiara, *op. cit.*, 15, un “palese sintomo di qualche residuo disorientamento dell'impianto delle investigazioni difensive”.

²²⁶ Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 93, invece, in sede di investigazioni difensive l'incidente probatorio costituisce uno strumento di indagine poiché consente al difensore di ottenere la collaborazione di coloro la cui attività è necessaria ai fini della sua investigazione.

Soffermando l'attenzione sull'audizione – dell'incidente può dirsi, semplicemente, che esso è esperibile anche al di fuori di situazioni di indifferibilità – essa è utilizzabile esclusivamente per acquisire elementi conoscitivi di natura dichiarativa da persone informate sui fatti²²⁷ ed è attivabile ad istanza del difensore²²⁸, istanza che – si legge nella norma – obbliga il pubblico ministero a provocare il momento di contatto investigativo entro sette giorni e nel cui ambito il difensore ha diritto di rivolgere per primo le domande.

Termine, quest'ultimo, meramente ordinatorio²²⁹ la cui inosservanza non produce altre conseguenze se non quelle previste dall'art. 124, 2° comma, c.p.p., fermo restando che il difensore potrebbe ovviare alla condotta omissiva del pubblico ministero mediante la proposizione di una richiesta di incidente probatorio, ai sensi dell'art. 391 *bis*, 11° comma, c.p.p.²³⁰.

²²⁷ L'art. 391 *bis*, 10° comma, c.p.p. esclude 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.

²²⁸ Il difensore – è l'assunto della Suprema Corte, espresso in Cass., 6-12-2006, n. 40232, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 1325 – non può limitarsi a rappresentare l'avvenuta regolarità della convocazione e l'esercizio, da parte della persona convocata, della facoltà di cui all'art. 391 *bis*, 3° comma, lett. d), c.p.p., ma, allorché propone istanza di audizione, deve indicare al pubblico ministero le circostanze in relazione alle quali vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali ritiene che esse siano utili ai fini delle indagini. La richiesta di audizione che sia priva di siffatte indicazioni non è qualificabile nemmeno come inammissibile, poiché in questa evenienza non sorge, in capo al pubblico ministero, addirittura alcun obbligo di provvedere in quanto – si legge nella citata sentenza – la norma fa esplicito riferimento ad un altro elemento, vale a dire che la persona debba essere “in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa”, sicché, nel momento in cui il difensore propone la richiesta, il pubblico ministero deve essere posto in condizioni di valutare la ricorrenza di tale requisito. Poco più tardi, l'orientamento giurisprudenziale è stato esteso all'incidente probatorio, in relazione al quale è stato puntualizzato che la proposizione della relativa richiesta non presupponga alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza, a fini investigativi, delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita. V., in questo senso, Cass., 14-12-2011, n. 1399, in *Cass. pen.*, 2012, 1775.

²²⁹ Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 311. V., nello stesso senso, Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, cit., 76, la quale non ravvisa alcuno strumento che consenta di sollecitare il pubblico ministero inadempiente.

²³⁰ Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 89.

L'atto presenta i tratti esteriori tipici dell'atto previsto dall'art. 362 c.p.p.²³¹ e in questi termini viene comunque qualificato dalla Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che le dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero, ai sensi dell'art. 391 *bis*, 10° comma, c.p.p., da colui che si sia rifiutato di rispondere al difensore, costituiscono a tutti gli effetti atti del pubblico ministero²³².

L'ovvia conseguenza che è stata desunta da un siffatto inquadramento dell'atto è che gli avvertimenti preliminari – che devono essere rivolti al dichiarante e analiticamente verbalizzati, ai sensi dell'art. 391 *bis*, 3° comma, c.p.p. – non riguardano l'atto sostitutivo del pubblico ministero, come può evincersi in maniera evidente dalla stessa formulazione testuale della norma, che pone i relativi obblighi a carico esclusivamente del difensore, sostituto, investigatori privati autorizzati o consulenti tecnici²³³.

Non sembra, poi, potersi dubitare del fatto che alla documentazione dell'atto – la peculiarità del quale e l'autonomia di esso rispetto alle altre tipologie di atti investigativi lo rendono insuscettibile di delega alla polizia giudiziaria²³⁴ – debba provvedere l'ausiliario del pubblico ministero a norma dell'art. 373 c.p.p.²³⁵, 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.²³⁶.

Nell'ambito di un quadro legislativo complessivamente proteso verso la tendenziale assimilazione degli atti delle investigazioni difensive agli atti del pubblico ministero, è stata introdotta la possibilità che i soggetti

²³¹ Norma, peraltro, richiamata dall'art. 391 *bis*, 10° comma, c.p.p., al fine di estenderne l'applicazione alle informazioni richieste dal difensore

²³² Cass., 27-2-2007, n. 21092, in *Guida dir.*, 2007, 26, 91. Di recente v., negli stessi termini, Cass., 14-12-2011, n. 1399, cit.

²³³ Cass., 27-2-2007, n. 21092, cit.

²³⁴ Ma v., per una soluzione diversa, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 92. Negli stessi termini v., sia pure con qualche perplessità, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 313.

²³⁵ Così, anche, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 92; Di Maio, *op. cit.*, 235.

²³⁶ Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 317. Fa, invece, riferimento all'art. 116 c.p.p., denunciando la mancanza di una apposita norma al riguardo, Frigo, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., 227. Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 92, invece, il verbale deve essere, in copia, depositato nel fascicolo del difensore. Nel senso che l'atto investigativo confluisca nel fascicolo del pubblico ministero v., in giurisprudenza, Cass., 27-2-2007, n. 21092, cit. Di recente v., negli stessi termini, Cass., 14-12-2011, n. 1399, cit.

dell'investigazione privata compiano **atti di natura ispettiva**, la cui regolamentazione è enucleabile mediante la combinazione sistematica delle norme contenute negli artt. 391 *sexies*, 391 *septies* e 391 *decies* c.p.p.

La prima delle disposizioni citate²³⁷, introdotta dall'art. 11 della legge di riforma delle investigazioni difensive, disciplina – a dire il vero, la norma regola soltanto il profilo attinente alla documentazione dell'atto, il potere di compiere il quale è dato per riconosciuto ed acquisito²³⁸ – il c.d. "accesso ai luoghi", prevedendo che il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'art. 391 *bis* c.p.p. possono effettuare un accesso finalizzato a prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose, ovvero per procedere alla loro descrizione o, ancora, per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi.

