

## **Le indagini del difensore nel processo penale: profili teorici e pratici** di Caludio Bocchietti (Avvocato in Como)

*La più nobile attività di un difensore  
è quella di ottenere l'assoluzione di un innocente,  
e a questo, soprattutto, servono le indagini difensive.*

### **Premessa**

Che il Difensore possa effettuare indagini difensive “per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito”, lo dice l’art. 327 bis c.p.p., introdotto dall’art. 7 L. 397/2000.

Come il Difensore debba operare quando esegue una indagine difensiva, è oggetto degli articoli da 391 bis a 391 decies c.p.p., costituenti il titolo VI bis del Libro V del Codice di Procedura, Titolo introdotto “in blocco” dall’art. 11 della predetta Legge. Ma è oggetto anche delle “Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive” approvate dall’Unione delle Camere Penali Italiane il 19.01.07 e degli artt. 14 e 52 (in particolare) del Codice Deontologico Forense.

A tali temi (dato per conosciuto il testo normativo) è dedicato il presente studio, che vorrebbe, nel limite in cui non apparirà superfluo, aggiungere ai principi dottrinari e giurisprudenziali, le regole di corretto ed efficace comportamento che derivano dalla concreta esperienza.

### **Art. 391 bis - 391 ter c.p.p.**

La cd. “indagine personale” di cui si occupano gli artt. 391 bis e 391 ter c.p.p. (è “reale” l’indagine che consiste nella richiesta di documenti alla PA, nell’accesso ai luoghi, nel compimento di atti non ripetibili durante l’accesso ai luoghi, negli accertamenti tecnici non ripetibili) consta di tre modalità distinte: a) il “colloquio” che deve essere informale cioè non documentato; b) le “dichiarazioni” che devono essere scritte e sottoscritte dal testimone e accompagnarsi ad un verbale di ricezione dello scritto, redatto dal difensore; c) le “informazioni” che il difensore assume a mezzo di apposito verbale sottoscritto da lui e dal testimone.

Tra la b) e la c), il Difensore che non ha nulla da nascondere e non teme il rischio della “diretta” (volendosi con ciò porsi su un piano di effettiva parità con il suo antagonista, il PM), prediligerà la c) perché, alla fine, al giudizio (umano) del Giudice, più “forte” probatoriamente.

Nulla dice il Codice su come si ricercano le fonti della conoscenza. La ricerca è, dunque, a forma libera, salvo sempre palesare che la si sta compiendo, come dice UCPI, art. 8: “(Ricerca e individuazione di fonti) Il difensore, il sostituto e gli ausiliari incaricati procedono senza formalità alla individuazione delle persone che possono riferire circostanze utili alle investigazioni difensive. In ogni caso, nello svolgimento dell’attività di individuazione di tali persone, informano sempre le persone interpellate della propria qualità, senza necessità di rivelare il nome dell’assistito. Nello stesso modo si procede alla individuazione delle altre fonti di prova e, in genere, delle altre fonti di notizie utili alle indagini.”

Nulla dice il Codice su come si convoca il teste. Né vi può essere una regola generale sempre valida. La richiesta telefonica seguita dalla convocazione scritta, è atto rispettoso della persona dell’interlocutore e può dipanare equivoci ancor prima che nascano, consente poi al Difensore di capire intuitivamente l’utilità dell’atto che si va a compiere; la pura e semplice richiesta scritta è atto freddo ma più istituzionale che si impone laddove l’interlocutore sia ascoltato per la sua funzione (curatore fallimentare, medico, ecc.); se c’è un buon rapporto tra teste e cliente, come spesso capita (salvo al Difensore di saggiarne la veridicità) non è da escludere che il cliente stesso preavverta il teste, ma non è elegante che il cliente fissi l’appuntamento direttamente; se poi sapete che il teste vi è avverso, va fatta richiesta scritta per non dargli modo di denegarsi facilmente. Nella richiesta di incontro, si espongano tutti gli avvertimenti per far capire che l’atto che si richiede è vi dovuto secondo legge.

