



Indagini difensive, diffidare con cura

Gian Domenico Caiazza

La storia - verissima, purtroppo - che il nostro Giuseppe Belcastro ha voluto raccontarVi, del nome che in una rappresentazione scenica del processo l'ANM ritenne di affibbiare al teste della difesa, basta da sola a raccontarci quale idea la nostra magistratura abbia del contributo probatorio difensivo nel procedimento penale. È una idea condizionata dalla premessa culturale di fondo, che vediamo rivendicata con tracotante baldanza in un recente video pubblicitario, sempre di ANM, contro la riforma della separazione delle carriere. Quella odiata riforma non serve, ci dicono, perché il nostro sistema processuale affida al Pubblico Ministero un ruolo che nel video viene definito - con sprezzo del ridicolo - "geniale". Egli non è una parte processuale, nossignore: egli è messo lì per vigilare sulla corretta formazione della prova nella fase delle indagini. Egli svolge questo ruolo con autentico spirito di terzietà, tanto è vero che egli è tenuto dalla legge ad indagare anche in favore dell'imputato.

Insomma, certo, poi c'è il giudice che giudica la prova, ma insomma, ragazzi, il grosso del lavoro è già fatto, grazie a questa fantastica "parte imparziale", l'ossimoro più in voga tra le nostre toghe associate. Insomma, per dire, ci pensa Gratterti a fare il grosso del lavoro, e in effetti io una "parte imparziale" più imparziale di lui non l'ho mai incontrata in vita mia. Roba da dormire tra due morbidi guanciali.

Ora voi potete immaginare quale accoglienza possa mai avere avuto da parte della magistratura italiana la legge del 2000 che ha introdotto i poteri (si fa per dire) investigativi del difensore. Un muro altissimo di diffidenza, di distinguo, di limiti. Non conta il valore oggettivo della prova, ma il marchio di provenienza; e noi avvocati mica siamo "parti imparziali", abbiate pazienza. Siamo pagati dai nostri assistiti, abbiamo a cuore solo il loro interesse difensivo, la verità non abita dalle nostre parti. Ed ecco allora, nella nostra quotidiana esperienza, le ricorrenti scene di diffidenza verso testi e consulenti della difesa. In una nota sentenza della Corte di Cassazione, questo bel modo di ragionare è stato messo nero su bianco: il Consulente Tecnico dell'Accusa è, di default, molto più credibile di quello della difesa (anche se il primo è un asino e il secondo un luminaire).

Figuriamoci poi quale fiducia potremmo mai avere delle testimonianze che tu difensore hai raccolto, in perfetta solitudine, nella fase delle indagini preliminari. Sì, abbiamo deciso che in quel momento tu debba essere considerato Pubblico Ufficiale, per responsabilizzarti: ma non illuderti che questo basti a porti sullo stesso livello di attendibilità della "geniale parte imparziale". Ricordo di quando, nominato difensore dell'avvocato difensore del signor Misseri, scandalosamente incriminato di "infedele patrocinio", con conseguente estromissione della sua sgradita presenza in quella indagine, pensai di ascoltare ad investigazioni difensive proprio il signor Misseri ("scusi, Lei è stato assistito in modo infedele dal suo avvocato?"). "Neanche per idea, ha fatto tutto ciò che gli ho chiesto di fare", "Grazie, arriverci", "Di nulla", munito di due telecamere, quattro collaboratori ed un totale di cinque telefonini in modalità registrazione. Indimenticabili gli sguardi dei due PM tarantini mentre sfogliavano, increduli, lo scarno verbale con annessi supporti digitali che ne blindavano la veridicità. "Come mai non ci ha avvertiti?", fu la stupefacente e stizzita domanda, alla quale nemmeno risposi. Il collega (ed amico carissimo) verrà assolto dal GUP in abbreviato, avendo le "parti imparziali" insistito in quella lunare accusa, perfino impugnando (inutile) l'assoluzione.

Così almeno avete capito come funzionano le indagini difensive, le "parti imparziali" ed il geniale sistema ordinamentale che, a quanto pare, occorre lasciare intatto. Buona lettura!

Frùttolo il nano investigatore (Garlasco on My Mind)



PERRY MASON OSPITE SGRADITO

I poteri investigativi del difensore restano ai margini del processo penale

L'intervista/1

L'OPINIONE DEL GIUDICE PARLA RENATO BRICCHETTI

Valentina Alberta

Francesco Iacopino

Renato Bricchetti è stato a lungo Gip del Tribunale di Milano, poi Presidente del Tribunale di Lecco, della IV Sezione penale e Vicario della Corte d'appello di Milano. È stato Consigliere e poi Presidente di Sezione in Cassazione. Ha pubblicato, con Ettore Randazzo, "Le indagini della difesa". Con lui ci siamo confrontati sul valore in concreto delle indagini difensive e sulla idoneità dell'impianto codicistico attuale a garantire l'effettiva parità delle parti. **Presidente Bricchetti, nel codice dell'88 il potere investigativo del difensore era affidato a una sola norma: l'art. 38 delle disposizioni di attuazione. Nel 2000, la necessità di garantire anche in chiave investigativa la parità delle parti ha stimolato l'impianto nel codice di un titolo "dedicato" alle indagini difensive.**

