

# Investigazioni difensive e prova dichiarativa

Michele Ruvolo

SOMMARIO: 1. Giusto processo ed investigazioni difensive.- 2. Diritto di difesa ed investigazioni difensive: evoluzione normativa.- 3. La parità delle parti. La prova dichiarativa raccolta dal difensore.- 4. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova. Utilizzabilità delle deposizioni rese al difensore nella fase dibattimentale. Investigazioni difensive e procedimenti speciali.- 5. Conclusioni.

## ***1. Giusto processo ed investigazioni difensive.***

A distanza di circa dieci anni dalla emanazione della legge 397/2000, recante disposizioni in materia di investigazioni difensive, ci si chiede se possa considerarsi raggiunto lo scopo del legislatore di *uniformarsi* al dettato costituzionale di cui all'art. 111 Cost..

Con la suddetta legge, infatti, il legislatore - sposando una concezione ampia del diritto di difesa, inteso non soltanto in senso tecnico ma anche in senso *sostanziale* - ha voluto dar voce al principio della parità delle parti (art. 111 Cost. co. 2) ed al principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 Cost. co. 4). E ciò sia sforzandosi di porre su un medesimo piano la parte pubblica e la parte privata, pur nel rispetto delle diversità che contraddistinguono i due ruoli; sia cercando di dotare la prova dichiarativa, individuata e raccolta dal difensore, della medesima dignità probatoria di quella individuata e raccolta dalla p.g. e dal p.m., accentuando così l'importanza della fase dibattimentale quale sede naturale della formazione della prova nel processo penale.

Tuttavia, numerose sono state le critiche sollevate da parte della dottrina, la quale - pur riconoscendo il carattere innovativo delle disposizioni introdotte dal legislatore del 2000 - non ha esitato ad evidenziare la non esaustività dell'intervento riformatore<sup>1</sup>. Un'analisi della nozione di *giusto processo* e dei sotto-principi in cui la stessa trova articolazione si impone, pertanto, alla nostra riflessione.

Senza ripercorrere l'evoluzione normativa che ha condotto all'emanazione della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2<sup>2</sup>, preme qui osservare come

---

1 V. E. STEFANI, *Avvocatura ed investigazione*, in *L'investigazione come scienza* (a cura di) F. Sidoti, L'Aquila, 2004.

2 V. S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2008, 1, pg. 129 e ss.; F. GIUNCHEDI, *Verso la celebrazione di un processo "giusto"*, in Giur. merito 2004, 3, pg. 556 e ss.; G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in Cass. pen. 2003, 6, pg. 2096 e ss.; F.M. IACOVIELLO, *Giusto processo? Alcune domande*, in Cass. pen. 2003, 5, pg. 1458 e ss.; E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in Cass. pen. 2003, 4, pg. 1419 e ss.; G. FIDELBO, *La legge 1 marzo 2001 n. 63 sul "giusto processo" nelle prime applicazioni della Corte di Cassazione*, in Cass. pen. 2002, 7-8, pg. 2244 e ss.; A. BALSAMO, *L'inserimento nella Carta Costituzionale dei principi del "giusto processo" e la valenza probatoria delle contestazioni nell'esame dibattimentale*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2002, 2, pg. 471 e ss.; G. INZERILLO, *Punti fermi e questioni aperte dopo l'intervento della Corte Costituzionale in tema di "giusto processo"*, in Cass. pen. 2002, 6, pg. 1944 e ss.

l'espressione "*giusto processo*" racchiuda in sè diversi principi, volti a garantire l'effettività della tutela dei diritti della persona. In particolare, il *giusto processo* presuppone, da un lato, il diritto di agire davanti ad un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge, per ottenere giustizia entro un termine ragionevole, e, dall'altro lato, il diritto di difendersi, anche in assenza di mezzi. L'espressione utilizzata dall'art. 111 Cost. sembra riecheggiare quelle contenute nell'art. 6 C.E.D.U.<sup>3</sup> e nell'art. 47 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali<sup>4</sup>, che fanno riferimento al diritto ad un *equo processo*. Invero, la Corte Europea di Strasburgo intende *l'équitable* in un'accezione molto ampia, che guarda anche ai doveri di lealtà e correttezza da parte dei soggetti processuali, agli interessi della vittima, alla protezione dei testimoni sottoposti a violenza o minaccia<sup>5</sup>. Nondimeno, quand'anche si dovesse riconoscere al *giusto processo* un significato riduttivo, il carattere *eminente* delle interpretazioni offerte dalla Corte dei Diritti Umani e l'efficacia *vincolante* della Carta Europea dei Diritti

---

3 L'art. 6 C.E.D.U., rubricato *Diritto ad un equo processo*, così recita: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

4 L'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, rubricato *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, così recita: "1. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. 2. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. 3. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

5 Cfr. E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2003, 1-2, pg. 93 e ss.

Fondamentali varrebbero a rimuovere ogni incertezza sull'effettiva portata del diritto garantito. Del resto, anche la Corte Costituzionale interpreta in senso ampio l'espressione in discorso, definendola una "*formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio*"<sup>6</sup>. Sicché, condivisibili appaiono quegli orientamenti dottrinali che guardano al *giusto processo* come ad un *procès équitable*<sup>7</sup>.

In prima approssimazione, è possibile rinvenire, in seno all'art. 111 Cost., alcune disposizioni che si riferiscono, in generale, a tutti i processi ed altre dettate specificatamente per il processo penale. Si riferiscono ad ogni processo: il principio della riserva di legge in materia giurisdizionale, da sempre presente nel nostro ordinamento quale consuetudine costituzionale<sup>8</sup>; il principio del contraddittorio cd. dialettico - in forza del quale il giudice, prima di assumere una qualsiasi decisione, è tenuto ad ascoltare le ragioni di entrambe le parti - in condizioni di parità; la indipendenza, terzietà ed imparzialità del giudice, intesa sia in senso soggettivo, guardando cioè al *foro* interno del magistrato, sia in senso oggettivo, ossia con riguardo alle condizioni che appaiono *all'esterno*; la ragionevole durata, rapportata non soltanto alla natura e alla complessità dell'oggetto del giudizio, ma altresì al comportamento tenuto dalle parti e dall'autorità giudiziaria<sup>9</sup>.

Attengono al processo penale, invece, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5, volte a specificare, più nel dettaglio, il diritto di difesa, già riconosciuto nell'art. 24 Cost., ed a dotare di rilevanza costituzionale il principio del contraddittorio cd. probatorio (con le relative eccezioni in caso di condotta illecita, consenso dell'imputato, impossibilità di natura oggettiva).

Il principio della parità delle parti, già ricavabile dall'art. 3 della Cost., previsto in generale in ogni processo, nel processo penale subisce alcuni adattamenti, che tengono conto della natura pubblicistica del ruolo svolto dal p.m. e dell'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei reati. A differenza di quanto avviene nel processo civile, ove entrambe le parti (attore e convenu-

6 Corte Costituzionale, 24 aprile 1996 n. 131, in *Giur. Cost.* 1996, pg. 1146.

7 V. M. CHIAVARIO, *Quando la "scommessa" sul giusto processo si gioca tutto nella valutazione delle prove*, in *Guida al dir.* 1999, 45, pg. 9.

