

L'OPINIONE

ALESSANDRO PASTA

I diritti individuali come limite alla libertà d'investigazione del difensore

Nello svolgimento delle investigazioni al difensore non è stato riconosciuto alcun potere di incidere sulle libertà delle persone, che possono decidere di non collaborare. In questa eventualità può rivolgersi ai magistrati affinché intervengano per rendere possibile l'acquisizione degli elementi probatori altrimenti non conseguibili. Il legislatore non ha però indicato i parametri ai quali i magistrati devono attenersi per accogliere le istanze. Alla lacuna legislativa si può tentare di porre rimedio servendosi delle disposizioni costituzionali. Indicare un percorso sicuro non è comunque agevole: gli interessi in conflitto hanno il massimo rilievo, ed è inevitabile che quando il legislatore si sottrae al giudizio di bilanciamento tra diritto di difesa e libertà personali, la delicatissima operazione resta in capo agli interpreti, le cui sensibilità sono variabili e i cui giudizi sono opinabili.

Individual Rights as Limit to the Freedom of Defense Investigation

When investigating, the defense lawyer is not allowed to force people to collaborate, so he can address judicial authorities to get the evidence not obtainable otherwise.

Yet the legislator has not specified the field of intervention of the judicial authorities. Constitutional provisions may be consulted although the issue is difficult as, since the legislator has not been clear, the balance between the right of defense and personal freedom is left to the interpreters, whose sensibility may vary and whose opinions can be argued.

SOMMARIO: 1. Costituzione, prestazioni personali e coercizione - 2. Coercizione, pubblico interesse e criterio di rilevanza 3. La normativa sulle indagini difensive: apprezzabili scelte di fondo - 4. La normativa sulle indagini difensive: pessime formulazioni - 5. Il quesito relativo ai criteri d'intervento dei magistrati nell'ambito delle investigazioni difensive - 6. La rilevanza come requisito d'ammissibilità degli atti probatori - 7. La sottoposizione al giudizio di rilevanza come prezzo della coercizione - 8. *Cuius commoda, eius et incommoda*.

1. Costituzione, prestazioni personali e coercizione. A nessuno piace recarsi a qualche centinaio di chilometri dalla propria residenza per rendere dichiarazioni a un pubblico ministero né, tanto meno, subire una perquisizione o un'ispezione. Ma la Repubblica, che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.), tra i quali vi sono quello di sottoporsi all'esame testimoniale, di rispondere secondo verità e di rivelare anche informazioni strettamente personali.

Nonostante si parli di «solidarietà sociale» non si tratta di obblighi morali: la traduzione legislativa della norma costituzionale si è concretizzata in ben precisi precetti normativi, capaci di condizionare in modo assai incisivo la volontà delle persone, le quali, se omettono di comparire, possono essere oggetto

di accompagnamento coattivo¹ e di sanzioni pecuniarie (art. 133 c.p.p.), e se affermano il falso, negano il vero o tacciono in tutto o in parte ciò che sanno, rischiano l'applicazione di una pena detentiva (art. 372 c.p.p.).

L'imposizione di queste prestazioni personali, che incidono sulla sfera della libertà e della volontà, è sempre stata largamente accettata perché ampiamente giustificata². Il «valore della “efficienza del processo”»³, da intendersi come «necessaria attitudine del sistema processuale a conseguire, attraverso meccanismi normativi idonei allo scopo, l'accertamento dei fatti e delle responsabilità»⁴, pur non essendo menzionato nella Costituzione, è da essa indubbiamente previsto⁵ (appartiene dunque alla categoria dei c.d. principi inespresi⁶). Naturalmente uno stato di diritto mai potrebbe ammettere l'imposizione di prestazioni personali e l'uso di poteri coercitivi in assenza di una ben precisa regolamentazione. E così fonti costituzionali e legislazione ordinaria ne disci-

¹ Ossia «una tipica misura coercitiva» (DE LUCA, voce *Accompagnamento coattivo*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 294) costituzionalmente legittima in ragione del «carattere “servente” al processo» ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 503).

² Sulla necessità di regole per lo svolgimento della vita civile, e sulla consapevolezza da parte del comune cittadino di questa necessità, v. RUBINSTEIN, *John Citizen and the Law*, Harmondsworth, 1947, 2 ss.

³ GREVI, *Processo penale e riforme costituzionali nel faticoso cammino della commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, marzo 1998, 137 (il quale puntualizza appunto che manca una «previsione specifica e puntuale» che lo preveda).

⁴ La definizione del bene dell'efficienza del processo, impeccabile, è del Tribunale di Genova, rimettente in Corte cost., n. 318 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 3411. Non è altro che «un aspetto del principio di indefettibilità della giurisdizione» (GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del convegno Foggia Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano, 2000, 21). Che il «bene della realizzazione della giustizia» il quale, «fra l'altro, vale a garantire ed assicurare l'esercizio di tutte le libertà», è «garantito, in via primaria, dalla Costituzione», è affermato da Corte cost., n. 18 del 1966, in *Giur. cost.*, 1966, 173. Per affermazioni analoghe in ambito europeo, v. Corte EDU, IV sez., sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia § 207; Corte EDU, sez. V, 15 gennaio 2015, N.D. c. Slovenia § 57. Sulla necessità di garantire indagini efficaci e di processi efficienti, v. anche Corte EDU, sez. IV, 13 giugno 2017, Kosteckas c. Lituania; Corte EDU, sez. II, 29 marzo 2011, Alikaj c. Italia; Corte EDU, sez. I, 25 giugno 2009, Beganović c. Croazia, alle quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

⁵ È, appunto, alla base delle previsioni normative che impongono ai testimoni una serie di obblighi, ma è anche la ragion d'essere «di istituti che autorizzano (a date condizioni e modalità) mezzi d'indagine che incidono in sfere altrimenti inviolabili (perquisizioni, intercettazioni telefoniche o ambientali); e sono proprio esigenze di questo tipo che fondano, nel sistema costituzionale (artt. 13, 14, 15), le possibilità di intervento in sfere altrimenti inviolabili, sulla base della duplice riserva di legge e di giurisdizione» PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 962).

⁶ I c.d. principi inespresi sono «quelli “privi di disposizione”, ossia non esplicitamente formulati in alcuna disposizione normativa [...] ma elaborati o “costruiti” dagli interpreti» (GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 208, il quale rileva che naturalmente «gli interpreti, allorché formulano un principio inespresso, non si atteggiano a legislatori, ma assumono che tale principio sia implicito, latente, nel discorso delle fonti»).

plinano presupposti, modi e limiti. Per quanto qui importa, va posta l'attenzione sulla possibilità di imporre prestazioni personali solo in base alla legge (art. 23 Cost.) e sulla legittimazione a disporre o eseguire interventi coercitivi in tema di libertà personale (rispettivamente, art. 13, co. 2, art. 13 co. 3 Cost.) e di libertà domiciliare (art. 14, co. 2 Cost.), tutti riservati a organi pubblici (l'autorità giudiziaria e, eccezionalmente, l'autorità di pubblica sicurezza).

2. Coercizione, pubblico interesse e criterio di rilevanza. La veste pubblica, però, non basta. La legittimazione a disporre interventi coercitivi va posta in relazione alla pubblicità dell'interesse perseguito: un pubblico ministero è legittimato a disporre l'accompagnamento coattivo di una persona non in quanto «autorità giudiziaria», ma in quanto «autorità giudiziaria» che sta svolgendo indagini in relazione a una precisa notizia di reato, in quanto magistrato inquirente che deve decidere se esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione. Non è la veste pubblica di chi compie un'attività che invade la sfera di libertà di un individuo a rilevare; è la veste pubblica e la finalizzazione dell'attività al perseguimento di un interesse pubblico. E nel caso del pubblico ministero il perseguimento di questo fine non sarebbe possibile se non fosse osservato il criterio di rilevanza delle indagini svolte⁷. L'attività del magistrato

⁷ Quando si tratta del tema delle prove e delle indagini, al criterio di rilevanza viene spesso affiancato quello di pertinenza.

Nel codice di procedura penale il termine «pertinente» compare spesso. Soprattutto nell'espressione «corpo del reato o cose *pertinenti* al reato (tra gli altri, artt. 215, 247, 253, 255, 321, 348, 353, 357, 416, 431, 454); in un caso si parla di «pertinenza» (art. 499, co. 6, c.p.p.: «durante l'esame, il presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la *pertinenza* delle domande»). In nessuna disposizione è enunciato espressamente il «criterio di pertinenza» quale parametro di ammissione delle prove. Nonostante ciò, tradizionalmente si sostiene che esso sia enunciato nell'art. 187 c.p.p. L'affermazione può anche essere condivisa, sempre che non si creda che si tratti di un criterio di ammissione delle prove aggiuntivo rispetto a quelli previsti nell'art. 190 c.p.p., o che tramite la sua applicazione si giunga a una selezione diversa rispetto a quella effettuata applicando il criterio di rilevanza.

Nel linguaggio comune «pertinente» significa «riguardante un determinato oggetto o una sfera concettuale». Il linguaggio del codice è fedele al linguaggio comune, come dimostrano gli articoli sopra menzionati («le cose» sono relative al fatto che costituisce reato; «le domande» devono essere inerenti al tema oggetto del processo).

In ambito probatorio l'aggettivo, più che all'entità che si chiede di introdurre (una dichiarazione, uno scritto, una videoregistrazione), va riferito al fatto la cui esistenza si intende dimostrare con l'acquisizione di quell'entità. Esemplicando: siccome la presenza di Tizio nel luogo del delitto x è un fatto che riguarda l'imputazione per omicidio, è possibile affermare che la presenza di Tizio nel luogo x è un fatto *pertinente* a quelli indicati nell'imputazione, e che *la dichiarazione* di Caio, il quale afferma che Tizio era in quel luogo (o *la fotografia* che mostra Tizio in quel luogo), è *rilevante*.

Nella lista da depositare ai sensi dell'art. 468 c.p.p. le parti devono indicare le circostanze su cui verte l'esame: se le circostanze sono pertinenti (ai fatti indicati nell'art. 187 c.p.p.), le dichiarazioni sono rile-

inquirente è legittima se e in quanto è circoscritta a un ben determinato tema d'indagine.

Al riguardo non possono esserci riserve, e non pare possibile disattendere questo fondamentale principio sulla base di letture formalistiche delle disposizioni di un codice, che conducano alla minimizzazione dell'importanza del requisito dell'interesse pubblico o all'affrancamento degli organi muniti di poteri coercitivi da ben precisi vincoli.

Mentre sulla necessità di applicare alcune disposizioni generali sulle prove anche nella fase delle indagini preliminari non ci sono mai stati dubbi⁸, in relazione ad altri articoli si sono avute delle incertezze. L'art. 187 c.p.p. è uno di questi. Fin dai primi commenti sul codice Vassalli, si sono formati al riguardo due orientamenti: da una parte si è affermato che «ove si prescindesse dal requisito della pertinenza, lo sviluppo delle indagini preliminari [...] sarebbe ingovernabile [...] Invece, con la *notitia criminis* si delinea [...] una "imputazione preliminare" [...] idonea a consentire o imporre quella diagnosi di pertinenza - rilevanza che, per sua stessa natura, pretende un giudizio di relazione»⁹. Dall'altra si è replicato che «l'art. 187, co. 1, c.p.p., che indica come possibile oggetto di prova - anzitutto - "*i fatti che si riferiscono all'imputazione*" [...] non si presta affatto ad un'applicazione nella fase delle indagini: queste si svolgono proprio per stabilire se *si debba formulare un'imputazione* (e quale), esercitando l'azione penale [...]; onde nella suddetta fase - appunto - la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero, in esito ad

vanti.

«Rilevanza» e «pertinenza» hanno riferimenti diversi (la prima, ciò che si sostiene essere una prova, l'entità la cui ammissione è richiesta; la seconda, il fatto che si vorrebbe dimostrare con l'ammissione di quell'entità), ma sono indissolubilmente legate: l'entità è rilevante se il tema è pertinente; l'entità è irrilevante se il tema non è pertinente. E viceversa: alla pertinenza del tema corrisponde la rilevanza dell'entità, la quale potrà essere qualificata prova. Sono i due poli inscindibili dello stesso concetto. Dove manca l'una, manca l'altra; dove c'è l'una, c'è anche l'altra. In un processo in cui un individuo è imputato per la ricettazione di una bicicletta, la dichiarazione di una persona che verte sul tasso di cambio sterlina/dollaro al 2 luglio 2015 praticato in una specifica agenzia va esclusa. L'esclusione può essere giustificata sia osservando che il tema non è pertinente, sia affermando che la dichiarazione non è rilevante. Ma non si adottano criteri diversi, si cambia semplicemente prospettiva: la dichiarazione, avendo ad oggetto un fatto diverso da quelli indicati nell'art. 187 c.p.p. (un fatto non pertinente), non è rilevante. Per ulteriori considerazioni ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 171 ss.

⁸ È il caso dell'art. 188 c.p.p.

⁹ NOBILI, *Commento all'art 187*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, II, 391. Così, anche GREVI, *Prove*, in Conso, Grevi, Bargis, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 284 e DINACCI, *Le regole generali sulle prove*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, vol. I, *Soggetti. Atti. Prove*, a cura di Spangher, Torino, 2015, 763.

una *notitia criminis*, sono chiamati ad “*investigare a tutto campo*”, per prendere conoscenza anche di eventuali ulteriori reati e di altri possibili indagati, diversi dall’illecito o dall’indagato riguardato dalla suddetta iniziale notizia¹⁰.

Che prima dell’esercizio dell’azione penale non sia possibile parlare di imputazione, che l’addebito provvisorio sia, per definizione, suscettibile di essere modificato, che l’esatto numero dei concorrenti in un reato sia noto al termine delle indagini¹¹, la fase, per così dire, più fluida dell’intero procedimento¹², è sicuro. Ma è altrettanto certo che un pubblico ministero è legittimato ad assumere informazioni da una persona e, eventualmente, a disporre l’accompagnamento coattivo per acquisire informazioni *relative ai fatti che hanno una qualche relazione con la notizia di reato*, non invece per individuare i beni del proprio debitore, magari per rendere più agevole il lavoro del proprio legale, incaricato di procedere al pignoramento.