Le potenzialità dell'azione ispettiva del difensore emergenti dall'art. 391 *sexies* c.p.p. devono essere opportunamente integrate, dal momento che la possibilità di compiere, in occasione dell'accesso ai luoghi, atti non ripetibili emerge da una disposizione apparentemente deputata a disciplinare, conformemente alla sua rubrica, l'utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive²³⁹.

I riferimenti contenuti nell'art. 391 *decies* c.p.p. – non a caso ritenuta una delle disposizioni da cui più esplicitamente si coglie l'intensità della *voluntas legis* di ampliare fin dove possibile i poteri di investigazione di-

²³⁷ La quale, evidenzia Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 270, "non si segnala certo per rigore e precisione, collocandosi in quella scia di tentennamenti e carenze normative che denota uno scarso interesse del legislatore per la materia, traducendosi in assenza di regole chiare sulla conservazione dello stato dei luoghi e che evitino la dispersione o l'alterazione delle tracce del reato, di ogni specificazione di ciò che è consentito e di ciò che è vietato al *team* difensivo nella sua azione sulla scena del crimine e, in particolare, dell'indicazione espressa di quali siano le operazioni e gli accertamenti validamente eseguibili dalla difesa *in loco* e sui reperti individuati, così come delle cautele che devono accompagnare l'apprensione e la conservazione dei reperti stessi".

²³⁸ Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 809. Definisce "implicativa" questa tecnica normativa, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 289.

²³⁹ Segnala l'infelice collocazione della norma, inserita nell'ambito di un articolo destinato a disciplinare l'utilizzabilità degli atti, sebbene essa delinea innanzitutto significativi adempimenti connessi al loro compimento, Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 371.

fensiva, secondo la linea della *par condicio*²⁴⁰ – consentono, infatti, al difensore di superare i limiti imposti dalla disposizione sopra richiamata²⁴¹, autorizzando interventi molto più penetranti ed incisivi che, andando oltre la mera osservazione, si spingono fino all'accertamento di natura tecnica.

Il quadro complessivo emergente dal combinato disposto delle richiamate norme processuali è dotato, dunque, di una portata potenzialmente devastante rispetto agli equilibri che tradizionalmente connotavano la presenza difensiva sulla scena del crimine, di talché è stata fortemente avvertita l'esigenza di delineare criteri operativi da osservare a tutela dell'interesse pubblicistico alla conservazione dello stato dei luoghi in funzione delle esigenze investigative del pubblico ministero e della polizia giudiziaria²⁴².

Lo spazio che il legislatore ha lasciato vuoto²⁴³, sebbene si tratti di situazioni altamente problematiche perché connesse ad una fase che “consta essenzialmente di operazioni atipiche che, nella prassi, possono assumere i contenuti più vari in relazione alla tipologia delittuosa ed alle condizioni spazio-temporali in cui l'illecito si è realizzato”²⁴⁴, è tale che eventuali rischi di sovrapposizione sono stati fronteggiati riconoscendo che, in caso di contemporaneo intervento nello stesso luogo degli organi di investigazione pubblici e di quelli dell'indagine difensiva, debbano necessariamente prevalere le esigenze dei primi, alle disposizioni di tipo

²⁴⁰ Ciavola, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 923.

²⁴¹ Nell'ambito della quale, osserva Siracusano, *Investigazioni difensive*, cit., 508, il legislatore *minus dixit quam voluit*.

²⁴² V., fra i tanti, Campanella, *L'accesso ai luoghi nel quadro delle attività di investigazione difensiva*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, 164, la quale sottolinea che “la facoltà di accedere liberamente al luogo di commissione del reato e di ivi effettuare operazioni tecniche sembra dover scontare un necessario coordinamento con le previsioni dell'art. 354 c.p.p. che, specificando quanto genericamente indicato nell'art. 348, 2° comma, lett. a), c.p.p., attribuiscono agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria il potere di compiere di propria iniziativa un[a] ‘attività di conservazione’, consistente nell'impedire che le tracce, le cose pertinenti al reato e lo stato dei luoghi subiscano mutamenti prima dell'intervento del pubblico ministero”.

²⁴³ Critica l'assenza di una specifica regolamentazione in ordine alle modalità di svolgimento dell'attività in discorso e delle cautele da adottare al fine di evitare interferenze con l'investigazione pubblica, soprattutto in relazione al pericolo di alterazioni dello stato dei luoghi e delle cose, Bernardi, *op. cit.*, 221.

²⁴⁴ Campanella, *L'accesso ai luoghi nel quadro delle attività di investigazione difensiva*, cit., 165.

cautelativo ed alle direttive dei quali i secondi devono rigorosamente attenersi²⁴⁵.

Pertanto, sebbene sia certamente da condividere l'auspicio di un coordinamento tra i contrapposti organi dell'investigazione, è innegabile che, in difetto di ciò, il carattere preminente di regolazione dell'accesso spettante alla polizia giudiziaria impone al difensore di posticipare l'esecuzione di autonomi accertamenti rispetto alla conclusione delle operazioni degli organi pubblici o, comunque, di sistemarle negli spazi operativi che questi riterranno di riconoscerli in base alle esigenze del caso concreto²⁴⁶.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'accesso del difensore abbia luogo prima dell'intervento degli organi pubblici ed all'insaputa dei medesimi – tipicamente, nell'ambito di un'attività investigativa di tipo preventivo²⁴⁷ – l'obiettivo difficoltà di enunciare regole di condotta adeguate per simili evenienze investigative²⁴⁸ non consente di spingersi oltre il tenue suggerimento di porre in essere le operazioni investigative con estrema cautela, al fine di evitare accidentali, quanto irreversibili, manomissioni del quadro probatorio²⁴⁹.