Valgono regole particolari per la convocazione della Parte Offesa, cui provvede, all'unisono, sia il CNF sia l'UCPI (CNF: "12. Per conferire, chiedere dichiarazioni scritte o assumere informazioni dalla persona offesa dal reato il difensore procede con invito scritto, previo avviso al legale della stessa persona offesa, ove ne sia conosciuta l'esistenza. Se non risulta assistita, nell'invito è indicata l'opportunità che comunque un legale sia consultato e intervenga all'atto."; UCPI art. 10, 1°-2°: "(Inviti e avvisi: casi particolari) Per conferire, chiedere e ricevere dichiarazioni scritte o assumere informazioni da documentare dalla persona offesa dal reato i soggetti della difesa procedono mediante un invito scritto. Se la persona offesa è assistita da un difensore, a costui è dato avviso almeno ventiquattro ore prima. Se non risulta assistita da un difensore, nell'invito è indicata l'opportunità che comunque un difensore sia consultato e intervenga all'atto.").

Nulla dice il Codice su come si interroga un minore. Vi provvede sia il CNF ("12... Nel caso di persona minore, l'invito è comunicato anche a chi esercita la potestà dei genitori, con facoltà di intervenire all'atto.") sia UCPI con maggior dettaglio di particolari (art. 10, 3° "La disposizione del comma 1 (ndr.: invito scritto, ma non invito a nominare un difensore) si applica anche quando si intende chiedere e ricevere una dichiarazione scritta o assumere informazioni da documentare da una persona minore. L'invito è comunicato anche a chi esercita la potestà dei genitori, con l'avviso della facoltà di intervenire all'atto. In caso di persona minore infraquattordicenne, ferme restando le disposizioni precedenti, per l'assunzione di informazioni o la richiesta di rendere dichiarazioni, il difensore potrà avvalersi della presenza di un esperto all'uopo nominato quale consulente della difesa.").

Il richiamo all'art. 197, lett. c) e d) esclude come fonte interrogabile il responsabile civile e il civilmente obbligato costituiti (non dunque colui che non abbia ancora assunto tale qualifica, cfr. C.Cost. 477/92), Giudice, PM, loro ausiliari, il Difensore su indagini compiute e verbalizzanti insieme al difensore. Non è escluso, a mio parere, per quanto taluno retrogradamente lo escluda, che il Difensore utilizzi lo schema delle indagini difensive per interrogare il proprio assistito, quand'anche fosse l'imputato.

Non lo dice il Codice, ma va chiesto al teste se è incompatibile (cfr. UCPI, art. 9, 2°: "Oltre quanto è previsto dal comma 3 dell'articolo 391-bis del codice di procedura penale, invitano le persone interpellate a dichiarare se si trovano in una delle situazioni di incompatibilità previste dall'articolo 197 comma 1, lettere c) e d) del codice di procedura penale.").

"Colloquio non documentato", detto anche "esplorativo" perché finalizzato a reperire "circostanze utili ai fini dell'attività investigativa" (non direttamente utili alla difesa nel processo perché quivi non ancora di per sé spendibili), non vuol dire impossibilità assoluta di usare forme di documentazione (appunti), ma inutilizzabilità di ogni documentazione.

Per la documentazione della dichiarazione scritta e dell'esame, l'art. 391 bis c.p.p. richiama l'art. 391 ter c.p.p., il quale prevede la dichiarazione (autografa o eterografa), la sottoscrizione del dichiarante (che avviene alla presenza fisica del difensore autenticante, dunque mai per posta), l'autentica del difensore (non di altri, neppure, ma si discute, del notaio), una relazione allegata alla dichiarazione con data di ricevimento, generalità del difensore e del teste, attestazione sugli avvertimenti e i fatti su cui verte la dichiarazione.