Un conto è sostenere che l’ipotesi che guida il pubblico ministero nella fase delle indagini non è immutabile quanto lo è, almeno tendenzialmente, quella contenuta nell’atto di imputazione; altro è dire che non c’è alcuna ipotesi che guida le indagini preliminari, tracciando i confini di ciò che può essere legittimamente oggetto d’indagine¹³, o che in relazione a un determinato procedimento non sia possibile individuare temi certamente estranei.

Ciò, beninteso, non deriva dalla circostanza che l’art. 187 c.p.p. debba essere applicato nella fase delle indagini preliminari. Se la disposizione non fosse mai stata prevista, nulla sarebbe cambiato. Non solo per la fase delle indagini, ma nemmeno per il dibattimento. L’articolo, in sé, non è illogico. Semplicemente fornisce una prescrizione ovvia. Che siano «oggetto di prova i fatti che si riferiscono all’imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza» è prescrizione intimamente connessa alla disciplina del processo penale, strumento che è stato previsto per decidere se sono accaduti i fatti indicati nell’imputazione, se l’imputato deve essere punito e, nel caso, con quali sanzioni¹⁴.

¹⁰ MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Torino, 2017, 86-87 (il corsivo è nel testo). In termini analoghi, SIRACUSANO, voce *Prova, III) Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani 1991, 12.

¹¹ Naturalmente si tratta di considerazioni molto generali. L’esatto numero di concorrenti potrebbe emergere in dibattimento, o in appello, o potrebbe non essere mai noto, o i concorrenti potrebbero non esistere, magari perché non sussiste alcun reato in cui concorrere: si opera in una dimensione epistemologica, *hic et nunc*.

¹² Parla di «fluidità del momento investigativo» SCALFATI, voce *Prova (sagoma e sistema)*, in *Digesto del processo penale on line*, Torino, 2013, 15.

¹³ Sul tema ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 291 ss.

¹⁴ Che siano «inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato» quando

Sono le disposizioni incriminatrici, combinante con quanto emerge dalla notizia di reato e alle ragionevoli generalizzazioni che da essa possono essere tratte, a tracciare il confine dell'indagine. Non esistono nella realtà, e per la verità non sono nemmeno concepibili, delle indagini «in generale». Al pari di termini come «processo» e «prova», «indagini» è un termine relativo: «non ha significato, o non ha un significato esatto, se non in riferimento a un altro termine»¹⁵. Nei libri e nei manuali esistono «indagini», «processi» e «prove», ma nella realtà un'indagine è sempre un'indagine *su qualcosa* (un fatto in quanto sussumibile in una disposizione incriminatrice), un processo è sempre un processo *per qualcosa*, e una prova è necessariamente una prova *di qualcosa* (un fatto in quanto rilevante per l'applicazione di una norma).

In un processo penale i limiti dell'accertamento sono tracciati dalle fattispecie incriminatrici che si ritengono essere suscettibili di applicazione nel caso concreto¹⁶, ed è chiaro che finché l'ipotesi sulla colpevolezza non è cristallizzata nel capo d'imputazione è ancora modificabile. Ma ciò non significa che non sia possibile, sin dal primo atto d'indagine, individuare temi certamente estranei, in relazione ai quali il pubblico ministero è privo di legittimazione a indagare e a esercitare poteri coercitivi.

Si può certamente sostenere che nella fase delle indagini l'imputazione ancora non esiste, e che anzi quella stessa fase è necessaria per giungere alla formulazione di una precisa accusa. Ma non per questo si tratta di una fase in cui il perimetro d'indagine non sia delimitato: ogni procedimento penale è per un fatto che, forse, può essere sussunto in una disposizione incriminatrice; ogni atto d'indagine deve essere finalizzato all'acquisizione di conoscenze che si ritengono essere rilevanti ai fini di un giudizio su quel fatto (nulla esclude, naturalmente, che quanto appariva essere rilevante, una volta acquisito, non si

«vi è costituzione di parte civile» è prescrizione che segue alla scelta legislativa di prevedere la possibilità del cumulo delle due azioni.

Che, infine, siano «altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali» discende direttamente dal concetto di norma, o meglio, di norma che abbia la pretesa di essere applicata: stabilire una norma e non prevedere (implicitamente o espressamente, poco cambia) la possibilità di accertarne i presupposti, significa relegarla nel mondo dell'irrelevanza. Fosse mancato il secondo co. dell'art. 187 c.p.p., non sarebbe stato possibile depositare il certificato medico che giustifica il legittimo impedimento del difensore? È il quinto co. dell'art. 420 *ter* c.p.p., non il secondo co. dell'art. 187 c.p.p., a rendere oggetto di prova il fatto che configura l'impedimento del difensore (il certificato è rilevante perché il tema è pertinente: v. nota 7).

¹⁵ ABBAGNANO, voce *Relativo*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 2000, 739.

¹⁶ Posto che è la norma «che funziona come criterio di selezione, nel senso di individuare, tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono rilevanza specifica per la sua applicazione» (TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 69), risulta chiaro come l'enunciazione del criterio di pertinenza nell'art. 187 c.p.p. sia inutile.

riveli essere tale).

Le cose non stanno in termini troppo diversi nemmeno quando il pubblico ministero, anziché ricevere la notizia di reato, «prend[e] notizia dei reati di propria iniziativa» (art. 330 c.p.p.). Anche quando non giunge un'informazione qualificabile come notizia di reato, si ha un'attività di ricerca *della* notizia di reato che presuppone un'ipotesi di lavoro, che nel caso del magistrato inquirente non può che essere relativa a un illecito penale¹⁷. Il pubblico ministero, anche quando ricerca le notizie di reato, «non si muove vagando a caso attraverso il passato, come uno straccivendolo a caccia di vecchiumi, ma parte con un disegno preciso in testa, con un problema da risolvere, un'ipotesi di lavoro da verificare»¹⁸; ed infatti da tempo si è consapevoli che «l'attività della ricerca di reato non può qualificarsi come neutra posto che si indaga sempre in una certa direzione e con determinati obiettivi»¹⁹.

La circostanza che anche in questo caso i limiti dell'attività dell'inquirente siano *fattualmente* condizionati dalle ipotesi ragionevolmente ricavabili dalle informazioni iniziali non rende però meno rilevante il problema dei *limiti giuridici* della sua attività. Anzi. In questo caso il problema è ancor più grave: la scelta del legislatore di prevedere la possibilità per il pubblico ministero di ricercare le notizie di reato, senza poi fornire alcuna disciplina di questa attività ha fondatamente destato delle perplessità²⁰, essendosi avvertita la necessità di evitare «che l'ampia discrezionalità riconosciuta non si trasformi in arbitrio»²¹. In questo caso l'interesse pubblico perseguito – evidente nella fase delle indagini o del dibattimento – è più sfumato. Sebbene nessuna disposizione fornisca prescrizioni sui modi e sui mezzi con i quali svolgere questa attività preprocedimentale, è necessario adottare un'interpretazione che porti all'esclusione, ai fini della ricerca della notizia di reato, dell'utilizzo di «strumenti processuali (quelli appunto dell'indagine) il cui uso presuppone, per l'appunto, una notizia di reato»²². È dunque «da escludere che possano essere

¹⁷ Se da quanto perviene al pubblico ministero si ricava *ictu oculi* che nulla di penalmente rilevante può essere accaduto, non s'avvia alcuna ricerca.

¹⁸ FEBVRE, *Dal 1892 al 1933: esame di coscienza di una storia e di uno storico*, in *Problemi di metodo storico*, Torino, 1976, 73-73.

¹⁹ DINACCI, *Sempre incerti ruolo e limiti delle iscrizioni delle notizie di reato*, in *Giur. cost.*, 2005, 3015, nota 3015.

²⁰ BRESCIANI, *La notizia di reato e le condizioni di procedibilità*, in *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, coord. da Aimonetto, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario, Marzaduri, Torino, 1999, 13.

²¹ DINACCI, *Sempre incerti*, cit., 3015, nota 31.

²² ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 569, nota 5.

promosse indagini preliminari non già sulla base di una notizia di reato ma al fine di eventualmente acquisirla, come nel caso di indagini a tappeto ed in forma indiscriminata, dirette ad accertare se eventualmente ipotetici reati siano stati commessi»²³, ed è fondamentale evitare che «qualora si proceda in base a semplici sospetti o illazioni e in difetto di un concreto nesso strumentale con una determinata attività criminosa, la perquisizione e il sequestro ad essa conseguente si trasformano da mezzo di ricerca della prova in mezzo di acquisizione di una “*notitia criminis*”, come tale inammissibile perché lesivo della libertà individuale “*lato sensu*”, che ha i suoi referenti negli artt. 13 e 14 della Costituzione»²⁴. All’omessa regolamentazione dell’attività, dunque, va fatta seguire la negazione di ogni potere il cui esercizio richiede per dettato costituzionale una disciplina legislativa: se è prevista una riserva di legge (che indichi «casi e modi») per il compimento di determinate attività coercitive, e la legge non disciplina lo svolgimento di queste attività, queste non devono essere consentite.

Visto il non equivoco dettato normativo, non sembra possibile azzerare il potere del pubblico ministero di svolgere attività preprocedimentale²⁵. È però possibile limitare grandemente i mezzi utilizzabili, escludendo ogni attività che possa incidere sulle libertà delle persone: non solo dunque dovrà essere impedito l’uso di strumenti quali perquisizioni, intercettazioni o sequestri, ma dovrà essere esclusa anche la legittimità di mezzi di coercizione quali l’accompagnamento coattivo.

Anche così ridimensionati i poteri dell’inquirente, naturalmente, resta fermo il principale vincolo: l’attività sarà legittima solo se indirizzata verso il perseguimento del pubblico interesse.

I poteri che la legge riconosce al pubblico ministero in ogni fase del procedimento, così come quelli attribuiti al giudice per l’esercizio della funzione giurisdizionale, non possono essere asserviti a interessi privati.

Il nesso tra sacrificio della libertà, poteri coercitivi e criterio di rilevanza dovrebbe essere evidente. È il giudizio di rilevanza formulato in relazione alle dichiarazioni di una persona a rendere legittima la convocazione in una procura della Repubblica di quella persona e, eventualmente, il suo accompagnamento coattivo. È il giudizio di rilevanza formulato a proposito di una te-

²³ Cass., sez. III, 2 dicembre 1998, PM presso Pret. Terni, in *Arch. nuova proc. pen.* 1999, 176.

²⁴ Cass., sez. I, 29 ottobre 1993, Lenzi, in *Cass. pen.*, 1995, 134.

²⁵ per una diversa opinione, v. ORLANDI, *Inchieste preliminari*, cit., 577, nota 29, secondo il quale sarebbe possibile interpretare l’art. 330 c.p.p. in modo tale da fare del pubblico ministero «un recettore (magari occasionale, ma pur sempre) passivo della notizia di reato».

stimonianza che impone al comune cittadino chiamato a renderla di recarsi presso un tribunale.

3. La normativa sulle indagini difensive: apprezzabili scelte di fondo. Nessun potere coercitivo è mai stato riconosciuto ai difensori, nemmeno quando, ormai un ventennio fa, è stata introdotta un'articolata disciplina delle investigazioni difensive²⁶. Al di là dei commenti improntati a una trionfale retorica o a un catastrofico allarmismo, il legislatore ha effettuato scelte di fondo equilibrate, senza stravolgere i principi fondamentali del processo penale.

Sin dalle prime battute del procedimento²⁷ ha attribuito al difensore il potere di formare atti con un valore probatorio identico a quello degli omologhi atti del pubblico ministero²⁸, liberandolo, ai fini dell'esercizio del diritto alla prova, dalla veste di questuante che chiede all'inquirente il compimento di atti di indagine ai sensi dell'art. 415 *bis* c.p.p., affrancandolo altresì da quella «*paper rule*»²⁹, frutto di «incrostazioni del paternalismo giudiziario»³⁰, che è l'art. 358 c.p.p.

La circostanza che, in attuazione della norma costituzionale che riconosce il diritto alla prova, al difensore sia stato conferito un potere analogo a quello tradizionalmente attribuito al pubblico ministero – quello di formare atti con contenuto probatorio – non ha però comportato un mutamento genetico dei ruoli e dei poteri delle due parti processuali: l'avvocato, sia prima che dopo la riforma, è «al servizio di tesi precostituite (leggi: l'interesse del cliente)»³¹; il difensore – nulla ha mutato la l. 7 dicembre 2000, n. 397 – «deve sentirsi non già “principalmente” ma “esclusivamente” difensore, e come tale agire. In particolare non deve sentirsi, né deve agire mai in qualità di una sorta di ausiliario o collaboratore del giudice»³². Il suo obiettivo è «vincere la battaglia forense, non [...] aiutare la corte a scoprire la verità»³³.

²⁶ Con legge 7 dicembre 2000, n. 397, che ha abrogato la laconica disciplina prevista dall'art. 38 disp. att. c.p.p.

²⁷ Per la verità l'attività investigativa può essere svolta anche «per l'eventualità che si instauri un procedimento penale» (art. 391 *nomies* c.p.p.) «per promuovere il giudizio di revisione» (art. 327 *bis* c.p.p.).

²⁸ Sin dalle prime applicazioni il punto è stato pacifico: v. Cass., sez. II, 30 gennaio 2002, *Pedi*, in *Cass. pen.*, 2003, 1248.

²⁹ PERONI, *L'art. 358 c.p.p. tra antinomie codicistiche ed etica del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 966.

³⁰ GIARDA, *Un cammino appena iniziato*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 9.

³¹ MADDALENA, *Una Magistratura autonoma e indipendente*, in *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, a cura di Bruti Liberati, Ceretti, Giasanti, Milano, 1996, 99.

³² TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1982, XII, 209.

³³ FRANK, *Courts on Trial*, New York, 1963, 85 (la citazione è tratta da FANLO CORTÈS, *Scienza giuridica e deontologia forense. A margine di due interventi di Giovanni Tarello*, in *Mat. stor. cult. giur.*, di-

Operando nell'esclusivo interesse dell'assistito, opportunamente non è stato riconosciuto al difensore alcun potere di incidere sulle libertà delle persone: non può costringere nessuno a recarsi presso il proprio studio, né obbligare alcuna persona a rendere dichiarazioni; non può disporre sequestri, introdursi in luoghi privati senza il consenso di chi ne ha la disponibilità, né chiedere al giudice di disporre intercettazioni telefoniche o di limitare la libertà di una persona per impedire un inquinamento probatorio. È un soggetto privato che agisce nell'interesse della parte che assiste (non necessariamente l'accusato³¹), e gli è stato riconosciuto il massimo potere che uno stato rispettoso dei diritti degli individui – di tutti gli individui, non solo della minor parte di essi (quelli che hanno una parte in un procedimento penale) – può riconoscere.

Quando il difensore ha la necessità di ottenere dichiarazioni, documenti o informazioni in possesso di persone non molto convinte a collaborare, può prima appellarsi ai doveri di solidarietà sociale. Ma se l'esortazione non sortisce effetto, può solo rassegnarsi oppure rivolgersi a chi è stato munito di poteri coercitivi: se una persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa decide di non rispondere, il difensore può chiedere l'intervento del pubblico ministero (art. 391 *bis*, comma 10, c.p.p.) o del giudice (art. 391 *bis*, comma 11, c.p.p.); se la pubblica amministrazione non intende consegnare i documenti in suo possesso, il difensore può chiedere l'intervento del magistrato inquirente e, in seconda battuta, del giudice (art. 391, comma 3, c.p.p.); se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità (art. 391 *septies*, comma 1, c.p.p.).

La mancata collaborazione del soggetto che potrebbe fornire informazioni utili, dunque, è stata prevista dal legislatore come limite alla libertà

cembre 2008, 371). Il punto, almeno negli ultimi trent'anni, non è mai stato in discussione: «la realtà – nota e accettata – è che l'avvocato difende il cliente anche se colpevole; chiede l'assoluzione anche se le prove portano alla condanna, attraverso un'attività di “demolizione” della loro capacità accusatoria» (CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore di «concorrere a creare le condizioni di una sentenza giusta»*, in *Cass. pen.*, 1982, 944); è «manifesto che l'adoperarsi per ottenere la sentenza soggettivamente più favorevole per il cliente, sia questi colpevole o innocente, e indipendentemente dalla giustizia del provvedimento, rientra tra gli obiettivi primari sottesi al mandato difensivo» (CERESA GASTALDO, *A proposito del confine tra atto defensionale atipico e reato di favoreggiamento*, in *Cass. pen.*, 1988, 1429), ed è dunque «nelle regole del gioco che il difensore possa aiutare, con la sua attività, anche un colpevole a sottrarsi all'accertamento delle sue responsabilità» (PISA, *Avvocati e favoreggiamento personale: ancora un caso dubbio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 338).

³¹ Sebbene non vi sia alcun riconoscimento espresso, è ormai pacifico che le investigazioni difensive possano essere svolte anche dal difensore della persona offesa.

d'investigazione del difensore, al quale non è stato consentito invadere la sfera delle libertà costituzionalmente garantite senza l'intervento di un magistrato: «nella mancanza di poteri coercitivi s'individua, infatti, un limite strutturale dell'attività del difensore e si sostanzia gran parte dell'ontologica, incolmabile differenza tra poteri investigativi dell'accusa e della difesa, tra indagini preliminari e difensive»³⁵.

Ma l'interesse privato che guida l'attività investigativa, che ha indotto il legislatore a non riconoscere al difensore alcun potere coercitivo, comporta anche minori vincoli: contrariamente al magistrato inquirente, al difensore è riconosciuta un'ampia libertà di movimento. Può seguire la propria linea difensiva, svolgere attività che si concretizzano in verbali suscettibili di acquisizione procedimentale e, ricorrendo talune condizioni, anche dibattimentale, godendo della massima riservatezza: gli è riconosciuto il diritto all'investigazione parziale³⁶ senza alcun obbligo di depositare i risultati eventualmente acquisiti. A differenza di quella pubblica, l'investigazione «del difensore non è caratterizzata da un dovere di completezza e obiettività: il difensore è libero di scegliere se, quando e in quale direzione indagare. L'investigazione difensiva non è funzionalmente, e direttamente, orientata a “contribuire” alla risoluzione della *questio* relativa all'esercizio dell'azione penale; è più genericamente tesa ad acquisire elementi di prova pro reo»³⁷. Il difensore è rimasto difensore: *non* deve diventare «un organo di giustizia, poiché coopera con il giudice per l'attuazione del diritto e la ricerca del vero»³⁸, né concorrere «a creare le condizioni per l'emanazione d'una sentenza giusta»³⁹.

In un processo modellato dal principio di presunzione di non colpevolezza, che ripartisce oneri e doveri, poteri e funzioni, finalità e strumenti, in modo tanto diseguale, assenza di poteri coercitivi, parzialità e riservatezza dell'attività investigativa e libertà d'uso di quanto ottenuto sono tre aspetti intimamente connessi che caratterizzano la disciplina delle investigazioni difensive.

³⁵ TESORIERO, *I poteri investigativi del difensore in occasione dell'accesso ai luoghi ex artt. 391 sexies e 391 septies c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2007, 652.

³⁶ Parzialità che non può sfociare nell'illecito: «è vero che il difensore non ha il dovere di cooperare alla ricerca della verità e che al professionista è riconosciuto il diritto di ricercare soltanto gli elementi utili alla tutela del proprio assistito, però sicuramente non gli è riconosciuto il diritto di manipolare le informazioni ricevute avverso di selezionarle verbalizzando solo quelle favorevoli» (Cass., sez. un. 27 giugno 2006, S.L., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1219, con nota di LORENZETTO, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*).

³⁷ SIRACUSANO, voce *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir. Am.*, II-1, Milano, 2008, 501.

³⁸ Così, invece, D'OVIDIO, *La funzione sociale dell'avvocato*, in *Quaderni della giustizia*, 1981, n. 5, 7.

³⁹ In questi termini Cass., sez. I, 11 novembre 1980, Auricchio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1594, con nota di MOSCARINI, *Difesa tecnica e favoreggiamento*.

4. *La normativa sulle indagini difensive: pessime formulazioni.* L'affermazione secondo cui «l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative» sia un «metodo primitivo sempre», riportata in una nota pronuncia del Giudice delle leggi⁴⁰, è probabilmente avventata. Ma se si leggono le disposizioni previste dagli artt. 391 *bis* ss. c.p.p. un impulso a rivalutarla lo avverte chiunque.

Alle felici scelte di fondo non è corrisposto un altrettanto valido prodotto legislativo finale: «lo scadente livello qualitativo riscontrabile nella redazione delle norme, spesso tecnicamente sciatte»⁴¹, e «il suo disinvolto innesto nel *corpus* codicistico, tale da generare “conflitti di sistema”»⁴², hanno fatto sì che il legislatore foggiasse un «prodotto strano»⁴³, incorrendo in aporie sistematiche, inesattezze terminologiche, e lacune normative.

Limitandosi a un paio di esempi, l'ultima parte del comma 3 dell'art. 391 *octies* c.p.p. stabilisce che «dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore è inserito nel fascicolo di cui all'art. 433», ossia il fascicolo del pubblico ministero, il quale viene alla luce, eventualmente, al termine dell'udienza preliminare, dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio. Sulla base del dato testuale della disposizione qualcuno ha sostenuto che le investigazioni non sono utilizzabili fino a quel momento, non essendo possibile unificare il fascicolo del difensore a quello delle indagini preliminari prima della conclusione dell'udienza preliminare⁴⁴. Ma a distanza di quasi un ventennio è pacifico che la locuzione «fascicolo di cui all'art. 433» vada riferita a quello che comunemente viene chiamato fascicolo delle indagini, in cui confluirebbero quindi sia gli atti di indagine del pubblico ministero, sia quelli dell'investigazione difensiva, pienamente utilizzabili⁴⁵.

Il decimo comma dell'art. 391 *bis* c.p.p. riconosce al difensore la possibilità

⁴⁰ Corte cost., n. 1 del 2013, in *Cass. pen.*, 2013, 1319, con nota di ORLANDI, *Distrugete quelle registrazioni!*; in *Giur. cost.*, 2013, 1287, con nota di FERRUA, *La sentenza sulle intercettazioni «casuali» del presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale.*

⁴¹ GREVI, *Ancora e sempre alla ricerca del “processo giusto”*, in *Leg. pen.*, 2001, 475.

⁴² GATTO, *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano, 2003, 26.

⁴³ NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 11.

⁴⁴ MANNUCCI, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 2951; FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova nel giudizio abbreviato, nel «patteggiamento» e nell'istituto dell'acquisizione degli atti su accordo delle parti*, Milano, 2004, 81.

⁴⁵ FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Dalia Ferraioli, Milano, 2002, 303; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, 1763; LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 532-533.

di richiedere al pubblico ministero l'audizione della «persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa» quando questa «abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3», ossia la «facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione». Secondo la pressoché univoca interpretazione, al difensore sarebbe consentito attivare questo strumento anche nei casi in cui la persona convocata dal difensore, nulla comunicando in ordine alle proprie intenzioni, non si presentasse: «un'interpretazione strettamente letterale dell'inciso dovrebbe precludere il ricorso all'audizione coatta ogniqualvolta il dichiarante non si sia presentato al colloquio e non abbia formalmente rifiutato alcunché. Ma una siffatta interpretazione si porrebbe in contrasto con la *ratio* della disposizione che risponde alla necessità di assicurare al difensore la possibilità di espletare le proprie investigazioni anche quando difetti la collaborazione delle persone in grado di riferire circostanze utili»⁴⁶.

Il primo comma dell'art. 391 *septies* c.p.p. prevede che quando è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità. Molti interpreti, allontanandosi dal dato normativo, ammettono la possibilità di un'autorizzazione preventiva: «la lettera della legge sembrerebbe esigere l'avvenuto rifiuto del soggetto che ha la disponibilità dei luoghi»⁴⁷; tuttavia una interpretazione così restrittiva potrebbe «frustrare la *ratio* della norma, finalizzata a garantire l'esercizio del diritto di difesa e a favorire un risultato utile all'esperimento dell'atto, in quanto non è improbabile che il titolare dello *jus excludendi*, messo sull'avviso dalla richiesta del difensore e temendo possano emergere elementi di responsabilità a carico suo o di persone a lui vicine, elimini gli effetti materiali del reato: poiché la formula utilizzata dal legislatore non appare ostarvi, la presentazione della richiesta si deve ritenere consentita anche prima della manifestazione del dissenso, se il difensore abbia motivo di

⁴⁶ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, 161; così anche DI BITONTO, *sub art. 391 bis*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da Lattanzi, Lupo, vol. V, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Tomo I, libro V, artt. 326-391 *decies*, coordinato da Bronzo, Milano, 2013, 718; LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., 512; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, 75; SIRACUSANO, voce *Investigazioni difensive*, cit., 510; VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 88. Propendono invece un'interpretazione strettamente letterale DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 322 e GARUTI, *I rapporti tra pubblico ministero e difesa nell'ambito delle investigazioni difensive*, in *Studium iuris*, 2002, 14.

⁴⁷ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 182.

temere una dispersione delle prove»⁴⁸.

Si tratta di tre casi d'interpretazione piuttosto libera: il dato normativo porta in una direzione, ma gli interpreti, insoddisfatti della conclusione a cui si giunge con una lineare lettura della disposizione, *decidono* che è necessaria una diversa esegesi, in linea con quelle che, *secondo loro*, sarebbero state le intenzioni del legislatore, un po' maldestro nella redazione del testo normativo. Si è innanzi, negli ultimi due casi, a «quella che Kelsen denominerebbe una lacuna ideologica, ossia quella pretesa lacuna che sorge allorché l'interprete pensa: "se il legislatore fosse stato più razionale, avrebbe dovuto prevedere un caso come questo in cui le categorie da lui usate danno luogo a conseguenze inaccettabili»⁴⁹.

Con ciò non si vuol dire che le operazioni esegetiche non siano accettabili: nel primo dei tre casi, in effetti, se il riferimento al «fascicolo di cui all'art. 433» non fosse manipolato nel modo più palese, l'intera novella perderebbe pressoché di senso, potendo le investigazioni essere utilizzate solo dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio⁵⁰; nel secondo l'omessa risposta al difensore, impedendo l'attivazione dello strumento dell'audizione innanzi al pubblico ministero (o dell'incidente probatorio⁵¹), priverebbe la difesa dell'unico rimedio alla mancata collaborazione, creando tra l'altro una situazione d'irragionevole disparità tra il potenziale dichiarante che risponde con un rifiuto (convocabile dal pubblico ministero, il quale potrebbe disporre

⁴⁸ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 182. Così già PAOLOZZI, *Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 3511: nel periodo di tempo necessario per ottenere l'autorizzazione infatti, «non è improbabile che malintenzionati depositari (magari il medesimo indagato — nel caso di accesso tentato dal difensore dell'offeso dal reato — ovvero coimputati o soggetti che temono di venir sospettati di essere loro stessi autori del reato o concorrenti nel medesimo) del luogo privato o non aperto al pubblico facciano accortamente scomparire tracce ed altri effetti materiali del reato. Se un simile timore balenasse in anticipo nella mente del difensore perquirente, sembra ipotizzabile che questi possa richiedere preventivamente l'autorizzazione del giudice, non ostandovi in alcun modo la formula "e non vi è il consenso"». In questo senso sono orientati anche CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 815; DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, cit., 214; LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., 523; SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014, 288.