8 S. CHIARONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, cit., pg. 129.

9 Corte Europea di Strasburgo, 27 aprile 1987, *Erkner e Hofauer vs* ; 27 settembre 1997, *Gary Fallou Aebe vs Grecia*; 19 ottobre 1999, *Gelli vs Italia*, in *Guida al dir.* 1999, 44, pg. 111; 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi vs Italia*, in *Guida al dir.* 1999, 37, pg. 132; Corte di Giustizia, 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH, Causa C-185/95*, in *Raccolta* 1998, I, pg. 8417; in dottrina cfr. P. Manzini, *Sull'irragionevole durata delle procedure comunitarie*, in *Dir. Unione Europea* 1999, pg. 494.

to) sono portatrici di interessi privati, nel processo penale non è possibile porre su un medesimo piano l'accusato ed il pubblico ministero. Il processo penale non rappresenta soltanto la sede naturale ove l'accusato possa far valere le proprie ragioni. Esso costituisce, altresì, la sede naturale ove accertare la *verità processuale*, e quindi scoprire i reati e applicare le sanzioni al fine di proteggere la società dalla criminalità<sup>10</sup>. La necessità di far fronte alle esigenze sottese all'interesse pubblico perseguito dal processo penale, quindi, impone di considerare in modo *più elastico* il principio della parità tra accusa e difesa. Quanto al contraddittorio, esso viene inteso sia in senso oggettivo, quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, sia in senso soggettivo, quale diritto dell'accusato di confrontarsi con il suo accusatore<sup>11</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, acquista rilievo costituzionale il diritto dell'imputato "*di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico*" (art. 111 Cost. co. terzo), nonché il principio secondo il quale "*la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore*" (art. 111 Cost. co. quarto). Particolari complessità sorgono, tuttavia, ove le dichiarazioni accusatorie provengano da determinate categorie di dichiaranti, quali gli imputati di reati connessi o collegati. In tali ipotesi, infatti, il diritto al contraddittorio nella formazione della prova non costituisce soltanto espressione del diritto di difesa (avuto riguardo all'accusato), ma entra esso stesso in collisione con il diritto al silenzio, pure riconosciuto all'imputato di reato connesso o collegato<sup>12</sup>.

Sotto il profilo oggettivo, il principio del contraddittorio non viene concepito in modo assoluto e senza alcuna eccezione. Nessun riferimento è fatto all'oralità ed all'immediatezza, con la conseguenza che il principio in questione risulta essere pienamente rispettato anche nel corso dell'incidente probatorio - ove la prova si forma davanti ad un giudice che non è quello della decisione - e la regola generale può essere scalfita in presenza dei rigorosi presupposti previsti dalla Costituzione (consenso dell'imputato, accertata impossibilità di natura

---

10 V. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VII edizione, Giuffrè, Milano, 2006, pg. 3, il quale sottolinea come anche la difesa dell'accusato costituisca oggetto di un interesse pubblico. E ciò in quanto tutti i cittadini possono trovarsi, astrattamente, nelle condizioni di dover subire un processo penale. Sicché, tutta la collettività nel suo complesso ha interesse a che il processo si svolga in modo corretto.

11 Cfr. Corte Costituzionale, 25 ottobre 2000 n. 440, in *Dir. pen. proc.* 2001, pg. 345, con nota di G.M.BACCARE; C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.* 2000, pg. 196 e ss.

12 V. G. ANDREAZZA - A. BALSAMO, *La prova dichiarativa*, in *Giur. merito* 2006, 7-8, pg. 1604 e ss.

obiettiva, provata condotta illecita).

Il consenso dell'imputato giustifica l'omissione del contraddittorio probatorio, ad esempio, nel patteggiamento, nel giudizio abbreviato e nel procedimento per decreto (ove la mancata opposizione si consideri alla stregua di un consenso implicito). In tali riti il giudice fonda la propria decisione utilizzando gli atti individuati e raccolti unilateralmente dalle parti. In cambio della rinuncia ad una partecipazione attiva nella formazione della prova, l'ordinamento garantisce all'accusato uno sconto di pena ed ulteriori agevolazioni. Ma, a ben vedere, se la disciplina dei procedimenti penali speciali viene inquadrata alla luce dell'obbligatorietà dell'azione penale, in uno con la complessità della fase dibattimentale del procedimento ordinario, tali riti possono essere considerati non come ipotesi di eccezione al contraddittorio ma come strumenti volti ad ottenere la deflazione del contenzioso e, quindi, ad utilizzare il dibattimento soltanto ove realmente occorra.

In relazione al secondo caso di deroga al contraddittorio nella formazione della prova previsto dall'art. 111 Cost. si osservi ora che l'impossibilità di ripetere l'atto, ex art. 512 c.p.p., prevede il recupero, ai fini probatori, degli atti assunti dalla p.g., dal p.m., dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare. Deve trattarsi, tuttavia, di un'impossibilità di natura oggettiva, dovuta a fatti od a circostanze imprevedibili e la diagnosi di imprevedibilità deve essere formulata non con riferimento al momento dibattimentale ma a quello delle indagini preliminari, nel quale sarebbe stato possibile accedere all'incidente probatorio<sup>13</sup>.

Infine, con riferimento all'ultima eccezione alla regola della formazione della prova nel rispetto del principio del contraddittorio, va rilevato che l'art. 500 co. 4 c.p.p. prevede l'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero, precedentemente rese dal testimone - e la utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal testimone che rifiuta di sottoporsi all'esame od al controesame di una delle parti - nel caso in cui, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi siano elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso. La sussistenza di una condotta illecita viene accertata a seguito di un procedimento incidentale, nel corso del quale il giudice, su richiesta della parte, svolge gli accertamenti che ritiene necessari. Tra le circostanze emerse nel dibattimento, possono essere prese in considerazione - sia pure

---

<sup>13</sup> V. Cassazione penale, 19 dicembre 1996 n. 12060. In dottrina, cfr. F. IZZO, *Indagini difensive ed atti irripetibili*, in D&G 2004, 15, pg. 86 e ss.

contestualmente rispetto ad altri elementi - anche le modalità con cui la deposizione viene resa<sup>14</sup>.

Nei paragrafi che seguono si focalizzerà l'attenzione sul modo in cui il diritto di difesa, la parità delle parti per un verso ed il principio del contraddittorio probatorio per altro verso trovano attuazione nella disciplina organica delle investigazioni difensive, cercando di individuare il ruolo della *prova dichiarativa* nell'ambito delle indagini compiute dal difensore.

## ***2. Diritto di difesa ed investigazioni difensive: evoluzione normativa.***

Nella disciplina del processo penale del 1930, di stampo inquisitorio e basato sul principio della "officialità" della prova, il difensore non aveva alcun potere "investigativo", potendo quest'ultimo soltanto vagliare, nella fase dibattimentale, la regolarità formale e sostanziale dell'attività istruttoria svolta dal pubblico ministero e dal giudice istruttore<sup>15</sup>. Quindi, il contributo offerto dal difensore non si esprimeva in termini di "partecipazione" nella formazione della prova, ma si estrinsecava in una "funzione critica" del materiale probatorio, caratterizzato dalla scrittura e dalla segretezza<sup>16</sup>. E ciò a causa della *diffidenza culturale* assunta nei confronti dell'attività di ricerca e raccolta delle prove da parte di un soggetto non istituzionalmente deputato alla scoperta della verità processuale, ma animato da un interesse "di parte".

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il tema delle investigazioni difensive assume un nuovo significato, intimamente connesso al diritto di difesa, costituzionalmente garantito in ogni stato e grado del procedimento<sup>17</sup>. Tra la dottrina più avveduta si acquisisce la consapevolezza che il diritto di difesa presenti, tra le sue sfaccettature, anche quella di potere ricercare e raccogliere il materiale probatorio idoneo a dimostrare l'innocenza dell'impu-

---

14 Cfr. Tribunale di Nola, 24 maggio 2002, in *Giur. Merito* 2003, pg. 1486; Corte di Assise di Milano, 17 dicembre 2001, in *Giur. Merito* 2003, pg. 127.

15 V. BELLAVISTA - TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1980; CORDEIRO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1985.

16 Cfr. A. DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.* 2001, 11, pg. 2951 e ss.; G. PICCIOTTO, *Il valore probatorio delle investigazioni difensive*, in *Giur. merito* 2010, 5, pg. 1362 e ss.; A. TRONCI, *La tutela del cittadino imputato: dalla Carta Europea dei Diritti Fondamentali alle nuove disposizioni sulle indagini difensive. Linee guida alla legge n. 397 del 2000 e modifiche al codice penale*, in *Cass. pen.* 2001, 7-8, pg. 2046 e ss.