Il verbale è "atto dichiarativo a contenuto descrittivo, nel quale vengono riprodotti gli atti e i fatti che si compiono o accadano alla presenza del suo autore" (cfr. Montali). Deve essere redatto secondo le forme degli artt. 134-142 c.p.p. È sempre consigliabile, per la genuinità dell'atto, fare una verbalizzazione integrale, anche quando c'è fono o videoregistrazione (ne va dato atto a verbale, ma non è necessario produrre poi la registrazione, che però verrà tenuta a disposizione ove ne sorgesse la necessità). Se il verbale è riassuntivo (cfr. 134 c.p.p.), ci vuole la riproduzione fonografica (cfr. CNF: "15. Il difensore deve documentare in forma integrale le informazioni assunte. Quando è disposta la riproduzione anche fonografica le informazioni possono essere documentate in forma riassuntiva."; UCPI, art. 13, 1°-2°: "(Documentazione) Le informazioni assunte dal difensore, secondo le previsioni degli articoli 391-bis comma 2 e 391-ter comma 3 del codice di procedura penale, sono documentate in forma integrale. Quando è disposta la riproduzione almeno fonografica possono essere documentate in forma riassuntiva. Nel verbale, redatto con le modalità previste al comma 1, sono specificamente indicati i mezzi impiegati. Esso è sottoscritto da

tutte le persone presenti ed è conservato dal difensore ai sensi del comma 6 dell'articolo 3.". Si veda poi l'art. 136 c.p.p. sulla formulazione espressa delle domande, dettatura e appunti del teste. Essenziale è l'art. 137 c.p.p. sull'eventuale rifiuto finale di sottoscrizione da parte della fonte. Non si applica, invece, l'art. 141 c.p.p. sul rilascio di copia della dichiarazione (cfr. CNF: "16. Il difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni né al suo difensore."; UCPI, art. 13 13, 4°: "Il difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni né al suo difensore."). L'esperienza insegna che sempre va fatto un verbale, anche e soprattutto di chi dice che nulla non sa dei fatti (se non sa, non deve sapere per nessuno e per sempre) e che non va mai consegnato al teste il verbale (perché potrebbe darlo alla controparte che lo utilizzerebbe come documento).

Pur non previsto né dal Codice né dalle norme disciplinari, in dottrina è pacifico che si applichi l'art. 141 bis c.p.p. sulla fono o videoregistrazione dell'esame del detenuto da parte del difensore (cfr. Bricchetti-Randazzo).

È necessario fare gli avvertimenti previsti sempre, in tutte e tre le forme di indagine, ma del colloquio non rimane nulla e dunque la sanzione della inutilizzabilità, l'unica, non ha molto senso. Non basta un richiamo sintetico agli avvertimenti, ma occorre una "specificata verbalizzazione" degli stessi e per esteso (cfr. Cass. 22.1.04, Laghezza e Cass. 25.07.04, Jovanovic che ha superato l'orientamento iniziale di Cass. 20.12.02 Mancuso).