²⁴⁵ V., fra i tanti, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 356; Santoro, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 78; Bernardi, *op. cit.*, 221; Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 116; Confalonieri, *op. cit.*, 816, secondo la quale la presenza delle forze dell'ordine rimette il luogo nella disponibilità delle medesime, trasformandolo di fatto in un luogo non aperto al pubblico. La necessità di coordinare la disciplina dell'accesso difensivo ai luoghi con le previsioni contenute nell'art. 354 c.p.p. è sottolineata, ancora, da Campanella, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 274. Ma v., anche, Id., *L'accesso ai luoghi nel quadro delle attività di investigazione difensiva*, cit., 165, ove puntualizza come "il compito della polizia giudiziaria di salvaguardare lo stato dei luoghi per ogni eventuale e generale impiego probatorio, circoscriverebbe le possibilità di accesso della difesa, regolandone, in sostanza, le modalità di svolgimento".

²⁴⁶ Dean, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Dalia-Ferraioli, Milano, 2002, 211.

²⁴⁷ Sulla possibilità di effettuare le attività previste dall'art. 391 *sexies* c.p.p. nell'ambito di siffatta tipologia di investigazioni v., per esempio, Campanella, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, cit., 279.

²⁴⁸ Dean, *op. cit.*, 212.

²⁴⁹ In queste evenienze, rileva Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 358, lo sbarramento finale è sicuramente rappresentato dalla configurabilità del reato di frode processuale, ex art. 374 c.p. Secondo Bernardi, *op. cit.*, 221, si deve escludere che il difensore possa agire anche a costo di determinare un'alterazione dello stato dei luoghi e delle cose, per cui dovrà adottare ogni minima cautela.

I luoghi suscettibili di accesso difensivo, va subito precisato, non sono necessariamente quelli del commesso reato, ma qualsiasi luogo in cui è possibile reperire elementi utili alla difesa dell'assistito in virtù del potenziale reperimento di elementi a discarico²⁵⁰.

La documentazione dell'atto investigativo avviene, di regola, mediante la redazione di un verbale – previsto come una facoltà, esso diviene un adempimento necessario nella misura in cui l'atto ispettivo consegna elementi suscettibili di utilizzazione processuale²⁵¹ – nel quale devono essere riportati²⁵² la data ed il luogo dell'accesso, le generalità dell'autore e quelle delle persone intervenute²⁵³, la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose e, infine, l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo²⁵⁴.

L'art. 391 *septies* c.p.p.²⁵⁵ puntualizza che, qualora sia necessario – ovviamente al fine di compiere le medesime operazioni enunciate dall'articolo precedente con riferimento ai luoghi pubblici ed aperti al pubblico, trattandosi di una figura identica al modello generale per natura e finalità dell'atto²⁵⁶ – accedere a luoghi privati o non aperti al pubbli-

²⁵⁰ In questi termini v., tra gli altri, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 109; Dean, *op. cit.*, 209. Nello stesso senso v., inoltre, Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 268, per il quale la disposizione “copre un'area più ampia di quella del sopralluogo in senso stretto, ben potendo l'accesso operato dalla difesa riguardare anche un luogo diverso dalla scena del crimine”. V., altresì, Confalonieri, *op. cit.*, 809, il quale ha cura di evidenziare come lo scenario suscettibile di ospitare l'attività descritta dall'art. 391 *sexies* c.p.p. non è necessariamente il *locus commissi delicti*, bensì qualsiasi luogo che offra al difensore la possibilità di reperire elementi probatori a discarico.

²⁵¹ La redazione del verbale di accesso ai luoghi – rileva, tra i tanti, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 522 – è prevista dall'art. 391- *sexies* come una mera facoltà, il cui esercizio è chiaramente funzionale ad una successiva utilizzazione in chiave probatoria dei risultati ottenuti. V., inoltre, Id., *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., 268; Campanella, *L'accesso ai luoghi nel quadro delle attività di investigazione difensiva*, cit., 164; Confalonieri, *op. cit.*, 810; Dean, *op. cit.*, 209. Esprime una severa critica rispetto alla soluzione normativa, altresì, Ruggiero, *Compendio delle indagini difensive*, cit., 294. Oltre che, successivamente, Biscardi, *Art. 391 sexies c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, cit., 2089.

²⁵² In maniera fedele, sottolinea, correttamente, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 522.

²⁵³ Le quali, conclude la disposizione, devono sottoscriverlo.

²⁵⁴ Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 522.

²⁵⁵ Evidenzia Dean, *op. cit.*, 208, come la norma sia legata alla precedente da un rapporto di genere a specie.

²⁵⁶ Dean, *op. cit.*, 212.

co²⁵⁷, occorre acquisire il preventivo assenso da parte di colui che ne ha la disponibilità²⁵⁸.

In mancanza di un atto dispositivo²⁵⁹, l'accesso, su richiesta del difensore²⁶⁰, deve essere, a pena di inutilizzabilità delle relative risultanze²⁶¹, autorizzato dal giudice mediante un decreto motivato²⁶², inoppugnabile²⁶³ e revocabile²⁶⁴, nell'ambito del quale devono essere specificate le concrete modalità di effettuazione dell'atto, ossia i limiti temporali dell'accesso e le attività da svolgere²⁶⁵.

In ogni caso, la persona che del luogo abbia la disponibilità, qualora presente al momento dell'accesso, deve essere avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.²⁶⁶.

Esigenze di tutela della riservatezza hanno imposto di vietare l'accesso ai luoghi di abitazione ed alle pertinenze di essi, con la sola ec-

²⁵⁷ V., per una concisa esposizione delle nozioni utilizzate dal legislatore, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 522.

²⁵⁸ Trattandosi di più persone, occorre acquisire il consenso di tutte. Così, correttamente, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 110. Nonché, ritenendo sottinteso il dato, Confalonieri, *op. cit.*, 815.

²⁵⁹ Sembra opportuno che il diniego venga documentato, quantomeno al fine di corredare adeguatamente la successiva richiesta di autorizzazione. V., in questo senso, Dean, *op. cit.*, 214.

²⁶⁰ Questi appare come l'unico soggetto legittimato a richiedere l'autorizzazione. Sono esclusi, quindi, gli altri soggetti dell'indagine difensiva. V., nello stesso senso, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 523. Secondo Dean, *op. loc. ult. cit.*, pur nel silenzio normativo, deve ritenersi che il difensore debba specificare le ragioni, la natura e lo scopo dell'attività ispettiva che intende eseguire, nonché la propria legittimazione al compimento della stessa.