17 V. CHIAVARIO, *Processo penale e garanzie della persona, I e II*, Giuffrè, Milano, 1982-1984; RICCIO - DE CARO - MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Jovene, Napoli, 1991.

tato<sup>18</sup> (cd. diritto di difendersi *provando*<sup>19</sup>). Inoltre, si ritiene che l'attività investigativa svolta dal difensore possa condurre "*alla scoperta della verità e non soltanto della difesa*", ponendosi in linea di continuità rispetto all'istruzione posta in essere dal pubblico ministero e dal giudice istruttore<sup>20</sup>.

Anche in ambito internazionale tali principi vengono formalmente consacrati, attribuendosi espressamente all'accusato il diritto ad "un pubblico processo" avente "tutte le garanzie per la sua difesa"<sup>21</sup>, nonché il diritto di "disporre del tempo e delle facilitazioni necessari a preparare la difesa"<sup>22</sup>. Ecco che, pur non prevedendo espressamente lo strumento processuale costituito dalle investigazioni difensive, il panorama normativo internazionale, con il proprio apporto ermeneutico, favorisce l'abbandono di una concezione "statica", a vantaggio di una concezione "dinamica" del diritto di difesa, riconoscendo all'imputato ed al suo difensore un ruolo "collaborativo".

Nondimeno, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della

18 V. G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1968, pg. 3.

19 Cfr. G. PICCIOTTO, *Il valore probatorio delle investigazioni difensive*, cit., pg. 1362 e ss.

20 V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. da Conso - Pisapia, II, casa ed., Torino, 1968, pg. 552 e ss.

21 L'art. 11 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, approvata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 10 dicembre 1948, così recita: "1. Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa. 2. Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso".

22 L'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Parigi dagli Stati aderenti al Consiglio d'Europa il 20 marzo 1952 e resa esecutiva in Italia con legge 5 agosto 1955 n. 848, così recita: "Diritto a un equo processo. 1 Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2 Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3 In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

nostra Carta Fondamentale, tale modo di intendere il diritto di difesa non viene recepito dalla Corte Costituzionale, la quale offre dell'art. 24 Cost. un'interpretazione "restrittiva", dando prevalenza all'aspetto tecnico. Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 212/74<sup>23</sup>, in cui la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 497 del c.p.p. del 1930 nella parte in cui non prevede, come legittimo impedimento della comparizione all'udienza, la detenzione all'estero<sup>24</sup>. O, ancora, alla sentenza n. 224/83<sup>25</sup>, ove la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 399 c.p.p. del 1930 nella parte in cui esclude il diritto dell'imputato di proporre appello, ai fini e nei limiti di cui all'art. 152 co. secondo c.p.p., avverso la sentenza del Pretore che lo abbia prosciolto per estinzione del reato per amnistia o per prescrizione<sup>26</sup>. In tal modo mostrando di guardare alla difesa non come ad una prerogativa dell'imputato per dimostrare la sua innocenza, bensì come ad un istituto di natura tecnico-processuale.

Anche gli ordini professionali forensi, inoltre, guardano con diffidenza all'attività di indagine svolta da parte dei difensori, disincentivando ogni forma di approccio investigativo prima del processo attraverso il divieto "*di contattare ed ascoltare i testimoni*"<sup>27</sup>.

La prospettiva muta a partire dalla fine degli anni '80, quando viene varata la legge delega n. 81/87 per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale<sup>28</sup>. Tale legge, infatti, recidendo ogni legame con il passato, prevede, nei suoi 105 punti, che il codice di rito sia incentrato intorno al modello accusatorio, il solo in grado di dare attuazione ai principi costituzionali ed ai principi elabo-

23 Corte Costituzionale 9 luglio 1974 n. 212.

24 L'art. 497 c.p.p. comma 1 del 1930 così recitava: "*Quando l'imputato anche se detenuto non si presenta all'udienza, ed è provato che l'assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, la Corte, il Tribunale, il Pretore, salvo quanto è disposto nell'art. 88, sospende o rinvia anche d'ufficio il dibattimento, secondo le circostanze, e prescrive, se occorre, che il provvedimento sia notificato all'imputato*".

25 Corte Costituzionale 21 luglio 1983 n. 224.

26 L'art. 399 c.p.p. del 1930 così recitava: "Il Procuratore del Re può appellare contro la sentenza del Pretore che dichiara non doversi procedere. Sull'appello decide il Giudice Istruttore con sentenza soggetta a ricorso per cassazione da parte del Procuratore del Re o del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello (comma 1). L'imputato può appellare al Giudice Istruttore contro la sentenza del Pretore nei casi indicati nell'ultimo capoverso dell'art. 387. La sentenza del giudice è soggetta a ricorso per Cassazione da parte del Procuratore del Re o del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello quando ha riformato quella del Pretore e da parte dell'imputato quando l'ha confermata (comma 2)".

27 Delibera del C.N.F. 29 giugno 1985 in Rass. for. 1986, pg. 80.

28 Legge delega 16 febbraio 1987 n. 81, recante la Delega al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, varato con D.P.R. 22 settembre 1988 n. 447.



rati dalle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relativi ai diritti della persona ed al processo penale. La suddetta legge introduce, per la prima volta, il principio della *parità delle parti* in ogni stato e grado del procedimento e la facoltà del pubblico ministero e *delle altre parti, dei difensori e della persona offesa* di indicare elementi di prova e di presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento.

Tuttavia, quanto auspicato dalla legge delega non trova compiuta attuazione con l'emanazione del codice di rito, riconoscendo l'art. 190 c.p.p. - rubricato "diritto alla prova" - il diritto di chiedere l'ammissione della prova ma non anche il diritto di *ricercare e raccogliere* le prove. La scelta del legislatore, infatti, è chiaramente orientata nell'attribuire l'attività di indagine esclusivamente al pubblico ministero, che ai sensi dell'art. 358 c.p.p. ha l'obbligo di compiere ogni attività necessaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale, nonché di svolgere accertamenti su fatti e circostanze *a favore* della persona sottoposta alle indagini. L'attività collaborativa da parte del difensore nella fase delle indagini preliminari viene invece circoscritta alla sola possibilità di presentare memorie e richieste scritte al p.m., ai sensi di quanto disposto dall'art. 367 c.p.p.. Alla persona sottoposta alle indagini residua, poi, soltanto la facoltà di presentarsi spontaneamente al pubblico ministero e di rilasciare dichiarazioni, in base a quanto previsto dall'art. 374 c.p.p.

Un passo avanti viene compiuto, a distanza di un anno, con l'art. 38 delle disp. att. c.p.p.<sup>29</sup>, il quale attribuisce al difensore la "*facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possono dare informazioni anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici*"; prevedendo altresì la possibilità che la suddetta attività possa essere svolta su incarico del difensore da investigatori autorizzati. L'obiettivo del legislatore è quello di consegnare nelle mani del difensore gli strumenti utili ad esercitare in pieno il diritto di difesa e il diritto alla prova di cui agli artt. 24 Cost. e 190 c.p.p. Tuttavia, la genericità della disposizione normativa - che non indica né la tipologia degli atti di indagine che il difensore può compiere e le relative modalità di svolgimento e documentazione, né il regime di utilizzabilità degli elementi di prova - favorisce l'elaborazione giurisprudenziale di un'interpretazione restrittiva, attraverso il principio

---

29 Introdotto con il D.lgs. 28 luglio 1989 n. 271, recante *Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale* (Suppl. ord. alla Gazzetta Ufficiale, Serie gen. n. 182 del 05 agosto 1989 e avviso di rettifica in Gazzetta Ufficiale, Serie gen. n. 227 del 28 settembre 1989).

della c.d. *canalizzazione* delle indagini difensive<sup>30</sup>. Principio in base al quale il difensore avrebbe potuto avvalersi degli elementi probatori ricercati solo dandone notizia al pubblico ministero, unico detentore degli strumenti per accertare la verità processuale<sup>31</sup>. Conseguentemente, la partecipazione del difensore al procedimento formativo della prova continua ad essere circoscritta alla sola fase dibattimentale, perdendosi, così, l'occasione di estenderla alle fasi antecedenti, "*quando lo richiedevano situazioni di compressione della libertà personale o, in prospettiva, scelte deflative*"<sup>32</sup>.