⁴⁹ LUZZATI, *Principi e principi. La genericità del diritto*, Torino, 2012, 18-19 (il quale cita KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], § 48, Torino, 2000, 126 ss.). Sulle lacune assiologiche v. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Milano, 1998, 244-245.

⁵⁰ Dopo la l. 23 giugno 2017, n. 103, c.d. riforma Orlando, peraltro la norma che si trae con un'interpretazione letterale dal terzo co. dell'art. 391 *octies* c.p.p. si porrebbe in conflitto con quella che si ricava con un'interpretazione letterale dal quarto co. dell'art. 438 c.p.p., la quale assume che le investigazioni possano essere depositate in udienza preliminare.

⁵¹ V. il prossimo paragrafo.

l'accompagnamento coattivo), da quello che placidamente ignora l'invito del difensore; pure nel terzo caso la scelta legislativa può essere discutibile anche se, ipotizzando una scala di gravità delle conseguenze che si hanno con un'interpretazione letterale, è il caso probabilmente meno grave⁵².

Ma più che valutare la fondatezza delle interpretazioni, preme qui sottolineare soprattutto la facilità con la quale gli interpreti, nell'attribuire un significato alle disposizioni, si allontanano con grande facilità - talvolta con disinvoltura - dal dato normativo che porta in tutt'altra direzione.

Certo quando s'interpreta la normativa sulle investigazioni la tentazione a forzare il dato legislativo è forte, perché la novella è stata davvero «uno dei peggiori prodotti normativi degli ultimi anni»⁵³.

Tra le numerose lacune⁵⁴ vi è anche quella relativa ai criteri ai quali si devono attenere i magistrati chiamati in causa dal difensore per consentire lo svolgimento delle investigazioni.

5. Il quesito relativo ai criteri d'intervento dei magistrati nell'ambito delle investigazioni difensive. Si è fatto cenno alla possibilità che la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa non collabori. In questo caso il decimo comma dell'art. 391 *bis* c.p.p. legittima il difensore a chiedere l'intervento del pubblico ministero affinché quest'ultimo disponga l'audizione della persona, a questo punto costretta dall'autorità pubblica a rendere dichiarazioni. In alternativa, ai sensi dell'undicesimo comma dell'art. 391 *bis* c.p.p., il difensore può chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio⁵⁵.

Un altro mezzo con il quale un magistrato può permettere al difensore di ottenere quanto ritiene utile è configurato dal terzo comma dell'art. 391 *quater* c.p.p. La norma, tramite un rinvio agli artt. 367 e 368 c.p.p., prevede che il difensore possa chiedere al pubblico ministero di sequestrare i documenti

⁵² Mentre è palese la forzatura: la disposizione pone due condizioni che devono sussistere cumulativamente, non alternativamente («se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità»). Contrariamente a quanto si è scritto, la formula utilizzata dal legislatore decisamente osta alla lettura che vorrebbe consentire l'autorizzazione preventiva.

⁵³ GREVI, *Ancora e sempre alla ricerca del "processo giusto"*, cit. 475.

⁵⁴ Forse la più nota e discussa, colmata in modo non ineccepibile con la l. 23 giugno 2017, n. 103, c.d. riforma Orlando, era quella relativa al regime di utilizzabilità delle investigazioni difensive depositate immediatamente prima della richiesta di giudizio abbreviato.

⁵⁵ Nel caso in cui il difensore intenda acquisire informazioni dalle persone sottoposte a indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'art. 210 c.p.p., è previsto il solo mezzo dell'incidente probatorio, stante l'espresso divieto contenuto nella seconda parte dell'art. 391 *bis* co. 10 c.p.p.

che la pubblica amministrazione rifiuta di consegnare; se l'inquirente non accoglie l'istanza, deve trasmetterla con il proprio parere al giudice affinché quest'ultimo decida⁵⁶.

Il primo comma dell'art. 391 *septies* c.p.p., al quale si è fatto cenno, stabilisce che quando è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, il difensore può chiedere al giudice di essere autorizzato all'accesso con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità.

In un'occasione è previsto l'intervento di un magistrato anche quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa potrebbe essere intenzionata a collaborare⁵⁷: il settimo comma dell'art. 391 *bis* c.p.p. prevede che per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore deve munirsi di una specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero⁵⁸.

In tutti questi casi la contraria decisione del magistrato impedisce il compimento di un atto che, secondo il difensore, potrebbe giovare alla difesa. In nessuno di questi casi sono stati indicati dal legislatore i criteri ai quali i magistrati debbono attenersi per accogliere l'istanza.

Le interpretazioni sono, naturalmente, varie, e solo in relazioni a pochi casi sembra possibile affermare che sia stata individuata una chiara regola.

È il caso dell'accesso a luoghi privati o non aperti al pubblico.

Sebbene la disposizione non indichi se il giudice debba oppure possa autorizzare l'accesso e - nel secondo caso - a quali condizioni, sembra pacifico che il magistrato «deciderà sulla richiesta difensiva valutando il rapporto tra il sacrificio imposto al diritto all'intimità domiciliare e la rilevanza della prova che il difensore intende procurarsi»⁵⁹.

La laconicità del dato normativo non ha impedito di giungere all'elaborazione

⁵⁶ Nei casi in cui l'esibizione dei documenti venisse negata per l'esistenza di un segreto professionale o d'ufficio, troverebbe applicazione l'art. 256 c.p.p. (PAOLOZZI, *Commento alla legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., 3508; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 346; VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 130).

⁵⁷ Anzi, come si vedrà (par. 7), è molto probabile sia intenzionata a collaborare.

⁵⁸ La disposizione precisa che prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è data dal giudice per le indagini preliminari; durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza.

⁵⁹ CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2010, 579. In senso analogo DEAN, *La richiesta di documentazione*, cit., 214; SURACI, sub *art. 391 septies*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda Spangher, Milano, 2017, 957. Così anche CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 906, il quale esclude che in questo caso sia «pensabile l'automatismo congegnato dall'art. 391 bis, co. 10».

di una norma che enuncia un criterio non chiaramente menzionato nella disposizione. Né, a quanto risulta, sono state suggerite interpretazioni che non attribuiscono al giudice un sindacato che non sia meramente formale sull'istanza. L'univocità di visioni, probabilmente, è legata alla circostanza che chiunque (ma soprattutto un processual penalista) s'avvede della collisione del diritto di difesa con una libertà, quella domiciliare, tradizionalmente prevista nei testi costituzionali dell'età moderna.

In questo caso, dunque, è pacifico che il giudice sia «chiamato a compiere un delicato bilanciamento degli interessi in gioco, entrambi costituzionalmente protetti»⁶⁰, potendo dunque «rifiutare l'autorizzazione allorquando le ragioni addotte non risultino sufficienti per comprimere il diritto alla libertà di domicilio (art. 14 cost.) e alla riservatezza di chi abbia la disponibilità dei luoghi»⁶¹.

Quando è la pubblica amministrazione a non collaborare, rifiutando di consegnare i documenti richiesti dal difensore, ci s'imbatte in soluzioni interpretative un po' più varie.

Mentre è pacifico che se l'inquirente ritiene di non accogliere la richiesta è tenuto a trasmetterla al giudice per la decisione, non è univoca l'interpretazione su ciò che può essere oggetto del sequestro.

Secondo alcuni il difensore potrebbe chiedere al pubblico ministero il sequestro del solo corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, e non di altri documenti, nemmeno qualora fosse «accertata la pertinenza all'attività d'investigazione difensiva in corso di svolgimento»⁶²: «se questo era lo scopo che il legislatore si era prefisso di raggiungere, né lo strumento normativo né il lessico utilizzati si rivelano adeguati. L'articolo 368 riguarda [...] esclusivamente le richieste di sequestro probatorio ex articoli 253 e 365 c.p.p.»⁶³.

Secondo altri il sequestro può avere «ad oggetto non solo “il corpo del reato o le cose pertinenti al reato”, ma qualunque documento la cui visione o copia

⁶⁰ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 183.

⁶¹ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 183. Così anche TESORIERO, *I poteri investigativi del difensore*, cit., 651, il quale afferma che il giudice non potrà autorizzare l'accesso in vista del compimento di un'attività che presupponga una collaborazione del titolare del luogo diversa e ulteriore rispetto alla semplice «apertura della porta» ordinata. L'autorizzazione, infatti, costituisce esclusivamente una sorta di «ordine di far accedere», cui corrisponde un obbligo in tal senso per il soggetto passivo detentore del luogo; solo questo appare il contenuto coercibile del decreto sotto il profilo delle sanzioni prospettabili in caso di inottemperanza. È estraneo, invece, dalla portata del decreto l'imposizione di alcun obbligo di *facere* in capo al soggetto passivo dell'accesso.

⁶² BRICCHETTI, *I luoghi dell'investigazione*, in Bricchetti, Randazzo, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano, 2000, 120.

⁶³ BRICCHETTI, *I luoghi dell'investigazione*, cit., 120.

siano state negate dalla pubblica amministrazione al difensore»⁶⁴.

Altri ancora, non operando distinzioni, richiamano il criterio dell'utilità: «il rimedio sta dunque nel chiedere un sequestro al pubblico ministero; il quale lo dispone, se ritiene utili i documenti, e altrimenti trasmette la richiesta al giudice per le indagini preliminari col suo parere negativo»⁶⁵ (si noti che questo criterio non coincide con il precedente, posto che non sempre il corpo del reato ha rilevanza probatoria⁶⁶).

La giurisprudenza è orientata in quest'ultimo senso, avendo precisato che la rilevanza «assurge a criterio di vera e propria utilità, non marginalità, inerenza al fatto o alle circostanze influenti sulla ricostruzione»⁶⁷.

Sintetizzando, sembra possibile sostenere che secondo alcuni il pubblico ministero e, eventualmente, il giudice, dovrebbero disporre il sequestro solo dopo avere qualificato quanto richiesto dal difensore alla pubblica amministrazione come corpo del reato o cosa pertinente al reato. Secondo altri, dovrebbero semplicemente prendere atto del diniego della pubblica amministrazione e sequestrare quanto richiesto (sul difensore sembrerebbe non gravare alcun onere di argomentare in ordine alla rilevanza); secondo altri ancora, invece, nell'onere di argomentazione sulla rilevanza si risolverebbe il principale adempimento ai fini dell'istanza (dovendo naturalmente essere dimostrato anche il diniego).

Il criterio della rilevanza, secondo una recente sentenza della Corte di cassazione, dovrebbe guidare il giudice che autorizza il difensore a incontrare in carcere il potenziale dichiarante. Secondo il giudice di legittimità «l'intervento della giurisdizione non può risolversi nel compimento di un atto necessitato da un meccanismo sostanzialmente automatico, così descrivibile: siccome il difensore ha il potere di compiere investigazioni difensive anche, se ritiene, assumendo informazioni da persone detenute, allora il giudice non può che emettere l'autorizzazione, quali che siano i contenuti della richiesta»⁶⁸. La valu-

⁶⁴ VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 130; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., 346. Così anche GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 176: «se il sequestro del documento (inutilmente richiesto) presupponesse necessariamente la sua natura di corpo del reato o di cosa pertinente al reato, la disposizione da ultimo richiamata sarebbe manifestamente superflua, posto che, nella fattispecie, gli articoli 367 e 368 sarebbero stati comunque applicabili. La sua presenza nel sistema assume pertanto il preciso significato di una espansione dei casi di sequestro, voluta dal legislatore per favorire l'acquisizione di elementi utili alla difesa».

⁶⁵ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 906.

⁶⁶ Sul tema sia consentito il rinvio a PASTA, *La motivazione del decreto di sequestro probatorio del corpo del reato*, in *Cass. pen.*, 2008, 3060.

⁶⁷ Cass., sez. IV, 6 dicembre 2017, L.I., in *Dir. & giust.*, 2018, 30 marzo.

⁶⁸ Cass., sez. I, 7 giugno 2019, n. M.A., inedita (dalla quale sono tratte anche le prossime due citazioni).

tazione del giudice, al quale è precluso ogni «sindacato sul merito dell'atto per il quale è fatta richiesta», «attiene piuttosto al titolo di legittimazione per lo svolgimento dell'attività investigativa. [...] È ovvio, però, che il titolo di legittimazione non può essere fatto valere con la sola indicazione del rapporto difensivo con un soggetto sottoposto ad indagine, perché in tal modo nulla si rappresenta sull'interesse sotteso alla richiesta. Occorre, piuttosto, che siano indicati l'imputazione o l'addebito per il quale si procede nei confronti della persona assistita dal difensore che intende esaminare la persona detenuta, e che sia descritto il legame con quel tema di indagine della persona da sentire, in modo che si possa apprezzare l'esistenza di un interesse meritevole di tutela».

La questione è abbastanza trascurata. Di solito ci si limita a segnalare la necessità dell'autorizzazione del giudice per aver un colloquio, assumere informazioni o ricevere dichiarazioni da una persona detenuta, senza nulla aggiungere in ordine ai requisiti dell'istanza⁶⁹. Solo pochi interpreti segnalano la lacuna, lasciando intendere – così almeno sembra – che il controllo debba essere di natura formale: «nulla dice il codice sui contenuti della richiesta di autorizzazione, che evidentemente dovrà precisare quantomeno le generalità e il ruolo del richiedente, le generalità della persona detenuta e la tipologia dell'atto a contenuto dichiarativo che si vuole svolgere»⁷⁰. In quest'ordine di idee si esclude ogni «sindacato sulla necessità e rilevanza dell'atto d'indagine, verifica che, tra le altre cose, richiederebbe l'acquisizione di dati informativi circa le finalità ed i presumibili contenuti di esso, che nessuna norma impone al difensore di fornire all'atto della proposizione dell'istanza»⁷¹.