Per gli avvertimenti, valgano le seguenti precisazioni: "qualità" significa cosa sono: difensore o altro delegato; "scopo" è l'indagine di cui si tratta (cfr. CNF: "8. Il difensore deve informare le persone interpellate ai fini delle investigazioni della propria qualità, senza obbligo di rivelare il nome dell'assistito."; UCPI, art. 9, 1°: "(Avvertimenti) I soggetti della difesa, nell'informare le persone interpellate della loro qualità, indicano la vicenda in ordine alla quale svolgono investigazioni, senza necessariamente rivelare il nome dell'assistito."); va detto che tipo di forma di indagine si intende perseguire delle tre consentite, ma è salva la possibilità, previo ammonimento, di cambiare in corsa; metodi di documentazione sono il verbale manoscritto, scritto a computer, con fono o videoregistrazione, quindi non è ammessa la registrazione nascosta; indagato? Se sì, scatta la presenza del difensore, anche di ufficio ex comma 5); facoltà di non rispondere o non rendere dichiarazione scritta richiestagli, con possibilità di preannunciare il rimedio processuale a seconda che trattasi di coimputati o no (attenzione a Cass. 23.11.06 n. 40232 che dice che la richiesta al PM deve indicare "le circostanze in relazione alle quali vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali ritiene che siano utili ai fini delle indagini"). È lecito preavvisare il teste delle conseguenze del suo eventuale silenzio (cfr. CNF: "9. Il difensore deve inoltre informare le persone interpellate che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate ad una audizione davanti al pubblico ministero ovvero a rendere un esame testimoniale davanti al giudice, ove saranno tenute a rispondere anche alle domande del difensore. 10. Il difensore deve altresì informare le persone sottoposte a indagine o imputate nello stesso procedimento o in altro procedimento connesso o collegato che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate a rendere esame davanti al giudice in incidente probatorio."; UCPI, art. 9, 3-4° (Avvertimenti) "Inoltre, informano le persone interpellate che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate ad una audizione davanti al pubblico ministero ovvero a rendere un esame testimoniale davanti al giudice, ove saranno tenute a rispondere anche alle domande del difensore. Se si tratta di persone sottoposte a indagine o imputate nello stesso procedimento o in altro procedimento connesso o collegato ai sensi dell'articolo 210 del codice di procedura penale, le informano che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate a rendere esame davanti al giudice in incidente probatorio.").

Nulla dice il Codice per i testi che hanno facoltà di astenersi. Vi provvede UCPI, art. 9, 5°: "Se si tratta di prossimi congiunti di un imputato o di una persona sottoposta alle indagini, li avvertono che, anche in ragione di tale rapporto, hanno facoltà di astenersi dal rispondere o dal rendere la dichiarazione nei casi previsti dalla legge.".

Nulla dice il Codice sul richiamo del teste alla sua alta funzione. Si può fare (cfr. UCPI, art. 9, 6°: "I soggetti della difesa possono altresì ricordare che ogni persona può utilmente concorrere alla

ricostruzione dei fatti e all'accertamento della verità in un procedimento penale anche rendendo dichiarazioni al difensore.”.

Nulla dice il Codice sul momento opportuno degli avvertimenti, se con l'invito (scritto o orale) o prima del verbale. Vi provvede UCPI, art. 9, 7°: “Quando i soggetti della difesa procedono con invito scritto, gli avvertimenti previsti dalla legge e dalle norme deontologiche, se non sono contenuti nell'invito stesso, possono essere dati oralmente, ma devono comunque precedere l'atto.”. Divieto di rivelare le domande del PM o PG significa che si possono però rifare le stesse domande. Richiamo alle responsabilità non implica che sia necessario indicare specificamente gli articoli che prevedono le responsabilità, che potrebbero essere molteplici, dal falso, al concorso, al favoreggiamento oltre ai reati delle indagini difensive.

È possibile, come già detto, interrogare il coindagato o coimputato salvo l'avviso al difensore (e non si procede se questi non c'è, è necessaria la nomina d'ufficio).

È prevista la sanzione della “inutilizzabilità” dell'intera fonte (non nullità parziale, ad es per le domande tese a rivelare le indagini del PM) per la violazione delle regole procedurali (avvertimenti e avviso al difensore del coindagato, anche presenza dell'assistito) oltre a sanzioni disciplinari.

Il detenuto è sentito previa autorizzazione del Giudice, ma non è prevista la presenza del difensore.

Imputato, PO e “altre parti private” (responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria, parte civile, indagato) non assistono alle assunzioni di informazioni e (cfr. Ventura) neppure al colloquio e alla dichiarazione scritta. La ratio è quella di conseguire una prova del tutto genuina, donde l'estensione anche al colloquio non documentato (che poi può mutare in verbale).

C'è il blocco quando il teste va contra se. Le dichiarazioni fatte, però, in favore di altri (ma non contra se), si possono utilizzare (ad es. ho partecipato anche io alla rapina, ma tizio non c'era).

### **Art. 391 quater c.p.p.**

C'è possibilità per il difensore (non per delegato) di chiedere i “documenti” alla PA, con richiesta di sequestro al PM che poi trasmette al GIP.