²⁶¹ *Contra*, invece, Biscardi, *Art. 391 septies c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, cit., 2091.

²⁶² In mancanza di qualsiasi precisazione circa il profilo temporale della procedura di rilascio, Confalonieri, *op. cit.*, 815, ritiene applicabile la regola generale stabilita dall'art. 121, 2° comma, c.p.p.

²⁶³ Confalonieri, *op. cit.*, 816. V., inoltre, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 523; Biscardi, *Art. 391 septies*, cit., 2090.

²⁶⁴ Confalonieri, *op. loc. ult. cit.*

²⁶⁵ Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 110.

²⁶⁶ La norma, disciplinante il peculiare istituto della testimonianza c.d. *ad acta*, prevede che non possono intervenire come testimoni ad atti del procedimento i minori di anni quattordici e le persone palesemente affette da infermità di mente o in stato di manifesta ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti o psicotrope (la capacità – precisa il legislatore – si presume sino a prova contraria), nonché le persone sottoposte a misure di sicurezza detentive, ovvero, a misure di prevenzione.

cezione costituita dalla necessità di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato²⁶⁷.

In relazione a quest'ultima facoltà investigativa, la norma non chiarisce se le connesse attività debbano in ogni caso essere compiute previa autorizzazione del giudice²⁶⁸, ovvero se, come sembra preferibile, sia possibile accedere al luogo privato anche sulla base del mero consenso della persona che ne ha la disponibilità²⁶⁹.

L'art. 391 *quater* c.p.p. regola il profilo probabilmente meno innovativo della complessiva disciplina delle investigazioni difensive²⁷⁰, attribuendo al difensore una facoltà di **accesso agli atti della pubblica amministrazione** che, interamente dislocata all'interno del procedimento penale, reperisce negli strumenti tipici di esso i rimedi all'insuccesso dell'iniziativa difensiva.

Premesso che il codice non disciplina una facoltà di richiesta di documenti a soggetti diversi dalla pubblica amministrazione²⁷¹, la disposizione di recente introduzione delinea una disciplina della fattispecie investigativa articolandola su di un duplice livello di rapporti, di cui il primo realizza una relazione diretta tra il difensore e la pubblica amministrazione, l'altro una connessione mediata dall'intervento dell'autorità giudiziaria²⁷².

Innanzitutto, l'art. 391 *quater* c.p.p. stabilisce che il difensore può chiedere, ai fini delle investigazioni difensive, i documenti in possesso

²⁶⁷ Dovendosi intendere la formula normativa, osserva Cordero, *Procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2003, 899, nel senso di ammettere la rilevazione di ogni segno utile nel lavoro istruttorio. Anche se, mette in rilievo Confalonieri, *op. cit.*, 814, risulta difficile cogliere la differenza tra l'attività difensiva diretta a soddisfare le necessità richiamate da predetta formula e quella in generale descritta dall'art. 391 *sexies* c.p.p.

²⁶⁸ Come ritiene Tranchina, *L'investigazione difensiva*, cit., 169.

²⁶⁹ In questo senso è orientata la dottrina prevalente. V., tra gli altri, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 297; Dean, *op. cit.*, 214; Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 110; Confalonieri, *op. cit.*, 814.

²⁷⁰ Ed infatti, Bernardi, *op. cit.*, 220, ritiene che, nonostante l'innovazione, i poteri del difensore in ordine all'acquisizione di documenti rimangono "assai deboli e limitati".

²⁷¹ Il silenzio legislativo sul punto è ritenuto "a dir poco incomprensibile" da Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 269. Di scelta "singolare" parla, invece, Di Chiara, *op. cit.*, 16. In senso critico rispetto alla mancata previsione di una facoltà ritenuta indispensabile al fine di "fare decollare" l'indagine difensiva anche nell'ambito delle prove documentali v., altresì, Barbara, *op. cit.*, 320. La mancanza di poteri acquisitivi di elementi materiali funzionali all'attuazione della propria linea difensiva è ritenuta incompatibile con i principi costituzionali da Sammarco, *op. cit.*, 525.

²⁷² Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 254.

della pubblica amministrazione²⁷³ ovvero di estrarne copia a sue spese, mediante un'istanza da rivolgere all'amministrazione che ha formato il documento o che, comunque, lo detiene stabilmente.

Il 3° comma della norma in discorso disciplina, invece, gli effetti del rifiuto²⁷⁴, delineando una fattispecie incentrata sulle previsioni contenute negli artt. 367 e 368 c.p.p.

Dunque, l'istante può rivolgersi al pubblico ministero, eventualmente per sollecitare – mediante una richiesta le cui motivazioni sono **ancora una volta** liberamente valutabili, quindi illimitatamente spendibili, dal destinatario – l'adozione di un provvedimento funzionale al raggiungimento dello scopo investigativo perseguito, anche se rimane non chiarito di che tipo di provvedimento potrebbe trattarsi – verosimilmente, di un ordine di esibizione ai sensi dell'art. 256 c.p.p.²⁷⁵ – e, soprattutto, se esso sia idoneo a provocare un effetto acquisitivo direttamente riferibile alla sfera del difensore oppure a quella del pubblico ministero richiedente²⁷⁶.

La seconda disposizione prevede che, allorquando la richiesta rivolta al pubblico ministero sia finalizzata ad ottenere il sequestro²⁷⁷ di un bene – nel caso che ci occupa, del documento di cui la pubblica amministrazione ha rifiutato la consegna – e questi ritenga di non procedere in con-

²⁷³ La nozione di pubblica amministrazione deve essere intesa in senso ampio, dunque, in conformità con quanto disposto dall'art. 23, l. 7-8-1990, n. 241, comprensiva delle amministrazioni statali, degli enti pubblici in genere e dei concessionari di pubblici servizi. Può, quindi, ritenersi, secondo Di Maio, *op. cit.*, 240, che, in essa, siano comprese tutte le organizzazioni rientranti nella dizione di pubblici poteri.

²⁷⁴ Senza introdurre, osserva Comi, *Art. 391 ter c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, cit., 2463, novità di rilievo, dal momento che “[s]i è limitato semplicemente ad istituzionalizzare la prassi”.