Segue a pag. II

L'intervista/2

AVVOCATO PUBBLICO UFFICIALE PARLA LUIGI CHIAPPERO

Alberto de Sanctis

Il primo processo penale contro un avvocato per fatti connessi allo svolgimento di investigazioni difensive, peraltro a pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma del dicembre 2000, vide come difensore Vittorio Chiusano, già Presidente dell'Unione delle Camere Penali. Si trattava di un'accusa per falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale e favoreggiamento personale per aver l'avvocato ommesso di verbalizzare alcune dichiarazioni del testimone sentito ad investigazioni difensive. **Abbiamo chiesto all'avv. Luigi Chiappero, che visse quella vicenda al fianco di Chiusano, di ricordarci i termini della questione e l'atmosfera "politico-giudiziaria" che si respirava nei primi anni 2000 quando si discuteva di investigazioni difensive e giusto processo (la riforma dell'art. III della Costituzione è del 1999).**

Segue a pag. II

Il Testimone della Difesa

L'INAFFIDABILE TESTE GIACOMO FALSETTI

Giuseppe Belcastro

Alcuni anni addietro, la sede del Tribunale penale di Roma fu beneficamente invasa dalla verve di un'iniziativa della magistratura laziale che prese corpo in quella che la Giunta locale di ANM, organizzatrice dell'evento, denominò "la notte bianca della legalità". Si aprirono in sostanza per un giorno le porte del Tribunale a circa 600 studenti delle scuole superiori, che esplorarono con autentica curiosità (e talvolta persino con sgomento, come quando fu mostrata loro una cella detentiva a dimensione reale messa in bella vista nel centro del cortile della città giudiziaria) i luoghi della Giustizia, scoprendo quanto distanti siano a volte le cose vere dalla idea che ciascuno se ne è fatto a leggere i giornali.

Segue a pag. III

L'INTERVISTA/1

L'OPINIONE DEL GIUDICE, PARLA RENATO BRICCHETTI

Valentina Alberta e Francesco Iacopino*

SEGUE DALLA PRIMA

Un cambio di paradigma, non solo per la difesa, ma anche per il Giudice. Nella sua esperienza professionale, una riforma riuscita?

Una premessa rapida. Tutte le volte in cui ricordavo pubblicamente l'esistenza dell'art. 358 cpp, che, com'è noto, onera il pm di svolgere indagini anche a favore dell'indagato, venivo guardato come si guarda chi crede nelle favole. Mi rendevo conto che la fase delle indagini preliminari era sostanzialmente preclusa alla difesa degli imputati. Vedevo l'art. 358 come la prima pietra nella ricerca della verità, anche in considerazione del fatto che il difensore era in sostanza privo di poteri investigativi; è vero che c'era l'art. 38 disp. att., ma c'era una giurisprudenza abbastanza curiosa, che rimarcava l'assenza di protocolli formali nel reperimento delle informazioni e travasava questa lacuna sul momento valutativo del contenuto delle informazioni raccolte dal difensore. L'assenza di un protocollo e di presidi penali analoghi a quelli operanti per l'accusa, rendeva il risultato investigativo della difesa inattendibile o comunque meno attendibile dei risultati delle indagini del pm. La riforma del 2000 è riuscita sotto il profilo della omologazione degli atti di indagine del difensore con quelli del pm, perché c'è stato un riconoscimento dell'identico regime di utilizzabilità. Impregiudicata la questione dell'attendibilità, restano però consistenti limiti con riguardo alla tipologia degli atti di indagine, perché se si parlava di uguaglianza tra le parti nella legge delega, nella realtà ciò era davvero impossibile. Il pm continua ad avere il monopolio di determinate attività di indagine e, più in generale, un potere di indagine coattivo; sarebbe stato difficile attribuire all'attività di investigazione difensiva gli stessi contenuti dell'attività del pm. E allora

torno sull'importanza dell'art. 358 che esisteva anche per questo; il pm ha poteri coattivi e un ambito ampio di intervento, e deve usarli anche nell'interesse della difesa.

Quanti difensori ricorrono alle indagini difensive e quanto peso assumono i contributi investigativi della difesa nell'accertamento della verità processuale?