Un quesito che è invece stato sempre al centro dell'attenzione degli interpreti della normativa sulle investigazioni difensive è quello relativo al giudizio di ammissibilità dell'istanza di audizione o di incidente probatorio *ex art. 391 bis comma 10 e 11 c.p.p.*

Quanto alla richiesta di audizione congiunta con il pubblico ministero, l'orientamento ampiamente prevalente tende a configurare un automatismo:

⁶⁹ Le questioni di solito trattate concernono il significato dell'espressione «persona detenuta», che secondo la pressoché unanime interpretazione va riferita anche ai soggetti agli arresti o in detenzione domiciliare, e le conseguenze che si hanno quando il difensore assume informazioni in assenza dell'autorizzazione (ipotesi che verosimilmente si può verificare quando la persona è agli arresti o in detenzione domiciliare, essendo piuttosto improbabile un colloquio in carcere senza autorizzazione), quesito al quale solitamente si risponde escludendo l'inutilizzabilità, sanzione prevista dal sesto co. dell'art. 391 bis c.p.p. per la violazione dei commi precedenti (non, dunque, del settimo).

⁷⁰ LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., 508.

⁷¹ SURACI, *Le indagini difensive*, cit., 156.

«di fronte al rifiuto di rispondere opposto dal soggetto interpellato al difensore (il quale, essendo privo di poteri coercitivi, non può, dunque, ottenere le informazioni necessarie), si ritiene che il pubblico ministero abbia l'obbligo di ammettere la richiesta difensiva, qualora ne sussistano le condizioni: il tenore letterale della norma, con l'uso dei verbi all'indicativo ("ne dispone l'audizione che fissa entro sette giorni") sembra confermare tale assunto»⁷². Secondo questa tesi, dunque, non ci sarebbero «disposizioni che autorizzino il pubblico ministero a dichiarare l'inammissibilità della richiesta o a respingerla, neppure se essa dovesse *prima facie* apparire pretestuosa o se il pubblico ministero (per la conoscenza d'atti coperti da segreto) fosse in condizioni di affermare che la persona, di cui si richiede l'audizione, non è in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa»⁷³.

Mentre alcuni interpreti che aderiscono a questa lettura non hanno riserve sulla scelta legislativa - l'unica, così sostengono, in grado di attuare il diritto di difesa -, altri hanno criticato la decisione del legislatore (dando per scontato, dunque, che un automatismo è stato previsto⁷⁴).

Queste critiche non hanno ragione d'essere, ovviamente, per gli interpreti che escludono la sussistenza di un simile obbligo: un orientamento minoritario, pur riconoscendo che «la formula legislativa, secondo la quale il pubblico ministero "dispone" l'audizione, sembra configurare un vero e proprio obbligo di assumere l'informazione», ritiene che «al pubblico ministero va[dano] riconosciuti alcuni poteri di controllo sull'ammissibilità e fondatezza della richiesta»⁷⁵. L'inquirente, secondo questa tesi, conserverebbe dunque «un mar-

⁷² BORTOLIN, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'indagine difensiva, ex art. 391 bis, comma 111 c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1040.

⁷³ BRICCHETTI, *Le modalità di svolgimento dell'attività di ricerca e di individuazione di elementi di prova dichiarativa*, in Bricchetti, Randazzo, *Le indagini della difesa*, cit., 104-105. Così anche BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in *Giur. mer.*, 2008, 7; CENTORAME, *Incidente probatorio e investigazioni difensive*, in *Giur. it.*, 2012, 2654; DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi investigando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Leg. pen.*, 2002, 15, nota 57; DI BITONTO, sub art. 391 bis, cit., 720; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 161; LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., 512-513; PARLATO, *Le nuove disposizioni*, cit., 76; PROCACCINO, *L'audizione "congiunta" ex art. 391 bis comma 10 c.p.p. tra discrezionalità del p.m. e strategie difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1325; SURACI, sub art. 391 bis, cit., 927; TRIGGIANI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 310.

⁷⁴ Così CORDERO, *Procedura penale*, cit., 905: «il presente indicativo esclude l'ipotesi d'un rifiuto motivato in termini d'economia istruttoria. Automatismo molto discutibile, perché offre larghi spiragli alla chiacane ostruzionistica: fossero mille le richieste, sapientemente dislocate, il pubblico ministero dovrebbe muoversi mille volte servizievolvermente; sarebbe meglio lasciargli decidere se l'atto richiesto sia utile, salvo reclamo al giudice contro il provvedimento negativo».

⁷⁵ VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 89, il quale giustifica la propria interpretazione osservando (90)

gine di discrezionalità nell'accoglimento della richiesta, calibrato sui parametri dell'art. 190 comma 1; di conseguenza, il difensore dovrà indicare nella richiesta le circostanze utili sulle quali desidera che la persona sia sentita e le ragioni per cui ritiene la sua audizione utile ai fini delle indagini»⁷⁶.

La giurisprudenza, nelle (non numerose) pronunce, ha sempre sostenuto che la richiesta rivolta al pubblico ministero di disporre l'audizione deve indicare le circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali si ritiene che esse siano utili alle indagini, con la conseguenza che, in difetto di tali indicazioni, il pubblico ministero non ha l'obbligo di provvedere⁷⁷.

La tesi dell'automatismo, secondo la Corte, non convincerebbe perché, tramite un doppio rinvio (al comma 3 e al comma 1), il decimo comma dell'art. 391 *bis* c.p.p. farebbe esplicito riferimento alla circostanza che la persona la cui audizione è richiesta deve 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 condizione di valutare la ricorrenza di tale requisito. L'omissione comporta l'irricevibilità della richiesta⁷⁸.

Nella più recente occasione in cui si è pronunciata la Corte, per la verità, si è spinta ben oltre, aggiungendo una ulteriore, rigorosa, condizione: «il difensore non soltanto deve indicare le circostanze sulle quali il soggetto informato sui fatti è chiamato a rispondere nella citazione dello stesso ma, qualora questi non compaia, ha l'obbligo di specificare al pubblico ministero *per quali ragioni ritenere indispensabile ed indifferibile* l'audizione del soggetto in quella fase delle indagini»⁷⁹. Sulle ragioni per le quali sussisterebbe questo ulteriore requisiti, tuttavia, la Corte nulla dice.

Tendenzialmente sovrapponibili sono le tesi interpretative relative allo strumento alternativo all'audizione, la richiesta di incidente probatorio prevista dall'undicesimo comma dell'art. 391 *bis* c.p.p.

Sulla base del dato testuale della disposizione («il difensore, in alternativa

che «la tesi, che nega al pubblico ministero il potere di valutare in particolare la rilevanza della prova richiesta potrebbe favorire la presentazione di richieste dilatorie e, quindi, sarebbe fortemente sospetta di illegittimità costituzionale: secondo la costante giurisprudenza costituzionale, istituti e regole processuali sono da censurare, in rapporto al principio di indefettabilità ed efficiente svolgimento della funzione giurisdizionale, allorquando si prestino a uso distorto».

⁷⁶ CAPRIOLI, *Indagini*, cit., 575.

⁷⁷ Cass., sez. II, 13 dicembre 2017, Belcastro, rv 272147; Cass., sez. II, 23 novembre 2006, Orieti, in *Cass. pen.*, 2008, 284; Cass., sez. VI, 13 maggio 2004, Barone, in *Riv. pen.*, 2005, 1400.

⁷⁸ Cass., sez. II, 23 novembre 2006, Orieti, cit.

⁷⁹ Cass., sez. II, 13 dicembre 2017, Belcastro, cit.

all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che *si proceda* con incidente probatorio») gli interpreti che propendono per il vaglio solo formale dell'istanza di audizione, affermano che in relazione alla richiesta di incidente probatorio «i poteri di delibazione negativa del giudice appaiono [...] circoscritti ai soli aspetti formali, senza possibilità di valutazioni di merito»⁸⁰, che la richiesta di incidente probatorio, «imperativa»⁸¹, «ha il carattere dell'automaticità»⁸². Per attivare questo alternativo mezzo, dunque, «la difesa dovrà semplicemente dimostrare che la persona informata sui fatti non ha ritenuto di rilasciare dichiarazioni scritte ovvero di rispondere alle domande del difensore»⁸³.

Gli interpreti che propendevano per il requisito della rilevanza, replicano la medesima conclusione per l'istanza di incidente probatorio: quest'ultima «deve indicare i fatti che costituiscono oggetto della prova e, seppur in modo sintetico, le ragioni della sua rilevanza ai fini della decisione»⁸⁴; il giudice deve quindi «opta[re] per il rigetto allorché la prova sia vietata dalla legge oppure manifestamente superflua o irrilevante»⁸⁵.

Così è orientata la giurisprudenza, secondo la quale la richiesta al giudice affinché proceda con incidente probatorio «non presuppone alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza ai fini investigativi delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita»⁸⁶.

6. La fragilità dell'argomento letterale. Che in tutti questi casi sia stato previsto un automatismo è da escludere.

⁸⁰ GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 166.

⁸¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 906.

⁸² APRILE, *Le investigazioni difensive*, in Aprile, Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano, 2011, 580.

⁸³ TRIGGIANI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 322.

⁸⁴ VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 95, il quale precisa (98) che «il giudice verifica la fondatezza della richiesta secondo le regole generali in tema di ammissione della prova; pertanto la respinge se l'esame o la testimonianza risultano vietati dalla legge o manifestamente irrilevanti o superflui». Così anche FOLLIERI, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391 bis comma 11 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2003, 2714 e FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte e di informazioni*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, cit., 193.

⁸⁵ CAPRIOLI, *Indagini preliminari*, cit., 576.

⁸⁶ Cass., sez. III, 14 dicembre 2011, S., in *Cass. pen.*, 2012, 1775, con nota di BIONDI, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?* Tema collegato, ma differente, è quello relativo all'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto del giudice, esclusa dalla giurisprudenza (Cass., sez. fer., 1 agosto 2013, Agrama, rv 256573; Cass., sez. III, 9 aprile 2002, Mondadori, in *Cass. pen.*, 2003, 2709).

Innanzitutto perché quando si analizza una normativa caratterizzata da inesattezze linguistiche, contraddizioni e lacune, quale è quella sulle investigazioni difensive⁸⁷, si deve essere molto cauti nell'attribuire un peso decisivo all'argomento letterale.

Molti interpreti che risolvono la questione del vaglio delle istanze difensive richiamando il dato normativo spesso, in relazione ad altre questioni (ad esempio quella del richiamo all'art. 433 c.p.p. contenuta nell'ultima parte del comma 3 dell'art. 391 *octies* c.p.p.) sostenevano che un'interpretazione era decisamente inadeguata.

L'argomento che mira a sostenere che il pubblico ministero deve disporre l'audizione e il giudice deve procedere con incidente probatorio *perché* la formula legislativa configurerebbe un obbligo, è estremamente debole. Innanzitutto perché i verbi all'indicativo presenti nei testi normativi sono tradizionalmente ambigui: il loro uso «talvolta esprime una norma imperativa, ossia un comando (la Repubblica deve riconoscere e garantire...); altre volte esprime una norma permissiva (la Repubblica può riconoscere e garantire...); altre volte ancora una norma costitutiva (i diritti in questione sono qui ed ora, ipso iure, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica)»⁸⁸.

Non è allora sufficiente l'analisi del solo verbo per comprendere il significato della norma. È sufficiente un confronto con un'altra disposizione del codice per dimostrarlo.

Secondo il primo comma dell'art. 253 c.p.p. «l'autorità giudiziaria *dispone* con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti». Il verbo è esattamente lo stesso di quello presente nel comma dieci dell'art. 391 bis c.p.p. Eppure gli interpreti più attenti hanno sempre sostenuto che il decreto di sequestro probatorio, così come il decreto di convalida, anche qualora abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una motivazione che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti⁸⁹.

Questa conclusione è possibile per una ragione ovvia: ogni persona che si accinge a leggere le disposizioni di un codice, dal quale vorrebbe trarre delle norme, non dovrebbe dimenticare che «il problema che si pone all'operatore giuridico (a qualunque operatore giuridico in quanto destinatario di precetti

⁸⁷ Par. 4.

⁸⁸ GUASTINI, *Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.*, in *Rag. prat.*, 29 dicembre 2007, 325 ss.

⁸⁹ Così, recentemente Cass., sez. un., 19 aprile 2018, PM in proc. Botticelli, in *Cass. pen.*, 2018, 4088.

giuridici) è quello di risalire da enunciati normativi a precetti⁹⁰, e nel far ciò seleziona gli enunciati normativi rilevanti (*recte*: che ritiene essere rilevanti): tra le «operazioni di attribuzione di significato ai documenti che costituiscono il discorso della legge [vanno] incluse le operazioni di scelta dei documenti rilevanti e dei modi della loro combinazione»⁹¹. Non si dovrebbe mai perdere la consapevolezza che «di fatto, l'apparenza di univocità persino di un enunciato [...] semplice si rivela ingannevole. [...] gli enunciati giuridici soffrono di solitudine: non si aggirano mai dai soli, ma sono sempre in compagnia dei loro simili, che costituiscono una moltitudine. Cosicché non si tratta mai di interpretare un solo enunciato, ma - prima ancora - di scegliere quale enunciato o quali enunciati utilizzare»⁹².

Coloro i quali propendono per la tesi dell'automaticità non hanno difficoltà ad affermare che «laddove difetti il potere di “convocazione” da parte del difensore, la richiesta al pubblico ministero di audizione “congiunta” non è ammissibile. [...] Potrebbe inoltre il pubblico ministero rilevare l'esistenza di un'incompatibilità del difensore *ex art.* 106 c.p.p.; in tal caso, deve investire del problema il giudice che, sentite le parti interessate, qualora l'incompatibilità non sia rimossa, la dichiara con ordinanza provvedendo alle necessarie sostituzioni a norma dell'art. 97 c.p.p.»⁹³. Eppure questa procedura non è descritta nel decimo comma dell'art. 391 bis c.p.p. Viene però ritenuta applicabile. E viene ritenuta applicabile proprio perché gli interpreti non si limitano a leggere i commi degli articoli di un codice, ma, appunto, interpretano: selezionano testo normativo, lo combinano, decidono quali disposizioni devono essere applicate congiuntamente a delle altre, magari collocate in tutt'altra parte del codice. E allora, nel momento in cui si esamina una disciplina che permette al difensore di introdurre nel processo degli elementi di prova, pare affrettato concludere che sussiste un obbligo di ammissione dell'istanza perché «dispone» è un verbo all'indicativo. Proprio come accade quando si interpreta l'art. 253 c.p.p., l'irragionevolezza della conclusione alla quale si giungerebbe dovrebbe suggerire la massima circospezione. La tesi contestata porterebbe a prevedere un obbligo per il pubblico ministero (o per il giudice) di convocare e, eventualmente, di disporre l'accompagnamento coattivo di una persona le cui dichiarazioni sono palesemente irrilevanti, al

⁹⁰ TARELLO, *La semantica del neustico. Osservazioni sulla «parte descrittiva» degli enunciati precettivi*, in *Diritto enunciati usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 341.