²⁷⁵ Di Maio, *op. cit.*, 237. V., anche, Lorusso, *Investigazioni difensive*, cit., 517. Fa riferimento esclusivamente al provvedimento di sequestro probatorio, invece, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 345.

²⁷⁶ Dean, *op. cit.*, 207, il quale sottolinea come il meccanismo predisposto dal legislatore arreca uno scarso contributo alla funzionalità dell'atto investigativo. In termini critici nei confronti di un congegno macchinoso che, oltre a riaccreditare una funzione decidente del pubblico ministero nel campo delle investigazioni private, mal si concilia con la *ratio* della novella, v. Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 259.

²⁷⁷ La Suprema Corte ha chiarito che la norma trova applicazione unicamente in tema di sequestro probatorio, non anche in tema di sequestro preventivo, misura cautelare reale che, per sua stessa natura, non può essere adottata dal giudice contro la volontà del pubblico ministero. V., per questa puntualizzazione, Cass., sez. un., 26-4-1990, **Serio**, in *Giur. it.*, 1991, II, 93.

formità, deve trasmettere la richiesta, corredata di un suo parere, al giudice per le indagini preliminari²⁷⁸.

L'art. 10, l. 7-12-2000, n. 397, ha modificato l'art. 366, 1° comma, c.p.p., mediante l'aggiunta di un periodo finale il quale, superando un evidente vuoto legislativo²⁷⁹, compendia un'importante ampliamento delle facoltà investigative difensive.

La versione originaria della norma stabiliva che, salvo quanto previsto da specifiche disposizioni, i verbali degli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, ai quali il difensore ha diritto di assistere, devono essere depositati nella segreteria del pubblico ministero entro il terzo giorno successivo a quello in cui l'atto stesso è compiuto, al fine di consentire al difensore di esercitare la facoltà di esaminarli ed estrarne copia nei cinque giorni successivi.

L'intervento novellistico – collocandosi sullo scenario del conflitto ideologico tra dovere di *discovery* e generale potere di segretezza²⁸⁰ – ha determinato una significativa integrazione dei poteri investigativi difensivi²⁸¹, prevedendo la facoltà del difensore²⁸² di esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano²⁸³ ed esplicitando il diritto, ove si tratti di documenti, di estrarne copia.

²⁷⁸ La dottrina ha puntualizzato che, nell'ipotesi di diniego alla richiesta del difensore di rilascio di copia di documenti in possesso della pubblica amministrazione, l'art. 368 c.p.p. è applicabile anche nella fase dibattimentale, con la conseguenza che il sequestro può essere disposto dal giudice del dibattimento. V., in generale, Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 258, il quale ritiene che il riferimento al giudice per le indagini preliminari, indiretto a cagione del generico rinvio agli artt. 367 e 368 c.p.p., è dovuto ad un difetto di coordinamento tra le disposizioni. Negli stessi termini si esprime, inoltre, Di Maio, *op. cit.*, 258; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 345, nt. 236.

²⁷⁹ Focardi, *Più garantito il "diritto di accesso" agli atti di indagine*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 147.

²⁸⁰ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 390.

²⁸¹ Secondo Focardi, *Più garantito il "diritto di accesso" agli atti di indagine*, cit., 148, sembra che la caduta del monopolio investigativo "abbia imposto al legislatore di ridefinire i rapporti tra le parti (allo stato meramente potenziali) del procedimento penale".

²⁸² Secondo Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 119, nt. 32, il diritto di accesso al materiale sequestrato deve essere esteso al sostituto, ai sensi dell'art. 102 c.p.p. La stessa conclusione è sostenuta, inoltre, da Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 382.

²⁸³ Qualora, osserva Triggiani, *op. ult. cit.*, 383, esse siano, eventualmente, non trasportabili o non ancora rimosse e trasportate presso l'ufficio dell'organo inquirente.

La norma – ritenuta “espressione di un principio cardine, in base al quale nessuna parte può occultare alle altre le fonti di prova”²⁸⁴ – non compendia alcun adempimento preliminare, di talché – fatta salva la necessità di coordinare l’istituto in discorso con la disciplina stabilita dal codice processuale per l’accesso allo specifico luogo in cui le cose sequestrate sono custodite²⁸⁵ – l’esercizio del potere di esame non è sottoposto a termini²⁸⁶, né può ritenersi condizionato alla previa acquisizione di un’autorizzazione da parte del pubblico ministero – ovvero del giudice²⁸⁷ – e ciò è da ricondurre alla natura dell’atto consentito, trattandosi di una facoltà di verifica dal contenuto della quale è escluso qualsiasi rischio di manipolazione del materiale in sequestro²⁸⁸.

Correttamente, è stato rilevato che il generico riferimento alle cose sequestrate consente di ritenere che la facoltà di esame possa essere esercitata in relazione a qualsiasi tipo di sequestro²⁸⁹, disposto dalla polizia giudiziaria ovvero dall’autorità giudiziaria, che abbia ad oggetto cose mobili o immobili²⁹⁰.

Secondo parte della dottrina, inoltre, il diritto di esaminare le cose sequestrate – esame che, dovendo avvenire nel luogo in cui esse si trovano, non può presupporre una localizzazione di tipo diverso, funzionale al compimento dell’atto – spetta al difensore non solo con riferimento al se-

²⁸⁴ Focardi, *Più garantito il “diritto di accesso” agli atti di indagine*, cit., 148, il quale soggiunge: “Se, in base al principio di parità delle armi, ciascuna parte – pubblica o privata – può trarre dalle fonti di prova gli elementi a sostegno della propria tesi, ciò impone necessariamente che le fonti siano liberamente accessibili a tutte”. Sul punto v., inoltre, le acute riflessioni di Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 390.

²⁸⁵ Di Maio, *op. cit.*, 208, secondo il quale gli artt. 391 *sexies* e 391 *septies* c.p.p. “si possono considerare funzionali e strumentali alle facoltà di cui sopra”. V., altresì, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 120.

²⁸⁶ Cass., 21-2-2002, n. 15186 *Vanoni*, in *CED Cass.*, rv. 221472. Secondo Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 385, invece, troverebbero applicazione i termini previsti dalla prima parte dell’art. 366, 1° comma, c.p.p.