### **Art. 391 quinquies c.p.p.**

C'è un limitato (2 mesi) potere di segretazione del PM che può vietare ai suoi testimoni di rilevare “i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine”, avvisando il testimone delle relative responsabilità.

### **Art. 391 sexies c.p.p.**

C'è la facoltà per difensore e delegati di fare sopralluoghi. Si può, ma non è obbligatorio, redigere un verbale delle operazioni. Si possono fare anche filmati o altri rilievi tecnici che vengono allegati al verbale. Il verbale va fatto firmare da tutti i presenti. Nessun ostacolo alla presenza delle parti.

Il CNF aggiunge un obbligo di documentazione (non di verbalizzazione, in pratica parrebbe rendere obbligatorio fare un filmato o documentazione equivalente) e un obbligo di preservazione: “13. Il difensore, anche quando non redige un verbale, deve documentare lo stato dei luoghi e delle cose, procurando che nulla sia mutato, alterato o disperso.” Altrettanto dice UCPI, art. 14: “(Doveri negli accessi ai luoghi e nella ispezione di cose) Il difensore, il sostituto e gli ausiliari, che procedono agli atti indicati nell'articolo 391-sexies del codice di procedura penale, anche quando non redigono un verbale, documentano nelle forme più opportune lo stato dei luoghi e delle cose, procurando che nulla sia mutato, alterato o disperso.”

### **Art. 391 septies**

Se il privato non consente l'accesso (ad es: l'accesso su un luogo di lavoro, che è luogo privato e non aperto al pubblico, ma non è una abitazione), il difensore si rivolge al Giudice che autorizza (se vuole) con decreto motivato. Il proprietario del luogo può farsi assistere da un suo difensore.

Nei luoghi di abitazione si entra solo per accertare le “tracce e gli altri effetti materiali del reato”.

Il Codice non dice che si può dire al privato che se non consente l'accesso, si può invocare l'autorizzazione del Giudice. Lo dice UCPI, art. 14, 2°-3°: "Oltre a quanto è previsto dal comma 2 dell'articolo 391-septies del codice di procedura penale, quando intendono compiere un accesso a luogo privato o non aperto al pubblico, i soggetti della difesa, nel richiedere il consenso di chi ne ha la disponibilità, lo avvertono della propria qualità, della natura dell'atto da compiere e della possibilità che, ove non sia prestato il consenso, l'atto sia autorizzato dal giudice. Gli avvertimenti indicati al comma 2 sono documentati almeno mediante annotazione."

### **Art. 391 octies c.p.p.**

È possibile, ma non vi è l'obbligo, per il difensore (cfr diversamente 416, 2° in base al quale tutti gli atti del PM vanno nel suo fascicolo; C.Cost. 5.4.91 n. 145: "tutti gli atti attraverso cui l'indagine si è sviluppata devono essere trasmessi al GUP"), presentare al Giudice (anche dell'appello o riesame, cfr. Cass. 24.4.03, Montanari, cfr. 309,5°) gli atti di indagine con il rispetto del termine di 5 gg ex 127 quando il Giudice deve "sentire" le parti (quando decide sulla proroga delle indagini ex 406, 5° o sulla richiesta di archiviazione ex 409, 2° o sulla richiesta di patteggiamento ex 447), ma anche quando non le deve sentire (ad es. quando il PM chiede una misura cautelare ex 292 o la sua sostituzione ex 299 con dovere di valutazione delle prove a favore ex 292, 2 ter, l'intercettazione telefonica ex 267 o un decreto di condanna 459 o l'archiviazione non opposta ex 408 o un incidente probatorio ex 398). È possibile presentare gli atti di indagine nell'udienza preliminare nei tempi del 421, 3 cioè "prima dell'inizio della discussione". La documentazione è utilizzabile dal Giudice al pari di quella del PM per decidere sul rinvio a giudizio e forma la base per decidere un giudizio abbreviato o un patteggiamento. Nulla esclude che il Giudice risenta i testi. È sempre possibile presentare gli atti di indagine al PM che li inserisce nel suo fascicolo (ex 373, 5°). Il fascicolo del difensore confluirà, al termine delle indagini preliminari cioè contestualmente alla decisione di esercitare l'azione penale (dunque non al termine dell'udienza preliminare), nel fascicolo del PM. La documentazione va depositata in originale (particolare che può sfuggire) e può poi essere sostituita con una copia.