Fin tanto che il processo penale resta incentrato intorno al principio dell'oralità e della formazione della prova in dibattimento davanti ad un giudice terzo ed imparziale, il mancato riconoscimento di un potere investigativo *autonomo* in capo al difensore si presenta alla stregua di una mera "occasione perduta", essendo limitata, anche per il p.m. e la p.g., la utilizzabilità degli atti di indagine alle sole dichiarazioni rese nel corso di perquisizioni e nell'immediatezza sul luogo del fatto. Nel momento in cui la Corte Costituzionale, con le sentenze nn. 24, 254 e 255 del 1992<sup>33</sup>, scompaginando gli equilibri del sistema accusatorio, amplia il regime di utilizzabilità del materiale probatorio raccolto dal p.m. e dalla p.g., estendendolo a quasi tutta l'attività investigativa dagli stessi svolta, la *non attuazione* del principio di parità delle parti nella fase delle indagini preliminari diviene inconciliabile con l'art. 24 Cost.

Di qui l'intervento del legislatore che, con la legge n. 332/95<sup>34</sup>, novellando l'art. 38 disp. att. c.p.p., conferisce al difensore della persona sottoposta alle indagini (o della persona offesa) la possibilità di presentare direttamente al giudice elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare

---

30 V. A. TRONCI, *La tutela del cittadino imputato: dalla Carta Europea dei Diritti Fondamentali alle nuove disposizioni sulle indagini difensive. Linee guida della legge n. 397 del 2000 e modifiche al codice penale*, cit., pg. 2046 e ss.

31 Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, il difensore ha soltanto il potere di individuare la fonte di prova, ma non di *raccoglierla* documentandola, essendo tale potere riservato esclusivamente al p.m. Cfr. Cassazione penale, 31 gennaio 1994, in Giust. pen. 1994, pg. 223; Cassazione penale, 18 agosto 1992, in Cass. pen. 1993, pg. 2306.

32 A. DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, cit., pg. 2951 e ss.

33 Corte Costituzionale, 31 gennaio 1992 n. 24, in Cass. pen. 1992, pg. 917 (nota), Giur. cost. 1992, pg. 114 (nota), Riv. it. dir. e proc. pen. 1992, pg. 678 (nota), Arch. pen. 1992, pg. 51., Arch. nuova proc. pen. 1992, pg. 31., Cons. Stato 1992, II, pg. 43., Foro it., 1992, I, pg. 1053., Giust. pen. 1992, I, pg. 304 (nota), Riv. pen. 1992, pg. 633., Informazione previd. 1992, pg. 256; Corte Costituzionale, 03 giugno 1992 nn. 254 e 255.

34 Legge 8 agosto 1995 n. 332, recante "*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione, di misure cautelari e di diritto di difesa*" e pubblicata sulla G.U. n. 184 del 8-8-1995.

(co. 2 *bis*); e precisa che la documentazione presentata al giudice viene inserita nel fascicolo relativo agli atti di indagine (co. 2 *ter*)<sup>35</sup>.

Ponendo espressamente il difensore nelle condizioni di incidere, anche attraverso la propria attività investigativa, sulla decisione del giudice, interloquendo immediatamente con lo stesso - anche in una fase antecedente al dibattimento - il legislatore favorisce un importante *revirement* giurisprudenziale<sup>36</sup>. A seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 38 disp. att. c.p.p. la giurisprudenza di legittimità riconosce, infatti, che, sul piano della utilizzabilità, le indagini espletate dal difensore hanno il medesimo valore di quelle espletate dal pubblico ministero. Tuttavia, viene sottolineata, altresì, l'opportunità che il giudice valuti le indagini private tenendo conto della diversità di disciplina e della circostanza che gli elementi forniti dal difensore non sono assistiti dalle garanzie di veridicità che caratterizzano gli elementi forniti dal p.m., alla luce del fatto che alle dichiarazioni raccolte ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.p.p. non si applicano né gli artt. 371 *bis*, 476 e 479 c.p., né le norme relative alle modalità di documentazione.

Potendo attivarsi il difensore soltanto ove il giudice sia chiamato ad assumere una decisione, si è ancora ben lontani dall'attribuire all'accusato il potere di difendersi *provando*. Inoltre, limitandosi il legislatore ad offrire un'interpretazione autentica della disciplina previgente, nulla viene aggiunto in ordine alla tipizzazione dei comportamenti e delle modalità di documentazione degli atti di indagine e del conseguente regime di utilizzabilità degli stessi.

Maggiori aperture verso un nuovo modo di concepire il diritto di difesa, che vada oltre la difesa in senso tecnico, per approdare verso una difesa in senso sostanziale, si rinvencono nella cd. legge Carotti, n. 479/99<sup>37</sup>, che introduce, per la prima volta, l'espressione "*attività di investigazione difensiva*" nella sistematica del codice di procedura penale.

In particolare, l'art. 415 *bis* c.p.p. prevede che l'avviso debba contenere, tra l'altro, l'avvertimento che l'indagato ha facoltà, entro il termine di venti giorni,

---

35 V. anche P. TONINI, *Commento all'art. 22 della legge 332/95*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1995; GIARDA - SPANGHER, *Commento all'art. 38 disp. att. c.p.p.*, in Codice di procedura penale commentato, Ipsoa, Milano, 1997.

36 Cfr. Cassazione penale, 2 dicembre 1997, in Cass. Pen. 1998, pg. 1205.

37 Legge 16 dicembre 1999 n. 497, recante "*Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense*", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - Serie generale n. 296 del 18 dicembre 1999.

di depositare la *documentazione relativa ad investigazioni del difensore*<sup>38</sup>; l'art. 430 *bis* c.p.p. vieta al p.m., alla p.g. ed al *difensore* di assumere informazioni dalla persona ammessa ai sensi dell'art. 507 o indicata nella richiesta di incidente probatorio o ai sensi dell'art. 422 co. 2, ovvero nella lista prevista dall'art. 468 e presentata dalle altre parti processuali (pena la inutilizzabilità delle informazioni assunte in violazione del divieto); gli artt. 431, 493, 555 c.p.p. prevedono la facoltà delle parti di concordare l'acquisizione degli atti contenuti nel fascicolo del p.m. e della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva al fascicolo del dibattimento, rispettivamente al momento della formazione dello stesso (art. 431 c.p.p.), contestualmente alla richiesta di ammissione dei mezzi di prova (art. 493 c.p.p.), od ancora, quando deve procedersi al giudizio, all'esito dell'udienza di comparizione, a seguito di citazione diretta (art. 555 c.p.p.).

Con la legge Carotti, quindi, la disciplina frammentaria delle indagini difensive acquista un nuovo slancio, essendo concepita l'udienza preliminare come un momento in cui è possibile definire la causa in corso e potendo il difensore giungere all'udienza preliminare in modo più "preparato". Questi, infatti, ha la possibilità di individuare e raccogliere le prove nel momento procedimentale in cui ciò appare normalmente più proficuo (dovendo depositare il materiale probatorio raccolto nel termine di cui all'art. 415 *bis* co. 3). Con minor favore, invece, viene accolto il termine, di soli 20 giorni, entro il quale la predetta documentazione deve essere depositata.

Infine, si aggiungono nuovi elementi processuali per far ritenere la *tendenziale* parità della posizione assunta dal p.m. e dal difensore. L'attività investigativa svolta dal difensore viene posta su un medesimo piano rispetto all'attività di indagine posta in essere dal p.m., sia ove venga in questione l'acquisizione concordata degli atti di indagine al fascicolo del dibattimento, sia avuto riguardo al divieto di anticipare l'escussione di una persona che sta per essere sentita dal giudice, al fine di evitare il condizionamento della genuinità dell'esame.