⁹¹ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 82.

⁹² GUASTINI, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in Castignone, Guastini, Tarello, *Introduzione teoria allo studio del diritto*, Genova, 1981, 25.

⁹³ BRICCHETTI, *Le modalità di svolgimento*, cit., 105.

fine di soddisfare un'istanza che appare «*prima facie* pretestuosa»⁹⁴; l'esclusione di un margine di apprezzamento dell'istanza «equivarebbe al puro e semplice assoggettamento dei poteri pubblici alla richiesta della parte privata che non li possiede, anche per fini pretestuosi e di semplice intralcio»⁹⁵. Mentre l'inquirente trae la propria legittimazione a indagare dalla rilevanza degli accertamenti⁹⁶, il difensore potrebbe imporre ai magistrati e ai privati cittadini attività che già *ex ante* appaiono essere prive di utilità.

Non si tratta allora tanto di decidere se il comportamento del pubblico ministero o del giudice sia doveroso ai sensi dei commi 10 e undici dell'art. 391 *bis* c.p.p., quanto piuttosto di stabilire se le condizioni in base alle quali il comportamento dei due magistrati è doveroso debbano essere ricercate esclusivamente in quei due commi, ovvero anche altrove.

6. La rilevanza come requisito d'ammissibilità degli atti probatori. Fino a questo momento, servendosi della macrocategoria delle «attività investigative effettuabili tramite l'intervento di un magistrato», non è stata operata alcuna distinzione che invece è necessaria.

Due sono in particolare i parametri che possono essere adottati. Uno fa leva sulla natura dell'atto formato a seguito dell'iniziativa del difensore. L'altro, che verrà esaminato nel prossimo paragrafo, sull'incidenza dell'attività investigativa sui diritti altrui.

Adottando il primo criterio è possibile distinguere le due ipotesi indicate nei commi 10 e 11 dell'art. 391 *bis* c.p.p. (audizione e di incidente probatorio) e quella dell'art. 391 *quater* c.p.p. (sequestro documenti della pubblica amministrazione), da quelle previste dagli articoli 391 *sexies* c.p.p. (accesso ai luoghi) e 391 *bis*, comma 7, c.p.p. (colloquio con persona detenuta): nei primi tre casi l'attività richiesta dal difensore si traduce necessariamente nell'acquisizione o nella formazione di un atto del procedimento, la qual cosa evidentemente comporta la rinuncia al diritto di riservatezza dell'investigazione difensiva e alla possibilità di non utilizzare le informazioni acquisite⁹⁷.

È capitato che qualcuno avanzasse la tesi secondo la quale il verbale di audizione della persona convocata dal pubblico ministero sarebbe atto dell'investigazione difensiva e, in quanto tale, utilizzabile solo col consenso

⁹⁴ Possibilità che, come si è visto, viene ammessa senza difficoltà dai sostenitori della tesi contestata.

⁹⁵ Cass., sez. IV, 6 dicembre 2017, L.I., cit.

⁹⁶ Par. 2.

⁹⁷ V. par. 3.

del difensore⁹⁸. Ma non è stato arduo replicare che il verbale formato dopo l'intervento dell'inquirente «costituisce a tutti gli effetti atto del pubblico ministero e non confluisce nel fascicolo del difensore ma direttamente in quello delle indagini»⁹⁹.

Nel momento in cui il difensore, al fine di ottenere un dato probatorio, rinuncia alla libertà di non utilizzare quanto acquisito, innescando un meccanismo che porta all'ingresso nel processo di un atto probatorio, deve sottoporre la propria istanza al vaglio di ammissibilità della prova: proprio come non è libera l'indagine del pubblico ministero, dovendo rapportarsi all'ipotesi della colpevolezza che guida le indagini¹⁰⁰, così non è libera nemmeno l'indagine del pubblico ministero indotta dal difensore. L'attività dell'autorità giudiziaria, sia essa compiuta ai fini della determinazione dell'azione penale, ovvero per l'esercizio della giurisdizione, non è mai priva di limiti. Né è possibile sostenere che in questo caso l'attività verrebbe svolta ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, poiché anche i temi della difesa dipendono essenzialmente dall'accusa: mentre non c'è alcuna difficoltà nel concepire un'accusa senza una difesa, non vale il contrario: «logicamente, l'accusa viene prima della difesa»¹⁰¹, e non può esserci alcun tema difensivo che non abbia un qualche legame con un tema dell'accusa.

Se il difensore volesse assumere informazioni da Caio, abituale avventore di un'osteria di Camogli, non potrà rivolgersi a un giudice o a un pubblico ministero affinché si proceda alla formazione di un atto processuale che ha per oggetto le preferenze gastronomiche dell'uomo, mentre potrebbe legittimamente richiedere un esame finalizzato a stabilire se l'indagato fosse nella località ligure al momento dell'omicidio ipotizzato dall'inquirente.

Quando si afferma che «qualunque sindacato di merito sulla necessità o opportunità dell'assunzione della dichiarazione costituisce un'indebita ingerenza dell'Autorità giudiziaria sulle scelte del difensore riguardanti la linea difensiva»¹⁰², o che la tesi che prevede la sottoposizione dell'istanza del difensore a

⁹⁸ Era la tesi del ricorrente in Cass., sez. III, 27 febbraio 2007, Pomari, in *Guid. dir.*, 2007, f. 28, 65, con nota di VENTURA, *Il verbale delle dichiarazioni rese non va nel fascicolo del difensore*: lamentava la violazione dell'art. 391 *octies* c.p.p. poiché le dichiarazioni verbalizzate, «atto investigativo della difesa, non avrebbero potuto essere utilizzate contro l'espressa volontà del difensore (avendo solo questi il diritto di decidere se servirsi o meno delle risultanze delle proprie indagini); sicché esse costituirebbero prova illegittimamente acquisita ai sensi dell'art. 191 c.p.p.».

⁹⁹ Cass., sez. III, 27 febbraio 2007, Pomari, cit.

¹⁰⁰ Par. 2.

¹⁰¹ CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio, b) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 334.

¹⁰² BIONDI, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa*, cit., 1780.

un vaglio di rilevanza finisce con l'attribuire al giudice un «potere di veto [...] poco in linea con il diritto alla prova riconosciuto al difensore nella fase pre-trial»¹⁰³, si dimentica che «difesa» è un concetto di relazione, inestricabilmente collegato al concetto di accusa, e che quella che viene considerata una «vera e propria ingerenza dell'organo giurisdizionale sulle scelte tattiche e sulla valutazione delle esigenze probatorie della difesa»¹⁰⁴ non è altro che un vaglio di ammissibilità al quale deve sottostare ogni atto probatorio introdotto nel procedimento penale. Non di ingerenza si tratta, ma di un'operazione di qualificazione giuridica: un'entità non è «prova» poiché tale la definisce qualcuno¹⁰⁵. Il diritto alla prova non è il diritto di ottenere l'acquisizione di tutto ciò che viene *indicato* come prova. Non basta nominare un oggetto, o menzionare una dichiarazione, per avere una prova. Un atto di appello non diventa un ricorso per cassazione se viene intitolato «ricorso per cassazione». Un'entità irrilevante non si tramuta in prova per il solo fatto che qualcuno la definisce tale o ne chiede l'ammissione.

L'interpretazione che vorrebbe configurare un automatismo nei commi 10 e 11 dell'art. 391 *bis* c.p.p. è fondata sullo stesso errore su cui si basa la tesi «della presunzione di ammissibilità delle prove»¹⁰⁶, secondo la quale il codice Vassalli avrebbe configurato una sorta di inversione dell'onere di argomentare, che sarebbe in capo a chi esclude e non a chi chiede, come se per un processo per violenza sessuale le parti fossero legittimate a chiedere l'acquisizione di un contratto di compravendita di un posto barca, o una necropsia in un processo per frode fiscale, dovendo il giudice spiegare la ragione del rigetto e non le parti i motivi per l'accoglimento di tali singolari ri-

¹⁰³ CENTORAME, *Incidente probatorio*, cit., 2655.

¹⁰⁴ CENTORAME, *Incidente probatorio*, cit., 2655.

¹⁰⁵ Si riprendono delle considerazioni svolte in PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 185 ss.

¹⁰⁶ Si tratta di una tesi che è stata formulata sin dai primi commenti sul codice Vassalli (è stata sostenuta anche da Corte cost., n. 111 del 1993, in *Cass. pen.*, 1993, 2225). Afferma che mentre con il vecchio codice «la parte doveva dimostrare la rilevanza della prova, per ottenere l'ammissione ad opera del giudice [...], nel nuovo sistema è il giudice che, per negare l'ammissione della prova richiesta dalle parti, deve dimostrare che essa è manifestamente irrilevante, in quanto non pertinente al *thema decidendum*, ovvero è manifestamente superflua in quanto tendente ad un risultato conoscitivo già acquisito. Sicché per il solo fatto che una prova sia stata richiesta da una parte, se ne presume l'ammissibilità sino a dimostrazione del contrario» (NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 38. In senso analogo, tra i tanti, CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, 1401; CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, 2019; DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 90; DINACCI, *Imputato e prova*, in *Le riforme contemporanee del diritto penale e processuale penale in Europa e in Italia*, a cura di Tagliarini, Napoli, 2006, 84; RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 3364; VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 70).

chieste¹⁰⁷.

Ed è fondata sullo stesso errore che commettono coloro i quali hanno criticato la formulazione del terzo comma dell'art. 111 Cost. per l'omessa menzione del criterio di rilevanza. La disposizione, che impone al legislatore di assicurare all'accusato il diritto di ottenere l'«acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore», è stata contestata perché parrebbe configurare una «sproporzionata facoltà»¹⁰⁸. Essa, «se presa alla lettera, potrebbe comportare il venir meno di ogni possibilità di controllo sulla pertinenza (se non addirittura dell'astratta ammissibilità) di prove a discarico»¹⁰⁹. Ma l'«essere prova» non è una caratteristica di alcuna entità: non esistono le «prove» in natura, come esistono fiori e animali. Sono necessariamente il risultato di un'operazione intellettuale, e la qualifica di qualcosa come prova presuppone questa operazione, la rilevanza dell'entità ai fini della dimostrazione o della confutazione dell'ipotesi dell'accusa. In assenza di una mente che formula ipotesi, esistono scritti, fotografie, dichiarazioni, non «prove»¹¹⁰. Sono «le ipotesi a determinare

¹⁰⁷ «Quando prendiamo *E* a prova di *O* lo vediamo diversamente da come lo vedremmo se non sapessimo niente di *O* e dunque il vedere qualcosa come *evidence* è già un “guardare oltre la cortina”. Gli storici non considerano i documenti isolandoli da ciò che, in qualche modo, ce li fa assumere come tali» (SANTUCCI, *Introduzione* a DANTO, *Filosofia analitica della storia*, Bologna, 1971, xviii-xix).

¹⁰⁸ Così BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I Agg., Torino, 2004, 354.

¹⁰⁹ CHIAVARIO, voce *Giusto processo, II*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 2001, 15. Critiche simili provengono da FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 124, il quale ritiene che nonostante l'infelice formulazione del terzo co. dell'art. 111 Cost., il diritto alla prova non sia «indiscriminato, tale cioè da imporre l'accoglimento di ogni richiesta difensiva. Ragionevolezza vuole che resti subordinato non solo a certe cadenze temporali, ma anche ad un vaglio giudiziale di ammissibilità e rilevanza (*rectius*, di non palese irrilevanza), come correttamente prevede l'art. 190 c.p.p.». In senso analogo, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2000, 1216, secondo il quale sarebbe «inutile dirlo, tanto appare ovvio: non è un diritto indiscriminato, nel senso che ogni sua offerta o richiesta vada accolta a scatola chiusa; sarebbe ermeneutica allegramente demenziale intendere questo co. 3 come norma incompatibile con il vaglio di ammissibilità e rilevanza». Anche RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, 33, nota 53 manifesta delle «perplexità [in riferimento al] questa previsione di preminente *favor* per la posizione dell'imputato che, intesa alla lettera, comporterebbe la sottrazione al giudice di ogni potere di controllo sull'ammissione in giudizio delle prove richieste dalla difesa». Così anche GREVI, *Quelle rigidità del «giusto processo» che portano a risultati paradossali*, in *Guida dir.*, 1999, f. 42, 12, secondo il quale il diritto configurato dal terzo co. dell'art. 111 Cost. «parrebbe al di fuori di qualunque filtro di ammissibilità delle prove stesse, con la conseguente probabile incostituzionalità delle norme che tali filtri prevedono, ad esempio ex articoli 190, 190 bis, 422, 507 e 603 del c.p.p.».

¹¹⁰ Si veda quanto affermato da Le Goff nel compendiare la posizione dei due fondatori della scuola delle *Annales*: «per Marc Bloch e Lucien Febvre, se lo storico non può lavorare senza testimonianze, queste testimonianze non diventano documenti se non per l'importanza che lo storico accorda loro e per il lavoro ch'egli attua su di esse. Propriamente parlando, non vi sono fonti, o piuttosto, perché le sorgenti affiorino, bisogna che lo storico si trasformi in raddomante; i fatti non sono dei fenomeni oggettivi esistenti senza lo storico, ma sono il risultato del lavoro e della costruzione da parte dello storico, creatore dei fatti storici» (LE GOFF, *Prefazione* a Bloch, *Apologia della storia o mestiere di storico*, [1949], Einaudi, 1998, x).

lo statuto semiologico di un dato osservativo: il valore sintomatico, il valore di rinvio di un certo elemento della realtà deriva dalla decisione, in forma di congettura, di ritenerlo pertinente»¹¹¹.