²⁸⁷ In questi termini v., correttamente, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 119, secondo il quale viene, così, reso effettivo il diritto di difesa, posto che il difensore “può preparare un’adeguata e tempestiva difesa solo se è in condizione di visionare gli elementi di prova già conosciuti dall’organo dell’accusa”. V., inoltre, Di Maio, *op. cit.*, 208.

²⁸⁸ Focardi, *Più garantito il “diritto di accesso” agli atti di indagine*, cit., 152, nt. 4.

²⁸⁹ Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 387.

²⁹⁰ Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 119.

questo eseguito nei confronti del proprio assistito, ma anche in relazione a quello effettuato a terzi nell'ambito dello stesso procedimento penale²⁹¹.

Le facoltà cognitive degli organi investigativi privati sono state ampliate, oltre che in virtù della modifica dell'art. 366, 1° comma, c.p.p., anche attraverso una notevole estensione dei poteri di intervento del consulente tecnico.

Fa da sfondo all'innovazione normativa l'insegnamento della Corte costituzionale secondo il quale la facoltà di farsi assistere da un consulente tecnico è espressione del diritto di difesa tutte le volte in cui l'accertamento della responsabilità penale richiede il possesso di cognizioni tecniche che, così come non possono essere presunte nella persona del giudice, così possono non essere proprie del difensore²⁹².

Infatti, l'art. 233, 1° comma *bis*, c.p.p., integrato dall'art. 5, l. 7-12-2000, n. 397, stabilisce che il giudice, a richiesta del difensore, può autorizzare il consulente tecnico di una parte privata ad espletare le seguenti attività:

1. esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano;
2. intervenire alle ispezioni, siano esse personali ovvero reali²⁹³;
3. esaminare l'oggetto delle ispezioni alle quali il consulente stesso non è intervenuto.

L'esercizio di siffatta facoltà è condizionato, come già detto, all'acquisizione di una preventiva autorizzazione giudiziale, mentre prima dell'esercizio dell'azione penale, puntualizza la norma, l'autorizzazione è disposta dal pubblico ministero e, anche in questo caso, sempre su richiesta del difensore, la quale finisce con l'atteggiarsi, quindi, a premessa indispensabile e mai sostituibile da formalità propulsive riconducibili a soggetti diversi.

È da ritenere che l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria assorba quella prevista dall'art. 391 *septies* c.p.p. in relazione ai casi in cui le co-

²⁹¹ In questi termini v. Ventura, *op. ult. cit.*, 120. Nonché, sempre in dottrina, Di Maio, *op. cit.*, 209; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 383; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., 385.

²⁹² C. cost., 19-2-1999, n. 33, in *Cass. pen.*, 1999, 814.

²⁹³ V., per questa puntualizzazione, Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 123, il quale richiama, a sostegno dell'interpretazione proposta, il disposto dell'art. 233, 1° comma *ter*, c.p.p.

se da esaminare si trovino in luoghi privati o non aperti al pubblico²⁹⁴, anche se non mancano opinioni dottrinarie diverse, secondo le quali l'autorizzazione all'accesso è assorbita nell'autorizzazione all'esame soltanto nel caso in cui quest'ultima sia rilasciata dal giudice, dovendo, nell'ipotesi diversa in cui l'atto si svolga prima dell'esercizio dell'azione penale, essere affiancata da quella specificamente prevista dall'art. 391 *septies* c.p.p.²⁹⁵.

La ragione della previsione della scissione dei ruoli propulsivi ed operativi connessi alla complessiva gestione dell'atto è da ricercare nella necessità di esplicitarne chiaramente, nella richiesta, la connotazione sostanziale e finalistica, adempimento implicante valutazioni che soltanto il difensore – unico depositario di una visione globale dei profili finalistici ed operativi della complessiva attività investigativa difensiva – può compiere in vista dell'adozione di un provvedimento giudiziale che su di esse è chiamato a fare affidamento.

Il provvedimento autorizzativo, il quale ha forma di ordinanza²⁹⁶ ovvero di decreto qualora l'istanza sia rivolta al pubblico ministero²⁹⁷, deve contenere, ai sensi dell'art. 233, 1° comma *ter*, c.p.p., le prescrizioni necessarie per la conservazione dello stato originario delle cose e dei luoghi e per il rispetto delle persone.

La legge sulle investigazioni difensive ha altresì modificato l'art. 366, 2° comma, c.p.p., il quale prevede che il pubblico ministero può disporre, con decreto motivato e ricorrendo gravi motivi, che l'esercizio della facoltà del difensore di esaminare le cose sequestrate sia ritardato, per un periodo di non oltre trenta giorni.

²⁹⁴In questo senso v., in dottrina, Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 375, il quale ritiene che sia implicita all'esame l'autorizzazione ad accedere ai luoghi in cui la *res* si trova.

²⁹⁵Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 123, secondo il quale l'autorizzazione all'accesso è assorbita nell'autorizzazione all'esame soltanto nel caso in cui quest'ultima sia rilasciata dal giudice, dovendo, nell'ipotesi diversa in cui l'atto si svolga prima dell'esercizio dell'azione penale, essere affiancata da quella specificamente prevista dall'art. 391 *septies* c.p.p.

²⁹⁶Di Maio, *op. cit.*, 167, secondo il quale, nel silenzio della legge, l'ordinanza sarebbe impugnabile secondo i principi generali di cui all'art. 586 c.p.p. Negli stessi termini, v. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 378.

²⁹⁷Pur in assenza di ulteriori qualificazioni, l'interpretazione sistematica della disposizione induce a ritenere che il decreto del pubblico ministero debba essere motivato. V., per analoga conclusione, Triggiani, *op. loc. ult. cit.*; Di Maio, *op. cit.*, 166.

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

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

Il nesso di consequenzialità che lega la formazione del fascicolo alla produzione degli atti investigativi difensivi induce, ovviamente, a ritenere che può anche accadere che un fascicolo del difensore non venga mai formato nell'ambito di un determinato procedimento, non essendo immaginabile che la cancelleria del giudice per le indagini preliminari possa procedere alla formazione di un fascicolo senza che via sia stato il deposito di, quantomeno, un atto d'indagine difensiva²⁹⁸.