### **3. La parità delle parti. La prova dichiarativa raccolta dal difensore.**

Ripercorsa, sia pur brevemente, l'evoluzione normativa in tema di investiga-

---

<sup>38</sup> Oltre che di presentare memorie, produrre documenti, chiedere al p.m. il compimento di atti di indagine, nonché di presentarsi per rilasciare dichiarazioni ovvero chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio.

zioni difensive, ben si può cogliere l'importanza della legge 397/2000<sup>39</sup>, con la quale il legislatore interviene per dettare una disciplina organica della materia. La novella del 2000 introduce la disciplina in questione nel *corpus* del codice di rito, aggiungendo il titolo VI *bis*, relativo alle investigazioni difensive - di seguito ai titoli IV e V, relativi all'attività ad iniziativa della p.g. e del p.m., ed al titolo VI, relativo all'arresto in flagranza e al fermo - ed abrogando l'art. 38 disp. att. c.p.p.

Inoltre, simmetricamente rispetto all'art. 326, che individua la finalità delle indagini preliminari nell'assunzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, viene inserito l'art. 327 *bis*, che individua la finalità dell'attività investigativa del difensore nella ricerca e nella individuazione di eventuali elementi di prova *a favore* del proprio assistito.

Ed, ancora, quasi a voler fugare ogni dubbio precedentemente sorto, si precisa che l'attività difensiva, attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, può essere svolta non soltanto in ogni stato e grado del procedimento, ma altresì *nell'esecuzione penale* e per promuovere il *giudizio di revisione*.

Il potere investigativo del difensore, alla luce della nuova disciplina, quindi, non risulta compresso da limiti temporali. Esso può essere esercitato "*fin dal momento dell'incarico professionale*" (art. 327 *bis* co. 1), nonché "*dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale*" (art. 391 *nonies* co. 1). Vengono superate, così, le diatribe dottrinali e giurisprudenziali, che vedevano contrapposti due orientamenti: la tesi restrittiva, che richiedeva il deposito di un atto di nomina ai sensi dell'art. 96 c.p.p. (e, quindi, presupponeva l'inizio di un procedimento); e la tesi estensiva, che riteneva sufficiente l'assunzione di un incarico professionale (riconducendo l'espletamento delle indagini alla stipulazione di un contratto di prestazione d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2230 c.c.)<sup>40</sup>.

Peraltro, precisando il legislatore che le investigazioni difensive possono essere compiute *in ogni stato e grado del procedimento*, deve riconoscersi in capo al difensore il potere di svolgere *attività integrativa di indagine*, successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio, durante lo svolgimento dell'udienza preliminare e dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio. Perplesità, sorgono, al riguardo, in ordine alla previsione di cui all'art. 430 c.p.p. co. 2, nella parte in cui sembra imporre, anche al difensore, l'obbligo di depositare,

39 Legge 7 dicembre 2000 n. 397, recante disposizioni in materia di investigazioni difensive, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 2 del 03 gennaio 2001.

40 Così come previsto dalle regole formulate dall'Unione delle Camere Penali (art. 2) e dal codice deontologico forense (art. 8).

nella segreteria del p.m., il materiale probatorio raccolto nel corso della predetta attività integrativa di indagine. Un'interpretazione letterale frusterebbe la *ratio* dell'intero impianto normativo della legge n. 397/2000. Più condivisibile, invece, risulta un'interpretazione teleologico-sistematica, volta a preservare al difensore, anche nel caso in discorso, la facoltà di scegliere se avvalersi o meno del risultato dell'attività investigativa posta in essere.

Infine, con la legge n. 397/2000, il legislatore non soltanto chiarisce i limiti temporali per il compimento delle indagini (prevedendo espressamente la possibilità di effettuare anche investigazioni "preventive")<sup>41</sup>; ma, altresì, tipizza gli atti di investigazione che il difensore ha il potere di compiere e descrive dettagliatamente il regime di utilizzabilità del materiale probatorio raccolto<sup>42</sup>.

Quanto alla *tipizzazione* degli atti di indagine compiuti dal difensore, viene salutata con favore da parte della dottrina l'acquisizione della consapevolezza, da parte del legislatore, della necessità di regolamentare le modalità con cui l'investigazione del difensore debba essere posta in essere. In ipotesi del genere, infatti, la *forma* non costituisce soltanto il modo in cui trova espressione l'attività espletata, ma rappresenta il *substrato* della genuinità della prova raccolta. Una condizione irrinunciabile affinché il materiale probatorio individuato dal difensore perda quel "peccato originale"<sup>43</sup> che gli è stato attribuito da una parte della giurisprudenza di legittimità<sup>44</sup> ed acquisti la medesima dignità giuridica del materiale probatorio individuato dal p.m. e dalla p.g.

Orbene, il titolo VI *bis* del libro V del c.p.p. regola tre attività di ricerca degli elementi probatori, in cui la *prova dichiarativa* svolge un ruolo da protagonista. Trattasi a) del colloquio non documentato con la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, della richiesta di dichiarazione scritta, dell'assunzione e della documentazione di informazioni; b) dell'accesso ai luoghi pubblici o privati; c) della richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione.

Focalizzando la nostra attenzione sulla prima tipologia dei suddetti atti di indagine, preme qui osservare che, pur lasciando ampio margine di intervento

41 V. anche P. GATTO, *Le investigazioni preventive del difensore*, Giuffrè, Milano, 2003.

42 Cfr. M. GEMELLI, *Le investigazioni difensive ed il regime di utilizzabilità degli atti*, in *La giustizia penale* 2003, 3, pg. 371; G. IADECOLA, *Controllo e responsabilità dell'avvocato in materia di indagini difensive. L'efficacia probatoria degli atti raccolti*, in *Giur. di merito*, 2003, 2, pg. 391.

43 Cfr. A. TRONCI, *La tutela del cittadino imputato: dalla Carta Europea dei Diritti Fondamentali alle nuove disposizioni sulle indagini difensive. Linee guida alla legge n. 397 del 2000 e modifiche al codice penale*, cit., pg. 2046 e ss.

44 V. Cassazione penale 2 novembre 1997, imp. Vacca.

nella scelta delle persone da individuare - fermo restando il divieto di contattare, di ricevere dichiarazioni e di assumere informazioni dai soggetti indicati dall'art. 197 c.p.p. lett. c) e d), previsto dall'art. 391 *bis* co. 1, ovvero dai soggetti che dovranno rivestire la qualità di testimone in una fase processuale caratterizzata dal contraddittorio, previsto dall'art. 430 *bis* c.p.p. - il legislatore disciplina con rigore il *modo* in cui la prova dichiarativa deve essere raccolta.

Ci si riferisce non soltanto alla preclusione, per la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private, di presenziare all'assunzione di informazioni, anche come semplici osservatori, ma altresì alla selezione dei soggetti deputati alla raccolta delle prove in questione, all'obbligo di formulare gli avvertimenti espressamente previsti ed alla relativa documentazione.

Ulteriori garanzie sono previste nel caso in cui debbano essere sentiti i soggetti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 197 c.p.p. (il colloquio e l'assunzione di informazioni sono ammessi soltanto se si svolgono in presenza del difensore); ovvero nel caso in cui debba essere contattata una persona in stato di detenzione (nel qual caso è necessaria una specifica autorizzazione da parte del giudice che procede nei confronti della stessa); od, infine, nel caso in cui debbano essere sentite persone che siano state già contattate dalla p.g. o dal p.m. (cui non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date).

Il rigore che caratterizza le modalità di assunzione delle informazioni, dettato dalla necessità di garantire alle stesse un grado di attendibilità pari a quello di cui sono dotate le informazioni raccolte dal p.m., impone che soltanto il *dominus* delle attività di indagine ovvero il suo sostituto possano procedere alla acquisizione della dichiarazione scritta ed alla documentazione delle informazioni ricevute. Gli ausiliari del difensore, invece, possono soltanto contattare informalmente le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa.