Non ogni entità può essere introdotta nel processo, ma solo quella in relazione alla quale è stato assolto l'onere di argomentare in ordine al rapporto con l'ipotesi della colpevolezza, solo quando sono state fornite ragioni che giustificano il giudizio di rilevanza dell'entità¹¹².

La linea difensiva, dunque, è certamente libera. Ma solo fino a quando non si traduce in un atto destinato a essere acquisito in un processo penale.

Un pubblico ministero è legittimato a svolgere indagini per acquisire informazioni relative ai fatti oggetto della notizia di reato, non per individuare i beni del proprio debitore. I termini della questione non cambiano se l'indagine è innescata dall'istanza del difensore, il quale non può chiedere all'inquirente di acquisire informazioni sui propri debitori per procedere più rapidamente al pignoramento dei loro beni, tramutando il magistrato in un proprio fantoccio. È il criterio di rilevanza a segnare il confine tra ciò che può essere acquisito e ciò che è estraneo all'attività d'indagine.

Sulla base di queste considerazioni appare chiaro come il giudice nel caso di richiesta di incidente probatorio e il pubblico ministero in caso d'istanza di audizione o di sequestro dei documenti della pubblica amministrazione, devono valutare la rilevanza, o meglio, la non manifesta irrilevanza (non certo l'«indispensabilità e indifferibilità») degli elementi che il difensore chiede di acquisire. Negli altri due casi la conclusione è diversa: le informazioni eventualmente acquisite dal detenuto e il verbale di sopralluogo non sono necessariamente destinati al procedimento penale, né sono atti alla cui formazione ha partecipato un magistrato. Sono atti del difensore, il quale, chiedendo l'autorizzazione al giudice, non rinuncia alla libertà di non produrre i verbali. Non nascendo come atti del procedimento, sembrerebbero allora sfuggire al criterio di rilevanza. Se non fosse che il criterio di rilevanza sembra essere connesso anche alla richiesta di un intervento coercitivo.

¹¹¹ CAPRETTINI, *Le orme del pensiero*, in *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, a cura di Eco, Sebeok, Milano, 2004, 161.

¹¹² Questa è la prospettiva della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui grava sull'accusato l'onere di indicare a fondamento della richiesta di prova la ragione relativa alla rilevanza della prova stessa, non potendo altrimenti dolersi della mancata ammissione dei mezzi di prova a discarico (lo ricorda GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, 108, nota 23, ricordando Corte eur., 25 luglio 2001, Perna c. Italia; Corte eur., 4 maggio 2000, Ubach c. Andorra).

7. La sottoposizione al giudizio di rilevanza come prezzo della coercizione.

L'attività d'indagine del pubblico ministero non è libera, dovendosi attenere al criterio di rilevanza¹¹³. Non avrebbe molto senso chiedersi se l'attività d'indagine del pubblico ministero che richiede il compimento di atti coercitivi debba attenersi al criterio di rilevanza: essendo una sottocategoria dell'attività d'indagine, la risposta sarebbe ovvia.

Che il criterio di rilevanza dovesse essere rispettato nel compimento di atti coercitivi *non* necessariamente finalizzati all'acquisizione di elementi probatori era un quesito meramente teorico fino alla promulgazione della l. 7 dicembre 2000, n. 39.

La questione si pone per via dell'art. 391 *septies* c.p.p., che permette al difensore di accedere ai luoghi privati e non aperti al pubblico contro la volontà di chi ne ha la disponibilità, una volta ottenuta l'autorizzazione del giudice, riservandogli la facoltà di valutare l'utilità del verbale, che non deve essere necessariamente prodotto, per la posizione dell'assistito. Si ha dunque un'imposizione giudiziale che incide sui diritti dei terzi senza che vi sia il sicuro soddisfacimento di un interesse pubblico.

Stabilire quale debba essere il criterio al quale il giudice deve attenersi per rilasciare l'autorizzazione non è difficile.

Nel momento in cui vengono compressi libertà costituzionalmente garantite, perché si impongono a degli individui delle prestazioni personali, quali l'obbligo di recarsi in un certo luogo, di rispondere secondo verità, di rivelare informazioni strettamente personali, o di far accedere dei terzi a luoghi privati o non aperti al pubblico dei quali si ha la disponibilità, deve sussistere un interesse degno di tutela, capace di controbilanciare il costo posto a carico dell'individuo i cui diritti sono stati compressi.

Nella fattispecie a questo interesse si fa espresso riferimento: il primo comma dell'art. 391 *septies* c.p.p. esordisce facendo riferimento alla necessità dell'accesso («se è necessario accedere a luoghi [...] e non vi è il consenso»). È vero che anche il termine «necessità» è relativo, e in questo caso non viene indicato il secondo estremo della relazione. Ma se si considera il contesto della disposizione, è difficile negare che la necessità vada riferita alle investigazioni difensive il cui oggetto è, come detto nel precedente paragrafo, dipendente dall'accusa. Quello della rilevanza, dunque, è il criterio al quale dovrà attenersi il giudice per autorizzare l'accesso.

L'attività del difensore è dunque libera. Ma solo fino a quando non chiede a

¹¹³ V. par. 2.

un magistrato di essere autorizzato ad accedere a un luogo nel quale, in assenza dell'autorizzazione, non sarebbe potuto entrare per via del dissenso di chi aveva la disponibilità del luogo. Lo *ius excludendi alios* non si ritrae innanzi al difensore più di quanto non si ritragga innanzi a un magistrato che sta esercitando le proprie funzioni, che può agire se, e solo se, esiste un interesse pubblico meritevole di essere perseguito.

Analoghe considerazioni valgono in riferimento al caso del sequestro dei documenti in possesso della pubblica amministrazione, dell'audizione congiunta e dell'incidente probatorio: a fronte della mancata collaborazione, il destinatario della richiesta del difensore viene indotto e, eventualmente, costretto a rendere il proprio contributo all'accertamento¹¹⁴.

Forse il diverso atteggiamento che alcuni interpreti hanno nel valutare il caso dell'accesso ai luoghi (per il quale viene pacificamente richiesta la formulazione di un giudizio di rilevanza) e quello dell'audizione o dell'incidente probatorio (in relazione ai quale viene configurato un automatismo), è dovuta alla sottovalutazione del diritto delle persone a non rivelare ciò che sanno, a tacere, a ignorare le richieste di chi agisce nel solo interesse di un privato: mentre è improbabile che qualcuno accetti l'idea che al difensore debba essere riconosciuto il diritto di accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico contro la volontà di chi ne ha la disponibilità in assenza di un'autorizzazione giurisdizionale, si ha meno difficoltà nell'accettare che una persona, la quale secondo il difensore sarebbe in possesso di informazioni utili per le proprie investigazioni, debba essere obbligata a rendere dichiarazioni. Eppure in entrambi i casi viene in rilievo la compressione di un diritto individuale. La libertà di domicilio merita certamente la massima considerazione; ma non va trascurato nemmeno il diritto delle persone di non riferire quanto sanno, di non collaborare e persino di ignorare le richieste di chi agisce a soli fini privati. Sebbene nella Costituzione manchi un espresso riconoscimento del diritto alla riservatezza, al rispetto della vita privata e familiare, è agevole individuare nell'art. 2 Cost. un valido presidio, come ha ritenuto la giurisprudenza costituzionale, la quale ha collocato tra «i diritti inviolabili dell'uomo» «quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione»¹¹⁵. Imporre a una persona di recarsi in un procura, in

¹¹⁴ Vi sono dunque due ragioni per sottoporre a un giudizio di rilevanza l'istanza di audizione, di incidente probatorio e di sequestro dei documenti della pubblica amministrazione: oltre a questa, quella di cui si è detto nel paragrafo precedente.

¹¹⁵ Corte cost., n. 38 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, 354, con nota di PUGLIESE, *Diritto all'immagine e libertà di stampa*, la quale non dimentica di ricordare che questi sono espressamente sanciti dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (al riguardo, v. GALLUCCIO, *Art. 8. Diritto al rispetto*

un tribunale o in uno studio professionale per dire dove era, con chi era o cosa faceva in una determinata giornata, sotto la minaccia di una sanzione penale, non è troppo diverso dall'obbligare una persona ad aprire le porte di un luogo del quale ha la disponibilità.

Il caso dell'autorizzazione al colloquio con persona detenuta sembra invece essere diverso.

Come si è visto¹¹⁶, secondo la giurisprudenza di legittimità il difensore dovrebbe indicare nell'istanza «l'imputazione o l'addebito per il quale si procede nei confronti della persona assistita dal difensore che intende esaminare la persona detenuta, e [la descrizione del] legame con quel tema di indagine della persona da sentire, in modo che si possa apprezzare l'esistenza di un interesse meritevole di tutela». Forse, però, in questo caso l'adempimento di quest'onere non è necessario.

Contrariamente a quanto avviene nel caso dell'audizione, dell'incidente probatorio o del sequestro, quello ottenuto è un atto del difensore, non necessariamente destinato all'acquisizione procedimentale. Né si può sostenere che nei confronti del potenziale dichiarante sia stata esercitata alcuna coercizione. Anzi, è ragionevole credere che la persona sia intenzionata a collaborare. Il settimo comma dell'art. 391 *bis* c.p.p. prevede che per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta, il difensore debba munirsi di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero: la previsione del parere del difensore del potenziale dichiarante pare essere finalizzata a rendere quest'ultimo consapevole dell'atto che sta per compiere. Ed è chiaro che se mancasse il consenso della persona detenuta, mancherebbe il principale presupposto per il colloquio, esattamente come accade per il caso del potenziale dichiarante libero. In tal caso il giudice negherebbe l'autorizzazione. Ci si potrebbe allora chiedere se i commi 10 e 11 dell'art. 391 c.p.p., i quali legittimano il difensore a chiedere al pubblico ministero l'audizione e al giudice l'incidente probatorio quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa ha esercitato la facoltà di non rispondere, siano applicabili anche al caso del dichiarante detenuto. Non sembrano esserci ostacoli né di natura testuale, né di ordine sistematico, a una risposta affermativa. Ma è chiaro che si tratta di una questione ulteriore e diversa rispetto a quella dell'autorizzazione al colloquio.

della vita privata e familiare, in Corte di Strasburgo e giustizia penale, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 255).

¹¹⁶ Par. 5.

Quanto appreso dal dichiarante detenuto non è necessariamente destinato al procedimento; nessuna delle sue libertà è stata compressa; l'unico costo da valutare è quello relativo agli incombenti necessari per consentire l'accesso al carcere del difensore, che tutto sommato pare essere di scarsa importanza. Non assume rilievo invece la questione della tutela dell'individuo detenuto. La giurisprudenza sostiene che solo adottando l'interpretazione da essa stessa suggerita si realizza «la necessaria protezione della persona detenuta, che per la condizione di restrizione carceraria ha uno stato di ineliminabile soggezione rispetto all'inquirente, pur quando questi sia un difensore (di altri), da sollecitazioni a fornire contributi conoscitivi che non siano giustificate da un interesse meritevole di considerazione»¹¹⁷. Ma l'«inquirente-difensore», contrariamente all'inquirente magistrato, è del tutto sprovvisto di poteri coercitivi, e il dichiarante – se decidesse di essere tale – è del tutto libero di rifiutare ogni contatto. Non solo. Per assicurare che la collaborazione prestata sia pienamente consapevole, è stato previsto per il difensore interessato al colloquio l'obbligo di richiedere il parere al difensore della persona reclusa, soggetto in grado di offrire al detenuto la «necessaria protezione» assai meglio che non il giudice (che tra l'altro potrebbe essere proprio quello che ha determinato lo stato detentivo). Il tema della «soggezione all'inquirente», meritevole della massima considerazione quando si discorre di processo penale, è in questo caso un fuor d'opera.

A differenza di quanto accade negli altri casi, in questo l'intervento del magistrato è di tutt'altro tipo: l'autorizzazione imposta dal codice non mira a imporre ad alcuno uno specifico comportamento, né determina l'acquisizione al procedimento di elementi probatori. È necessaria solo per rimuovere, per così dire, un ostacolo fisico-giuridico al colloquio tra difensore e potenziale fonte di informazioni¹¹⁸: il dichiarante collaborativo in carcere non differisce in

¹¹⁷ Cass., sez. I, 7 giugno 2019, M.A., cit.

¹¹⁸ La Corte di cassazione, nel sostenere la propria tesi, afferma che «se la legge avesse inteso evitare ogni valutazione sulla richiesta difensiva, non avrebbe certo chiamato il giudice al rilascio dell'autorizzazione e, con ogni probabilità, avrebbe affidato al direttore dell'istituto penitenziario di detenzione il compito di riscontrare la richiesta, a quel punto valutabile soltanto come richiesta di accesso in carcere» (Cass., sez. I, 7 giugno 2019, M.A., cit.).

L'argomento però non convince: non solo perché in situazioni simili il legislatore ha compiuto la stessa scelta (v. ad es. l'art. 18, co. 8 della legge 26 luglio 1975 n. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* e il secondo co. dell'art. 37, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, relativi ai permessi di colloquio, di competenza dell'autorità giudiziaria fino alla pronuncia della sentenza di primo grado), ma anche perché la decisione può richiedere la valutazione di varie questioni, quali la condizione di isolamento imposta all'indagato in custodia cautelare in carcere o eventuali problemi sollevati dal pubblico ministero o dal difensore nei pareri loro richiesti.

alcun modo dal dichiarante collaborativo in libertà. Non ci sono interessi meritevoli di tutela che possano soverchiare il diritto alla riservatezza della linea difensiva. In questo caso chiedere al difensore di argomentare in ordine ai motivi che lo inducono a ritenere utile il colloquio rischierebbe davvero di tradursi in un'indebita «ingerenza dell'organo giurisdizionale sulle scelte tattiche e sulla valutazione delle esigenze probatorie della difesa».