Chiaramente, dal momento della presentazione²⁹⁹ – alla quale segue, inevitabilmente, l'inserimento nel relativo fascicolo – la documentazione degli atti investigativi difensivi rimane definitivamente acquisita al procedimento e di essa non potrà essere richiesta la restituzione, sebbene dovesse, a posteriori, emergere il carattere pregiudizievole degli elementi acquisiti rispetto alla posizione della persona assistita³⁰⁰.

BIBLIOGRAFIA

Alonzi, *Art. 406 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, Milano, 2010, 5001; Alvares, *Art. 335 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2228; Amodio, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 1460; Aprati,

²⁹⁸ Anche secondo Scillitani, *Il fascicolo del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, cit., 307, l'esistenza o meno di un fascicolo del difensore è connessa alla presentazione di elementi probatori.

²⁹⁹ Di essa, precisa l'art. 116, 3° comma *bis*, c.p.p. – interpolato dall'art. 2 della legge sulle investigazioni difensive – il difensore ha diritto al rilascio di apposita attestazione, anche in calce ad una copia.

³⁰⁰ Siffatto profilo di rilevanza dell'inserimento dell'atto nel fascicolo del difensore è messo in evidenza, tra l'altro sulla scorta dei lavori preparatori, da Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 452. Il dato, d'altra parte indiscutibile, è sottolineato, altresì, da Ventura, *Le indagini difensive*, cit., 162; Bricchetti, *L'attività investigativa del difensore*, cit., 123; Grifantini, *op. cit.*, 410.

Notizia di reato, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 97; Aprile, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 4035; Balducci, *Perquisizione*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 981; Barbara, *Investigazioni difensive*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 307; Bargis, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 360; Id., *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1350; Bernardi, *Le attività di indagine*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 208; Biscardi, *Art. 391 bis c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, diretto da Spangher, Milano, 2013, 2081; Id., *Art. 391 sexies c.p.p.*, *ivi*, 2089; Id., *Art. 391 septies c.p.p.*, *ivi*, 2091; Boldieri, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, 2035; Bonzano, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 1281; Id., *Attività del pubblico ministero*, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 319; Bortolin, *È 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. e proc. pen.*, 2003, 1044; Bracaglia Morante, *Nota a Pret. Roma, 13 aprile 1992, Cizmich*, in *Cass. pen.*, 1992, 2480; Bricchetti, *L'attività investigativa del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 111; Id., *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 41; Campanella, *L'accesso ai luoghi nel quadro delle attività di investigazione difensiva*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, 164; Id., *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 274; Cappa, *La discovery probatoria, l'elaborazione della prova e la prova "concordata" prima del dibattimento*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 307; Caprino, *Art. 393 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2501; Caprino, *Art. 394 c.p.p.*, *ivi*, 2509; Caprioli, *Nuovi orizzonti del diritto di difesa nella fase pre-processuale: l'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 270; Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Tratt. Spangher*, I, 2, Torino, 2008, 16; Cerqua, *Registro delle notizie di reato*, in *Digesto pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 1299; Cesari, *Il "minore informato sui fatti" nella legge 172/2012*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 174; Id., *Prova (Acquisizione della)*, in *Digesto pen.*, Agg. II, Torino, 2001, 720; Id., *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 2000; Ciavola, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 923; Comi, *Art. 391 bis c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2457; Comi, *Art. 391 ter c.p.p.*, *ivi*, 2463; Confalonieri, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 809; Cordero, *Procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2003; Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 168; Cristiani, *Art. 38 disp. att. c.p.p.*, in *Comm. Chiavario*, Torino, 1992, 152; Curtotti Nappi-Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 623; Curtotti Nappi-Saravo, *Sopralluogo giudiziario*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 595; D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, in

Cass. pen., 1992, 1350; Dean, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Dalia-Ferraioli, Milano, 2002, 211; De Caro, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3220; De Pascalis, *La disciplina dell'art. 415 bis c.p.p. tra diritto di difesa, completezza delle indagini e ragionevole durata del procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 904; Di Chiara, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive*, in *Legislazione pen.*, 2002, 1-2, 14; Di Maio, *Le indagini difensive*, Padova, 2001; Dubolino, *Informazione di garanzia*, in *Digesto pen.*, Agg. I, Torino, 2000, 413; Felicioni, *Perquisizioni*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua-Marzaduri-Spangher, Torino, 2013, 687; Id., *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004; Filippi, *Il fascicolo del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 295; Focardi, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 371; Id., *Più garantito il "diritto di accesso" agli atti di indagine*, *ivi*, 147; Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965; Frigo, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 58; Id., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 189; Id., *Il consulente tecnico della difesa nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 2183; Furguele, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte e di informazioni nell'ambito dell'attività investigativa del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 138; Gaeta, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 123; Gaeta, *Art. 360 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, Milano, 2010, 4348; Id., *Art. 364 c.p.p.*, *ivi*, 4435; Id., *Art. 365 c.p.p.*, *ivi*, 4449; Garello-Scuto, *Giallo sull'assunzione di informazioni del PM*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 66; Garofano-Conz-Levita (a cura di), *Femminicidio*, Roma, 2013, 173; Garuti, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, 163; Id., *Chiusura delle indagini e archiviazione*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da Aimonetto, Torino, 1999, 397; Giambruno, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in *Cass. pen.*, 1994, 338; Giostra, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili*, in *Cass. pen.*, 1995, 3600; Id., *Segreto processuale*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 1; Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009; Grevi, *Ancora e sempre alla ricerca del "giusto processo"*, in *Legislazione pen.*, 2001, 475; Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, 404; Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 498; Kalb, *La documentazione delle indagini difensive*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 245; Iafisco, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, 2009, 213; Ichino, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da Aimonetto, Torino, 1999, 119; Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, 151; Ielo, *Art. 365 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, diretto da Spangher, Milano, 2013, 1996; Id., *Art. 367 c.p.p.*, *ivi*, 2001; Insolera, *"L'innaffiatore innaffiato", ovvero la tutela penale delle indagini*