Inoltre, devono essere rispettati una serie di avvertimenti, il cui scopo è quello di porre la persona escussa nelle condizioni di comprendere le ragioni del contatto. In particolare, il difensore od il suo sostituto devono avvisare tale persona: a) della propria qualità e dello scopo del colloquio; b) se intende conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni (indicando in tal caso le modalità e la forma di documentazione); c) dell'obbligo di dichiarare se è sottoposta ad indagini o se è imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato; d) della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione; e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla p.g. e dal p.m. e le risposte date; f) del-

le responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione. La violazione delle predette formalità viene sanzionata sia sul piano disciplinare, sia sul piano processuale, costituendo illecito disciplinare ed essendo inutilizzabili le informazioni.

Infine, superando il vuoto normativo che caratterizzava la disciplina previgente, l'art. 391 *ter* detta le rigide regole da osservare nella documentazione delle informazioni raccolte. Sicché, se il difensore intende ricevere la dichiarazione scritta, dovrà autenticare la dichiarazione ed allegarvi una relazione, il cui contenuto è dettagliatamente indicato dal co. 1 (data di ricezione, generalità del difensore e del dichiarante, attestazione relativa alla enunciazione degli avvertimenti previsti dall'art. 391 *bis* co. 3, indicazione dei fatti sui quali verte la dichiarazione). Se, invece, il difensore intende raccogliere di persona le dichiarazioni, la documentazione consisterà nella loro verbalizzazione, da attuarsi nelle forme di cui agli artt. 134-142 c.p.p., in quanto applicabili. In tal caso potrà avvalersi anche della collaborazione di persone di sua fiducia. Risulta, invece, preclusa la possibilità di attuare la cd. etero-documentazione, ossia la documentazione delle dichiarazioni da parte di soggetti terzi, anche se in grado di offrire adeguate garanzie sulla correttezza dello svolgimento delle operazioni espletate<sup>45</sup>.

Un forte parallelismo tra l'attività di indagine compiuta dal p.m. e dal difensore è dato rinvenire nell'art. 391 *bis* co. 9, che recepisce il principio, formulato negli artt. 63 e 198 co. 2 c.p.p., secondo cui la persona informata sui fatti non può essere obbligata a rendere dichiarazioni in merito a fatti da cui potrebbe emergere la propria responsabilità penale.

L'attribuzione del potere investigativo alla parte privata, infatti, rende necessaria l'estensione della tutela contro le dichiarazioni auto-indizianti anche nelle ipotesi in cui tali dichiarazioni siano rese al difensore. Questi ha il dovere di interrompere l'assunzione delle dichiarazioni e quelle già raccolte non potranno essere utilizzate contro la persona che le ha rese.

Per contro, un diverso regime è previsto per i due organi investigativi dagli

---

45 L'art. 8 delle regole deliberate dall'Unione delle Camere penali, prevedeva, ad esempio, che alla verbalizzazione ed alla registrazione potesse procedersi anche presso la Camera penale od il Consiglio dell'Ordine del luogo, con l'eventuale presenza del Presidente dell'una o dell'altro, o di un loro delegato, vincolati al segreto. E l'art. 103 *ter* della proposta di legge Anedda prevedeva la facoltà, per i difensori, di documentare personalmente le attività, "ovvero di farle documentare, nelle forme previste dalla legge per i rispettivi atti, da un notaio, da un giudice di pace, dal segretario comunale o da altro pubblico ufficiale autorizzato, ovvero dal Presidente dell'Ordine Forense o da un consigliere delegato, i quali sono tenuti al segreto sull'atto e sul suo contenuto".



artt. 334 *bis* (esclusione dell'obbligo di denuncia nell'ambito dell'attività di investigazione difensiva); 391 *bis* commi 10 e 11 (richiesta di audizione al p.m. ovvero di incidente probatorio); 391 *quinquies* (potere di segretazione del p.m.).

Nella prima delle tre ipotesi si tratta chiaramente di una disparità di trattamento necessaria ad adeguare il potere investigativo del difensore alle finalità proprie dell'attività di indagine dallo stesso espletata. L'obbligo di denuncia, infatti, oltre a porsi in contrasto con le regole deontologiche, comporterebbe un *vulnus* all'esercizio del diritto di difesa.

Più complesse sono, invece, le ragioni della differenziazione di regime che è dato riscontrare nelle ultime due ipotesi. Nel caso in cui la persona contattata dal difensore si avvalga della facoltà di non rendere la dichiarazione, il difensore può chiedere l'audizione al p.m. oppure l'esame al giudice, con le forme dell'incidente probatorio, anche fuori dalle ipotesi di cui all'art. 392 co. 1 c.p.p. Nel caso in cui si tratti di persona indagata o imputata, anche in un procedimento connesso o per un reato collegato, invece, la richiesta di incidente probatorio diviene una scelta obbligata, essendo espressamente preclusa l'audizione di tali soggetti.

Il p.m., documentato il diniego da parte del difensore, non può rifiutarsi di disporre l'audizione della persona e deve provvedere entro sette giorni, anche delegando la p.g. al compimento dell'atto di indagine. L'assunzione delle informazioni avviene in presenza del difensore, che procede per primo alla formulazione delle domande. Tuttavia, in caso di rifiuto da parte del p.m. nessuno strumento viene consegnato al difensore al fine di ottenere la predetta audizione.

Similmente, la facoltà di avvalersi dell'esame della persona nelle forme dell'incidente probatorio davanti al giudice, se per un verso attribuisce al difensore una opportunità in più rispetto a quelle del p.m. (essendo, invece, quest'ultimo vincolato ai presupposti di cui all'art. 392 co. 1 c.p.p.), per altro verso può produrre un effetto boomerang, non avendo il difensore cognizione delle conoscenze della persona informata e rischiando di procurare una prova a carico del proprio assistito.

Infine, l'art. 391 *quinquies* attribuisce al p.m. il potere di vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. La c.d. *segretazione* trova la propria ragione giustificativa nell'esigenza di tutelare con maggior forza le investigazioni del p.m., i cui risultati potrebbero essere compromessi dalla loro conoscenza. La mancata osservanza, da parte della persona informata, delle prescrizioni alla stessa impartite,

integra gli estremi del delitto di cui all'art. 379 *bis* c.p. (rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale). Il diritto alla prova, nel momento in cui si presenta inconciliabile rispetto all'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei reati, non può che soccombere. Trattasi comunque di un potere limitato, sia da un punto di vista sostanziale (può essere esercitato soltanto se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine), sia da un punto di vista formale (deve essere disposto nelle forme del *decreto motivato*). Inoltre, sul piano cronologico, non può avere una durata superiore a due mesi. Nondimeno, nel caso in cui il p.m. non si attenga ai presupposti in questione, il difensore non ha nessuno strumento processuale a garanzia dell'effettività del diritto di difesa.

***4. Il principio del contraddittorio nella formazione della prova. Utilizzabilità delle deposizioni rese al difensore nella fase dibattimentale. Investigazioni difensive e procedimenti speciali.***

Quanto al regime di utilizzabilità del materiale probatorio raccolto durante le investigazioni difensive, l'art. 391 *decies* distingue a seconda che ci si riferisca alle dichiarazioni ovvero ad altri atti di indagine. Soffermandoci sul primo aspetto, va osservata la simmetria realizzata tra le indagini svolte dalla p.g. e dal p.m. e quelle svolte dal difensore, rinviando l'art. 391 *decies* co. 1 agli artt. 500, 512 e 513 c.p.p. In particolare, le dichiarazioni rese dalla persona informata sui fatti possono essere utilizzate solo per vagliare la credibilità del testimone e non anche per provare l'innocenza o la non colpevolezza dell'imputato (art. 500 co. 2 c.p.p.). A meno che non sussistano elementi concreti da far ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso (art. 500 co. 4 c.p.p.) ovvero vi sia l'accordo delle parti (art. 500 co. 7 c.p.p.).

Inoltre, è possibile dare lettura dei verbali delle dichiarazioni raccolte dal difensore (e dunque sono utilizzabili ai fini probatori), se ne è divenuta impossibile la loro ripetizione in dibattimento, per fatti e circostanze non prevedibili al momento in cui le dichiarazioni furono rese (art. 512 c.p.p.).