8. *Cuius commoda, eius et incommoda*. Solo in quest'ultimo caso, dunque, il diritto del difensore a non rivelare la propria strategia prevale sugli interessi che con questo diritto entrano in collisione¹¹⁹.

Questa conclusione potrebbe non apparire del tutto appagante, ed è, in ogni caso, opinabile. La composizione del conflitto richiede un'attenta ponderazione degli interessi contrapposti, e non è sicuro che tutti concordino nell'attribuire il medesimo peso agli stessi interessi. Anzi, è quasi scontato che avvenga il contrario.

In questo lavoro si è giunti a ritenere quasi sempre subvalente il diritto di difesa, nella declinazione del diritto del difensore di non rivelare la propria strategia, non per la scarsa rilevanza del diritto, quanto piuttosto per l'assoluto rilievo dei beni contrapposti. Mentre non c'è alcuna difficoltà nel riconoscere che il diritto di difesa debba essere tutelato quando l'unico costo del suo esercizio è l'apertura delle porte di una casa circondariale, il discorso cambia quando esso comporta la compressione dei tradizionali diritti individuali, che si ha con l'imposizione di prestazioni personali, con la violazione della libertà di domicilio, con la lesione della riservatezza che avviene quando una persona è costretta a rivelare informazioni personali o quando vengono sequestrati documenti in possesso della pubblica amministrazione che possono concernere delicatissimi aspetti della vita degli individui. In questi casi lo svolgimento dell'attività difensiva, il cui compimento è finalizzato al perseguimento di un interesse privato, non può essere considerato legittimo al di fuori di ogni controllo, ma richiede il vaglio dell'autorità giudiziaria. Per le stesse ragioni, per il desiderio di tutelare al massimo grado le libertà, non si condivide l'opinione di chi, per una più compiuta attuazione del diritto di difesa, auspi-

¹¹⁹ Il diverso epilogo in relazione ai cinque casi non dovrebbe sorprendere: «siccome la Costituzione racchiude più valori (la Costituzione è pluralista) tutti in cerca di realizzazione, essi dovranno essere applicati con una logica "flessibile" e compromissoria, la logica della ragionevolezza e del bilanciamento: andrà cercato, per ogni caso concreto, il migliore (il più giusto, il più adeguato) equilibrio tra i valori in gioco. Ovvero: ciascun valore potrà essere limitato in sede interpretativa fintanto che quel limite appare ragionevole alla luce di un altro valore, a prescindere da ciò che dice in proposito il testo costituzionale» (PINO, *Tre concezioni della costituzione*, in *Riv. teor. e crit. regolaz. soc.*, 2015, 11).

ca «in un prossimo futuro l'ampliamento dei poteri di investigazione difensiva in modo che sia realizzata una vera e propria "parità delle armi" tra accusa e difesa, senza lasciare al monopolio del pubblico ministero l'iniziativa probatoria per [...] i mezzi di ricerca della prova»¹²⁰; i poteri attribuiti dalla Costituzione al pubblico ministero sono la contropartita degli obblighi che gli derivano dagli artt. 27, comma 2 e 112 Cost., che in nessuno modo gravano sul difensore. È l'architrave che sorregge la struttura del processo penale, la presunzione di non colpevolezza, a implicare un'«inconciliabile disomogeneità delle forze e degli scopi [che rende] un non senso, un affannoso arrancare, un vano e pericoloso scimmiettamento, la "simmetria" delle parti nello svolgimento delle rispettive indagini»¹²¹.

Solo «una cattiva e per certi versi bizzarra e corporativa metabolizzazione dell'accusatorio»¹²² può indurre a ritenere che la disciplina delle indagini difensive «si è proposta proprio con lo scopo di conseguire un minore squilibrio tra le posizioni della parte pubblica e dell'indagato imputato»¹²³: le parti *non hanno nulla in comune*, ma nel corso del processo *si servono di alcuni strumenti analoghi*¹²⁴; con la disciplina sulle investigazioni difensive è stato

¹²⁰ FILIPPI, *Premessa*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, XXXI.

¹²¹ INSOLERA, *Il delitto di false dichiarazioni al difensore. Il bene giuridico tutelato e profili differenziali rispetto al delitto di false informazioni al pubblico ministero*, in *Ricerche del C.S.M. «Le indagini difensive»*, n. 1139, Roma 2-4 febbraio 2004, 8.

¹²² L'espressione è di INSOLERA, *Il delitto di false dichiarazioni*, cit., 7, il quale la riferisce all'equivoco alla base della tesi dell'omogeneità dell'interesse tutelato dagli artt. 371 bis e 371 ter c.p. e, soprattutto del loro conseguente accorpamento, sotto questo profilo, alla falsa testimonianza.

¹²³ Così Corte cost., n. 184 del 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 3691, con nota di GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Giur. cost.*, 2009, 2055, con nota di LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, e di SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2072, con nota di UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*.

¹²⁴ Qui nasce l'idea che le due parti, per nulla simili o uguali, siano «pari», o meglio, debbano essere «pari» (con questa logica, si potrebbe dire che un ghepardo è «pari» a una gazzella poiché entrambi hanno la necessità di avere zampe agili).

Nel linguaggio corrente il termine «parità» ha un significato preciso, e la parola è del tutto inadatta a descrivere il rapporto che sussiste tra la posizione del pubblico ministero e quella dell'imputato. Anche nella Costituzione il termine non era usato a sproposito (fino alla riforma sul «giusto processo»). Quando si afferma che «tutti i cittadini hanno *pari* dignità sociale» (art. 3 Cost.), che l'Italia «consente, in condizioni di *parità* con altri Stati, alle limitazioni di sovranità» (art. 11 Cost.), o che «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a *parità* di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore» (art. 37 Cost.), si utilizza la parola nel significato comune. Non è così con la «parità delle parti»: ci si trovi innanzi a uno dei rari casi in cui chi si cimenta nell'impresa di fornire la definizione di un principio si premura, prima di tutto, a spiegare che quel principio *non* significa ciò che sembra significare.

All'indomani della novella costituzionale sul «giusto processo», la Corte costituzionale aveva osservato «come l'attuale secondo co. dell'art. 111 Cost., inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n.

semplicemente assicurato all'accusato il diritto alla prova in una fase in cui questo non aveva alcuno spazio. Garantire all'accusato la possibilità di offrire elementi probatori al pubblico ministero in fase di indagini, al giudice in udienza preliminare, o alla corte di appello per promuovere la revisione, è un

2 - nel conferire veste autonoma ad un principio, quale quello di parità delle parti, pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali - non [avesse] inciso sulla validità dell'affermazione, cui si è costantemente ispirata in precedenza la giurisprudenza di questa Corte, in forza della quale il principio di parità tra accusa e difesa *non comporta* necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato: infatti una disparità di trattamento può risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia» (Corte cost., n. 421 del 2001, in *Giur. cost.* 2001, 6; il corsivo è aggiunto; la tradizionale affermazione è stata ripresa, tra le altre, da Corte cost., n. 26 del 2007, in *Guid. dir.*, 2007, f. 8, 69, con nota di SCALFATI, *Restituito il potere di impugnazione senza un riequilibrio complessivo*, di MARZADURI, *Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni*, e di FRIGO, *Una parità che consolida disuguaglianza*, da Corte cost., n. 347 del 2002, in *Giur. cost.* 2002, 2627 e Corte cost., n. 110 del 2003, in *Giur. cost.* 2003, 2). Non diversamente in ambito accademico si è sempre affermato che «essere in condizioni di parità *non significa* possedere i medesimi strumenti e, dunque, l'espressione non va intesa come identità di poteri-doveri delle parti» (FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 101. Per analoghe considerazioni v. MARZADURI, *La parità delle armi nel processo penale*, in *Quad. cost.*, 2007, 378). Eppure «essere in condizioni di parità» è sempre significato *esattamente quello*: la parità è il rapporto di uguaglianza o di equivalenza fra due o più cose. Sarebbe interessante assistere alla reazione delle «donne lavoratrici» alle quali si facesse un discorso simile: «è vero che a *parità di lavoro* si ha diritto alla stessa retribuzione, però «parità» non significa «identità»; «parità» va interpretato».

In questo caso il legislatore costituzionale ha disatteso una sacrosanta raccomandazione: «non accettare mai le parole sbagliate, le dizioni mistificanti. Cioè non prestiamoci al gioco di non attribuire alle cose i loro nomi propri. Si dirà che la raccomandazione è semplice, ma applicarla è difficilissimo. Qual è il senso «proprio» di un termine linguistico? Sono disposto a convenire che la questione è delicata, ma al suo posto, e cioè in filosofia analitica. Per il grado di approssimazione necessario e sufficiente in altri contesti - e specie nel contesto del discorso comune, ordinario - non credo che l'obiezione sia pertinente. Quando adopero una parola riferendola a qualcosa di ben diverso da ciò che l'ascoltatore ha in mente, vale a dire in un senso che non viene afferrato, che viene frainteso, questo è un uso improprio: improprio perché mistificante» (SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957, 295). Appunto. O il termine «parità» viene usato con il significato che ha, oppure sarebbe stato meglio evitarlo. Perché se ogni discorso sul principio enunciato nel secondo co. dell'art. 111 Cost. deve iniziare con la precisazione che il termine «parità» indicato dal legislatore *non significa ciò che significa*, si deve essere disposti a rimettere agli interpreti il compito di riempire di significato ciò che è stato reso vuoto. Liberati da ogni vincolo imposto dalla semantica, ogni conclusione arbitraria diventa giustificabile, come puntualmente è avvenuto (il riferimento è a Corte cost. n. 26 del 2007, cit., 1, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1, co. 2, l. n. 46 del 2006 c.d. legge Pecorella) nella costernazione di coloro i quali, cultori del principio di legalità, hanno plaudito all'introduzione di un principio che la legalità mina alle fondamenta. Se «parità» non vuol dire «parità», dovendo *l'interprete* stabilire quando «i poteri dell'una [...] [sono] idonei a controbilanciare quelli dell'altra in funzioni delle opposte prospettive» (FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2007, 49), si consegna alla giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) il più duttile strumento per accedere «all'interno di spazi che dovrebbero essere riservati alla discrezionalità del legislatore» (MARZADURI, *Sistema da riscrivere*, cit., 86).

Per una più compiuta esposizione delle critiche al principio sia consentito il rinvio a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 221 ss.

obiettivo meritevole di essere perseguito; non ha nemmeno molto senso porsi come obiettivo «la riduzione dello squilibrio» tra un soggetto che agisce esclusivamente nell'interesse privato e un organo pubblico che persegue interessi generali, gravato dall'obbligo di sovvertire la presunzione di non colpevolezza, al quale – per adempiere a questo compito – sono riconosciuti poteri coercitivi e peculiari strumenti d'indagine.

Una riforma che mirasse a infrangere il monopolio pubblico sui mezzi di ricerca della prova comporterebbe un'ulteriore limitazione dei diritti di libertà dei cittadini: le persone estranee al processo, la maggior parte della società, già tollerano a fatica la compressione delle proprie libertà quando l'iniziativa è di poche migliaia di pubblici ministeri che agiscono per perseguire un interesse pubblico. Attribuire un simile potere anche a duecentocinquantamila avvocati che operano nell'esclusivo interesse dell'assistito (molto spesso, del cliente), sia pure con un filtro giurisdizionale, non pare essere una via verso una società migliore.

Può darsi che in alcune occasioni possano aversi indebiti ostacoli all'esercizio del diritto di difesa (alcune pronunce giurisprudenziali lasciano trasparire una certa insofferenza verso le investigazioni del difensore¹²⁵), ma la diversa soluzione – quella che vorrebbe configurare automatismi per la convocazione dei dichiaranti o per il sequestro dei documenti in possesso della pubblica amministrazione – comporta problemi ben maggiori.

Esattamente come accade per l'attività preprocedimentale del pubblico ministero, che è stata prevista ma non regolata¹²⁶, anche in questo caso il legislatore ha previsto l'intervento dei magistrati per consentire lo svolgimento delle investigazioni senza poi però fornire i criteri ai quali attenersi per l'accoglimento delle istanze. In entrambi i casi, per stabilire le norme che regolano la materia, non si hanno sicuri riferimenti legislativi. In entrambi i casi si è ritenuto opportuno attribuire il massimo peso alle disposizioni costituzionali che riconoscono e garantiscono i diritti di libertà. È un'operazione di bilanciamento il cui esito è forse opinabile. Ma un'operazione di bilanciamento qualcuno deve farla: nelle aule di giustizia il problema si pone, e i magistrati devono decidere. Se il legislatore tace, l'interprete non può rimanere silente¹²⁷.

¹²⁵ Si allude alla pronuncia la quale richiede di specificare nell'istanza ex art. 391 bis, co. 10, c.p.p. le ragioni per le quali si deve ritenere indispensabile e indifferibile l'audizione del soggetto (v. par. 5).

¹²⁶ V. par. 2.

¹²⁷ È il primo dei due compiti affidati all'interprete, il cui lavoro «(i) a volte (discorso prescrittivo) consiste nell'elaborare regole, direttive, o metodi di corretta interpretazione e costruzione giuridica, destinati a guidare *ex ante* il lavoro degli interpreti, e segnatamente dei giudici; (ii) altre volte (discorso valutativo) consiste nel valutare *ex post* la correttezza dell'una o dell'altra interpretazione, dell'uno o

dell'altro orientamento interpretativo, dell'una o dell'altra tecnica interpretativa, dell'una o dell'altra costruzione giuridica, dell'una o dell'altra decisione giurisdizionale» (GUASTINI, *Ermeneutici e analitici*, in *Saggi Scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 14).