### **Art. 391 nonies**

Si opera, ex art. 391 nonies, "per l'ipotesi che si instauri un procedimento penale" e dunque per a) ipotesi che si instauri contro il ns assistito un procedimento che ancora non c'è (ad es ipotesi di un omicidio ancora non scoperto come fatto storico); b) ipotesi che si instauri contro il ns assistito un procedimento che già c'è magari contro ignoti (ad es omicidio scoperto in cui il PM sta cercando il colpevole); c) ipotesi che in futuro si instauri, magari su denuncia del ns assistito, un procedimento penale a carico di terzi (ad es per violazione degli obblighi di assistenza familiare in cui il ns assistito è vittima); d) ipotesi che si instauri nuovamente un procedimento penale a carico del ns assistito a seguito di riapertura delle indagini.

L'attività investigativa preventiva ha alcune particolarità. È ammesso fare solo ciò che prescinde dalla presenza di un PM e di un GIP (attenzione all'invito e all'avviso per il rifiuto: non si può "minacciare" l'audizione coatta). Ci vuole un apposito "mandato" (dunque non basta la nomina). Il mandato deve essere autenticato (a differenza della nomina), anche dal difensore ex 122 c.p.p. Il mandato contiene la nomina del difensore e i fatti cui si riferisce.

Il Codice non dice se il mandato debba contenere una qualificazione giuridica del fatto (es. non pago un debito, ctp mi "aggrede" verbalmente e fisicamente perchè vorrebbe il pagamento, non va specificato se è una ingiuria, una minaccia o una estorsione). Lo dice UCPI, art. 2°-3°: "Il mandato con sottoscrizione autenticata, necessario per svolgere l'attività investigativa preventiva prevista dall'articolo 391-nonies del codice di procedura penale, indica i fatti ai quali si riferisce in modo sintetico al solo fine della individuazione dell'oggetto di tale attività, con esclusione di ogni riferimento ad ipotesi di reato. La previsione del comma 2 non si applica al mandato rilasciato dalla persona offesa dal reato."

### **Art. 391 decies c.p.p.**

Il difensore utilizza le indagini difensive, purché presenti nel fascicolo del PM, ex 500 c.p.p. (contestazioni), 512 c.p.p. (sopravvenuta impossibilità), 513 c.p.p. (imputato contumace, assente, che rifiuta l'esame, ad es: coimputato che dichiara al difensore di Tizio che questi non c'entra e poi si avvale della facoltà di non rispondere).

Se durante un sopralluogo il difensore compie un atto non ripetibile (ad es. esplosione di alcuni colpi di pistola che modificano irreversibilmente lo scenario del delitto), il PM ha diritto di assistere e la documentazione, se utilizzata dal difensore (se non la deposita non ha alcuna rilevanza), finisce nel fascicolo del dibattimento.

Se il difensore fa accertamenti tecnici non ripetibili, si dà avviso al PM che partecipa e nomina suoi consulenti. La documentazione va nel fascicolo del difensore e nel fascicolo del PM.

Il Codice non dice che in caso di accertamento tecnico non ripetibile, va dato avviso a tutte le parti interessate. Vi provvede UCPI, art. 15: "(Dovere di assicurare il contraddittorio negli accertamenti tecnici irripetibili) Quando i soggetti della difesa intendono compiere accertamenti tecnici irripetibili, a cura del difensore o del sostituto è dato avviso senza ritardo a tutti coloro nei confronti dei quali l'atto può avere effetto e dei quali si abbia conoscenza."

*Como, 22 dicembre 2007*