Nessun richiamo, invece, è previsto all'art. 512 *bis* c.p.p., che disciplina il regime di utilizzabilità dei verbali delle dichiarazioni rese da persona residente all'estero. Sorgono difficoltà, al riguardo, non tanto nell'interpretare estensivamente la norma in discorso, la quale non specifica a quale soggetto investigativo (pubblico o privato) debbano essere rese tale dichiarazioni, quanto nel concepire un atto di investigazione da parte del difensore all'estero non e-

spressamente tipizzato dal legislatore. La giurisprudenza di legittimità ha recentemente optato per un'interpretazione restrittiva, secondo la quale, pur non essendo espressamente vietato l'atto di indagine difensiva all'estero, tale divieto si desume dai principi generali del codice di rito, *"essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie"*<sup>46</sup>.

Tale orientamento ermeneutico, tuttavia, non viene condiviso da parte della dottrina, la quale sottolinea come l'attività investigativa difensiva non costituisca esercizio di giurisdizione, essendo priva del carattere della "necessità" ed essendo svincolata dal requisito della "completezza", a differenza di quanto previsto per il p.m.<sup>47</sup>. Inoltre, il difensore può anche decidere di non avvalersi del materiale probatorio raccolto, essendo comunque il suo obiettivo quello di perseguire interessi di parte. Per cui - essendo la *ratio* della rogatoria internazionale quella di permettere ad uno Stato di compiere nel territorio di un altro Stato atti processuali destinati a produrre effetti nel processo penale senza limitare la sovranità dello Stato estero<sup>48</sup> - a meno che non sia necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria (ad esempio quando il dichiarante si avvalga della facoltà di non rispondere), non si vedono le ragioni per cui il difensore debba necessariamente ricorrere allo strumento della rogatoria internazionale.

Infine, il rinvio all'art. 513 c.p.p., da intendersi riferito al co. 2<sup>o</sup> (non potendo il difensore assumere dichiarazioni dal proprio assistito), implica l'utilizzabilità ai fini probatori delle dichiarazioni rese da parte dei soggetti di cui all'art. 210 co. 1 c.p.p. se non è possibile ottenere la presenza del dichiarante (o non sia possibile procedere all'esame con le garanzie del contraddittorio) e tale impossibilità dipenda da fatti o circostanze imprevedibili al momento delle di-

---

46 Cassazione penale 29 maggio 2007 n. 23967, in Cass. pen. 2008, 12, pg. 4707 (nota di ALBANO), Foro it. 2008, 4, pg. 217, Cass. pen. 2008, 9, pg. 3379, Riv. it. dir. e proc. pen. 2008, 3, pg. 1382 (nota di ANGELONI); e *"poichè non è prevista la possibilità per il difensore di ricorrere alla rogatoria all'estero, ne discende che tale tipo di atto non è esperibile dal difensore mediante la disciplina prevista dall'art. 391 bis c.p.p. ed egli ha l'obbligo di passare attraverso la richiesta al p.m. o al g.i.p., affinché costoro attivino la procedura della rogatoria internazionale"*.

47 V. BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in Giur. merito 2008, 01, pg. 7 e ss. L'autore sottolinea inoltre che tali indagini, anche quando necessitano di un'autorizzazione giudiziaria per il loro svolgimento, hanno comunque un carattere informale e che il difensore non è dotato dei poteri di coercizione di cui è dotato l'organo pubblico.

48 Cfr. FOIS, *Commento all'art. 723 c.p.p.* in Commento al codice di procedura penale, GIARDA - SPANGHER (a cura di), Vicenza, 2001, pg. 2206.

49 Salvo che non ci si riferisca alle dichiarazioni rese dall'imputato al difensore delle altre parti privati

chiarazioni; ovvero, qualora il dichiarante si avvalga della facoltà di non rispondere, se vi è accordo tra le parti.

Ciò premesso in ordine al regime di utilizzabilità degli atti compiuti durante le investigazioni difensive nella fase dibattimentale, ci si chiede quale sorte abbia la produzione probatoria del difensore nei procedimenti speciali.

Al riguardo, giova distinguere tra i procedimenti caratterizzati dall'assenza dell'udienza preliminare (direttissimo, immediato), i procedimenti in cui manca il dibattimento (patteggiamento, giudizio abbreviato) ed i procedimenti privi dell'una e dell'altro (procedimento per decreto).

Nella prima ipotesi - ai sensi di quanto previsto dall'art. 391 *octies* co. 3 ultimo inciso - il fascicolo del difensore confluirà nel fascicolo del p.m., trovando applicazione il principio della formazione della prova in contraddittorio tra le parti. Nella seconda ipotesi - in base a quanto disposto dall'art. 391 *octies* co. 1 - il difensore potrà presentare direttamente al giudice gli elementi di prova a favore del proprio assistito, senza le limitazioni delle preclusioni probatorie.

Infine, nel terzo caso (procedimento per decreto) - ferma restando l'operatività del principio in base al quale il potere investigativo del difensore può essere esercitato in ogni stato e grado del procedimento - la partecipazione del difensore alla individuazione ed alla raccolta della prova, data la natura semplificata del procedimento in esame, è verosimilmente posticipata alla fase successiva all'emanazione del decreto di condanna.

### **5. Conclusioni**

Da una breve disamina della disciplina della prova dichiarativa nell'ambito delle investigazioni difensive, si può dedurre come lo sforzo del legislatore del 2000 sia stato, essenzialmente, quello di cogliere le particolarità del ruolo svolto da parte del difensore, al fine di attribuire allo stesso gli strumenti processuali affinché l'accusato possa esercitare il suo diritto di difesa *provando*. Non una parità a tutti i costi. Ma una disciplina che riconosca al difensore il potere di collaborare attivamente nella individuazione e raccolta degli elementi *a favore* del proprio assistito. A meno che ciò non si ponga in termini di incompatibilità con il prevalente interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei reati. Di qui la preclusione dell'obbligo di denuncia, da parte del difensore, dei fatti di reato di cui lo stesso venga a conoscenza durante lo svolgimento dell'attività di indagine. Od ancora, la discrezionalità della difesa nel depositare gli atti di investigazione difensiva compiuti. Ovvero l'attribuzio-

ne di un potere di *segretazione* soltanto in capo alla parte pubblica. Nonché l'intervento dell'autorità giudiziaria (richiesta di audizione al p.m. e richiesta di incidente probatorio al giudice) ove il dichiarante si avvalga della facoltà di non rispondere.

In linea con le intenzioni del legislatore, il riconoscimento, da parte della giurisprudenza, della qualifica di pubblico ufficiale al difensore che raccoglie la prova dichiarativa rafforza ulteriormente il ruolo della difesa. Una breve riflessione sulla natura giuridica dell'attività espletata dal difensore metterà in luce qual è, allo stato attuale, il *peso specifico* dell'attività investigativa posta in essere da quest'ultimo.

In proposito si osservi, innanzitutto, che, pur potendo il difensore scegliere se avvalersi o meno dei risultati dell'attività di indagine dallo stesso svolta, nel caso in cui decida in senso positivo, la verbalizzazione delle dichiarazioni rese dalle persone informate sui fatti deve essere integrale. E ciò in quanto, come sottolineato dalla sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 32009/2006<sup>50</sup>, *"la infedele o incompleta documentazione delle dichiarazioni acquisite a verbale dall'avvocato nel corso delle indagini difensive non può iscriversi nel novero delle garanzie di libertà dell'avvocato nell'espletare il proprio mandato nell'interesse del cliente"*. L'obbligo di completezza e di fedeltà viene imposto, peraltro, anche dalle norme deontologiche del Consiglio Nazionale Forense e dalle regole elaborate dalla Unione delle Camere Penali<sup>51</sup>. Inoltre, l'atto redatto dal difensore, analogamente a quanto avviene per gli altri verbali del processo, deve considerarsi *atto pubblico* ed il difensore, costituendo la verbalizzazione espressione di un potere certificativo riconducibile ad una pubblica funzione, acquista la qualifica di *pubblico ufficiale*<sup>52</sup>. La suddetta opzione interpretativa non è condivisa da una parte della dottrina, secondo la quale l'attività svolta dal difensore, priva del carattere di "doverosità" - non essendo il difensore vincolato a produrre il verbale al pubblico ministero od al giudice - non può considerarsi *pubblica funzione*, trattandosi, invece, di un *servizio di pubblica necessità*, ai sensi di quanto disposto dall'art.