difensive, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 1417; La Regina, *Art. 413 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, Milano, 2010, 5141; Id., *Incidente probatorio*, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 551; La Rocca, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 290; Id., *La prova delegata*, I, *L'incidente probatorio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 214; Leone, *I punti centrali della riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 5; Lorusso, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 264; Id., *Investigazioni difensive*, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 497; Lozzi, *Indagini preliminari, incidenti probatori e udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 1284; Lupària, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Tratt. Spangher*, III, Torino, 2009, 222; Manzione, *L'attività del pubblico ministero*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da Aimonetto, Torino, 1999, 227; Manna, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. e processo*, 2003, 1276; Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di Conso-Pisapia, II, Torino, 1968; Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005; Marotta, *Prova (Mezzi di e mezzi di ricerca della)*, in *Digesto pen.*, X, Torino, 1995, 352; Massa, *Aspetti della riforma del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 744; Mastrogiovanni, *Le nuove regole per l'assunzione anticipata dei mezzi di prova*, in *Le innovazioni in tema di formazione della prova nel processo penale. Commento alla legge 7 agosto 1997, n. 267*, Milano, 1997, 21; Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004; Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 51; Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 8ª ed., Milano, 2001, 261; Id., *Indagini preliminari*, in *Enc. Dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 695; Id., *Documentazione degli atti processuali*, in *Digesto pen.*, IV, Torino, 1990, 164; Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998; Nuzzo, *La Corte costituzionale esclude l'avviso di conclusione delle indagini preliminari nei procedimenti speciali*, in *Cass. pen.*, 2002, 3736; Ovi, *Art. 413 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2632; Panagia, *Il diritto alla prova della difesa tra norme penali e codice di rito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 1249; Pansini, *La fase delle indagini preliminari*, in *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di Scafati, Padova, 2001, 152; Parlato, *Il "diritto al silenzio" del potenziale testimone e l'incidente probatorio in sede di indagini difensive*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 872; Id., *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001; Papa, *False dichiarazioni al difensore*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, III, Milanofiori Assago, 2008, 207; Paulesu, *Attività a iniziativa della polizia giudiziaria*, in *Comm. c.p.p. Giarda-Spangher*, Milano, 2010, 4261; Paulesu, *Art. 350 c.p.p.*, *ivi*, 4237; Pecorella, *La deontologia del "nuovo" avvocato. L'inchiesta "parallela"*, in *Cass. pen.*, 1989, 1359; Perchinunno, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, 224; Pezzella, *L'avviso di conclusione delle indagini in caso di imputazione iussu iudicis*, in *Dir. e giustizia*, 2003, 7, 54; Piattoli, *Incidente probatorio*, in *Digesto pen.*, Agg. I, Torino, 2000, 399; Piffer, *Il delitto di false dichiarazioni al difensore*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Marinucci-Dolcini, IV, Padova, 2005, 397; Pisanelli, *Indagini preliminari delegate*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1170; Piziali, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in *Le indagini difensive*, Milano,

2001, 217; Poggi-Cavalera, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova, 2000, 383; Presutti, *Indagini difensive e "parità delle armi"*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, II, Milano, 2000, 609; Pulvirenti, *Le indagini difensive: dal nuovo codice di rito alla legge di riforma n. 332/1995*, in *Cass. pen.*, 1996, 986; Quaglierini, *Le modifiche in tema di incidente probatorio*, in *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 210; Id., *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in *Cass. pen.*, 1993, 2306; Randazzo, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in *Dir. e giustizia*, 2003, 44, 10; Id., *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 37; Reynaud, *Documentazione degli atti del procedimento*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da Marzaduri, Torino, 1996, 97; Ricci, *Garanzie difensive e limiti cronologici all'esercizio dell'azione penale: a proposito dell'art. 415 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, 376; Riccio, *Profili funzionali e aspetti strutturali delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 107; Rivello, *Gli accertamenti tecnici irripetibili previsti dall'art. 360 c.p.p. e dall'art. 391 decies, comma 3, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 3733; Id., *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 1999, 155; Id., *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997; Rombi, *Le investigazioni difensive: la dichiarazione scritta*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 1415; Ruggiero, *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2004, 69; Id., *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003; Id., *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. e processo*, 2002, 929; Sammarco, *Tempo e condizioni delle investigazioni difensive. Un caso di inesistenza del giusto processo*, in *Dir. pen. e processo*, 2008, 525; Santoriello, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, II, 1; Santoro, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida dir.*, 2001, 1, 78; Saponaro, *La ricerca dalla prova nelle indagini difensive*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, II, Torino, 2008, 175; Scafati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Indice pen.*, 1992, 130; Scella, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, 179; Scillitani, *Il fascicolo del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 307; Selvaggi, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, 2049; [Siracusano, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir., Annali II*, I, Milano, 2008, 497](#); Sola, *Art. 367 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2354; Id., *Art. 369 c.p.p.*, *ivi*, 2357; Id., *Art. 415 bis c.p.p.*, *ivi*, 2648; Spangher, *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocato può vincere*, in *Corriere giur.*, 2001, 285; Id., *Introduzione*, in *Dir. pen. e processo*, 2001, 206; Stefani (a cura di), *Codice pratico delle indagini difensive*, Milano, 2001; Tranchina, *L'investigazione difensiva*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2001, 161; Tribisonna, *Non è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia infantile nell'esame del minore*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, 65; Id., *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 274; Triggiani, *I mezzi di ricerca della prova*, in *Tratt. Spangher*, II, 1, Milano, 2009, 448; Id., *Le investigazioni difensive*, Milano, 2001; Id., *La l. 7 dicembre 2000, n. 397 ("Disposizioni in materia di indagini difensive")*: *prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, 2282; Varraso, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Tratt. Spangher*,

III, Torino, 2009, 694; Ventura, *Indagini difensive e qualifica giuridica del difensore*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 214; Id., *Le indagini difensive*, Milano, 2001; Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, 198; Sola, *Art. 406 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 2570; Volpe-Ambrosoli, *Registro delle notizie di reato*, in *Digesto pen.*, XII, Torino, 1997, 46; Zacchè, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 2002, 2550; Zanetti, *Art. 350 c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, diretto da Spangher, Milano, 2013, 1920.