<sup>50</sup> Cassazione penale, sezioni unite, 27 giugno - 28 settembre 2006 n. 32009, imp. Schiera, in Dir. Giust. 2006, 37, pg. 44

<sup>51</sup> V. art. 52 parr. 14 e 15 del Codice Deontologico Forense così come modificato il 26 ottobre 2002 e Regole di Comportamento del penalista nelle investigazioni difensive approvate il 14 luglio 2001 dall'Unione delle Camere penali.

<sup>52</sup> Cfr. Cassazione penale, sezioni unite, 27 giugno - 28 settembre 2006 n. 32009, imp. Schiera, cit., secondo cui *"integra il delitto di falso ideologico di cui all'art. 479 c.p. la condotta del difensore che utilizzi processualmente le dichiarazioni delle persone informate di circostanze utili acquisite a norma degli articoli 391bis e ter c.p.p. e verbalizzate in modo infedele"*.

359 c.p.<sup>53</sup>. In ciò differenziandosi rispetto all'attività del p.m., che, invece, è tenuto, ai sensi di quanto disposto dall'art. 416 co. 2 c.p.p, a depositare, con la richiesta di rinvio a giudizio, tutta *la documentazione relativa alle indagini espletate*, e, quindi, anche gli eventuali atti di indagine a favore della persona. Convincenti appaiono, invece, le motivazioni invocate dalla sentenza delle sezioni unite sopra citata, secondo la quale per attribuire la veste pubblica al difensore verbalizzante non è necessario dimostrare la parità dei poteri e dei doveri del difensore rispetto al p.m., ma occorre guardare alla natura dell'atto redatto e all'esercizio concreto delle funzioni esercitate.

Innanzitutto, occorre osservare come ai fini della legge penale la nozione di *atto pubblico* esprima un concetto più ampio di quanto previsto ai sensi dell'art. 2699 c.c., che comprende non soltanto i documenti redatti, con le richieste formalità, da un notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, ma anche i documenti formati da un pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) nell'esercizio delle proprie funzioni, attestanti fatti da lui compiuti o avvenuti in sua presenza ed aventi attitudine ad assumere rilevanza giuridica<sup>54</sup>.

E per attribuire la qualità di *pubblico ufficiale*, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 357 c.p. dalle leggi 86/90 e 181/92, la giurisprudenza, abbandonato il criterio soggettivo, che guardava all'appartenenza del soggetto allo Stato od ad altro ente pubblico, ha elaborato un criterio oggettivo-funzionale, che guarda alla natura dell'attività in concreto svolta<sup>55</sup>.

Non è più, quindi, necessaria la connotazione soggettiva dell'autore dell'atto, come concepito nella formulazione originaria del codice penale, ma è sufficiente che l'attività rientri nella sfera di operatività di cui all'art. 357 c.p.<sup>56</sup>; consista, cioè, in una funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa<sup>57</sup>, quest'ul-

---

<sup>53</sup> V. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, VII edizione, cit., pg. 501 e ss., secondo cui "se il difensore documenta infedelmente i risultati della propria investigazione, egli commette falsità ideologica in certificati in quanto esercente un servizio di pubblica necessità (art. 481 c.p.)", osservando pure che la sanzione "pare eccessivamente modesta; ma si tratta di un problema del quale non la giurisdizione, bensì il legislatore si deve fare carico"; G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, pg. 517; R. DANOVI, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in D&G, 2003, 44, pg. 10 ss.

<sup>54</sup> V. Cassazione penale, 10 maggio 2006 n. 15983, imp. Sepe.

<sup>55</sup> Cfr. Cassazione penale, sezioni unite, 11 luglio 1992 n. 7958 imp. Delogu

<sup>56</sup> Cfr. Cassazione penale, 24 settembre 1998 n. 10086, imp. Citaristi.

<sup>57</sup> "... caratterizzate da connotazioni intrinseche così tipicizzate da non offrire certamente spazio a dubbi o perplessità, nè in relazione alla disciplina normativa alla quale esse sono sottoposte, nè con riferimento alle modalità del loro esercizio". Cassazione penale, sezioni unite, 27 giugno - 28 settembre 2006 n. 32009, imp. Schiera, cit., pg. 44

tima regolata da norme di diritto pubblico ed espressione dell'esercizio *disgiuntivo* di poteri autoritativi o certificativi<sup>58</sup>.

Ecco che, avuto riguardo alla normativa che regola l'espletamento e la documentazione dell'attività di indagine svolta dal difensore, non può essere messo in discussione l'esercizio dei poteri tipici del pubblico ufficiale anche da parte del difensore.

L'art. 391 *ter* prevede, ad esempio, l'onere del difensore di autenticare l'intera dichiarazione e non la sola sottoscrizione del verbale<sup>59</sup>. Inoltre, l'art. 136 c.p.p., cui rinvia l'art. 391 *ter*, impone al redigente di riportare tutto quanto avvenuto in sua presenza. Ed ancora, l'art. 371 *ter* c.p. impone alla persona informata sui fatti un obbligo di veridicità, la cui violazione risulta penalmente sanzionata; l'art. 391 *bis* co. 9 prevede l'interruzione della assunzione di informazioni in caso di dichiarazioni auto-indizianti, comminando l'inutilizzabilità delle dichiarazioni precedentemente rese. Ed, infine, pur potendo la persona contattata dal difensore avvalersi della facoltà di non rispondere, il legislatore ha offerto alla difesa alcuni strumenti (richiesta di audizione al p.m. ed incidente probatorio) che impediscono di ritenere che la reticenza possa rimanere priva di conseguenze. La prova dichiarativa assunta dal difensore produce i medesimi effetti processuali della prova dichiarativa assunta dal p.m. (art. 391 *octies*)<sup>60</sup>.

Al contrario, la preclusione dell'obbligo di denuncia dei fatti penalmente rilevanti di cui il difensore venga a conoscenza nel corso delle indagini non vale ad escludere la connotazione pubblicistica dell'attività svolta, ma costituisce una disposizione *eccezionale* che tiene conto delle particolari finalità perseguite dal difensore, pur sempre animato da un interesse "privato".

Pertanto, il difensore che non riproduce fedelmente le dichiarazioni allo stesso rese, risponderà non del reato di cui all'art. 481 c.p. (falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità), ma del reato di cui all'art. 479 c.p. (falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici).

Il riconoscimento della qualifica di pubblico ufficiale, tuttavia, non comporta soltanto maggiori responsabilità per il difensore, ma esprime la consapevolez-

---

<sup>58</sup> La distinzione tra pubblica funzione e pubblico servizio, invece, si ricava alla sussistenza o meno dei poteri tipici della potestà amministrativa (e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale).

<sup>59</sup> Il difensore, cioè, è tenuto ad attestare che la firma sia stata apposta in sua presenza, previo accertamento della persona firmataria, in modo da certificare la riferibilità del contenuto della dichiarazione al soggetto che l'abbia sottoscritta.

<sup>60</sup> V. Cass., 9 aprile 2002 n. 13552, imp. Pedi.

za che l'accusato, rispetto al passato, riveste adesso un ruolo *privilegiato* in condizioni di *parità* con la parte pubblica. Egli non soltanto assiste passivamente alla formazione della prova, ma vi partecipa attivamente. E ciò sia nel caso in cui la difesa deciderà di depositare la documentazione dell'investigazione difensiva, facendola confluire nella fase dibattimentale, sia nel caso in cui l'accusato presterà il suo consenso alla celebrazione dei riti speciali. Anche in questa ipotesi, infatti, la rinuncia alla fase dibattimentale non rappresenta un *vulnus* al contraddittorio, ma costituisce espressione di un potere discrezionale dotato di una valenza costituzionale.