Basandomi sulla mia esperienza, rispondo comunque pochi, troppo pochi. L'accertamento della verità processuale si fa seguendo le regole. A mio avviso, il magistrato è piccolo rispetto al compito che è chiamato ad affrontare, ma proprio piccolo. Il problema è che non tutti i magistrati se ne rendono conto; e solo che chi se ne rende conto, sa cosa deve fare. A partire dal dubbio, il punto è accrescere le conoscenze e per accrescere le conoscenze servono anche naturalmente le prove della difesa. Lo statuto del processo si risolve alla fine con una serie di parole: accusa, fatto, prova, verità, dubbio, decisione; poi le mettiamo nell'ordine che vogliamo ma le parole sono sempre quelle. Aggiungerei logica, che impone di innervare in una motivazione le altre parole. Bisogna essere molto consapevoli del fatto che la verità processuale si forma così, con l'acquisizione di tutte le possibili conoscenze, anche le conoscenze delle investigazioni difensive, nei limiti in cui il legislatore le ha fino ad ora consentite.

Per la Corte Costituzionale (sent. 26/2009, relatore Frigo), lo scopo delle indagini difensive è quello di «conseguire un minore squilibrio tra le posizioni della parte pubblica e dell'indagato-imputato, delineando una tendenziale parivalenza delle indagini di entrambi». In giurisprudenza, però, si fa culturalmente fatica ad accettare che il «valore» delle indagini del difensore sia pari a quello dell'accusa (pensiamo all'infelice decisione della Cassazione che ha ritenuto la consulenza tecnica del pm più affidabile

di quella della difesa). Come spiega questa resistenza ad accettare la parità delle parti nel contributo investigativo?

Se le cose stanno così, il problema diventa di cultura della giurisdizione e del processo. Io non nego la possibilità che esistano queste decisioni, ma un giudice non può mai dimenticare che il processo esiste come garanzia dell'imputato; le forze in campo sono squilibrate, a sfavore comunque della persona che si deve difendere. Molti magistrati in questi anni si sono specializzati nel confermare gli assunti, più che nel ricercarne la eventuale falsità nella fase delle indagini. L'imputazione diventa come un fucile puntato. Sono tempi difficili, intanto perché il processo è sempre più terreno della vittima, dei soggetti giuridicamente vulnerabili, che stanno spostando il processo dal contraddittorio dibattimentale all'incidente probatorio. Ora, dopo che le vittime sono anche nel procedimento cautelare e saranno anche in Costituzione, il processo è purtroppo piegato alle peraltro sacrosante ragioni delle vittime (mentre non sono sacrosante le brame di vendetta, che sento nella rassegna stampa del mattino o in televisione la sera). Questa è una difficoltà vera per la difesa; ma ancora prima c'è l'art. 12 delle preleggi, che è stato immolato sull'altare della giurisprudenza creativa. Io ho anche serie perplessità sull'invasione di campo del diritto sovranazionale, che ormai sta facendo diventare ancillari i diritti statuali. In questi ultimi anni, la magi-

stratura associata non ha mai ammesso l'esistenza di errori rispetto a certi fenomeni di strapotere.

Non v'è dubbio che i poteri investigativi delle parti siano "in partenza" asimmetrici. Ad allargare il divario, le moderne acquisizioni scientifiche e tecnologiche, che conferiscono al pm poteri enormi, difficilmente "bilanciabili" dalla difesa. Ritieni necessario un intervento aggiuntivo nel codice di rito?

Non credo sia necessario, perché i principi restano gli stessi anche con le moderne tecniche investigative. Perché non proviamo a pensare piuttosto ad effettivi rafforzamenti a fronte di certi atti di strapotere di una giurisdizione irrispettosa delle regole di garanzia?

*Avvocati penalisti

LE CRITICITÀ DELLA LEGGE

Roberto Aventi*

La Legge n. 397/2000, che ha introdotto nel codice di procedura penale gli artt. 391 bis e seguenti che declinano le modalità di svolgimento delle attività previste dall'art. 327 bis, compie quasi 25 anni, essendo entrata in vigore il 18 gennaio 2001. Le investigazioni difensive, che si configurano come l'insieme delle attività che il difensore dei soggetti privati del procedimento penale può attuare al fine della ricerca delle fonti e dell'acquisizione di elementi di prova favorevoli al proprio assistito, rappresentano un'importante opportunità per il difensore che ha la facoltà di partecipare personalmente, o a mezzo dei suoi ausiliari, alla formazione della prova. Una sorta di "égalité des armes" tra pubblica accusa e difesa non solo nel corso del processo, ma anche nella formazione della prova (cosiddetto "contraddittorio probatorio"). Una parità che, a oggi, non si è ancora completamente raggiunta.

La prima osservazione critica riguarda l'art. 369 del codice di procedura penale che non prevede che l'indagato sia reso edotto dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico fin dalla sua iscrizione, se non in casi in cui sia compiuto un atto in cui il difensore abbia diritto di assistervi e l'art. 335, il cui comma 3 bis autorizza il pubblico ministero a disporre il segreto dell'iscrizione per un periodo massimo di tre mesi, se sussistono specifiche esigenze di indagini, senza prevedere sanzioni per eventuali ritardi. Parità delle armi che non si ravvisa anche nell'art. 391 bis, laddove manca la previsione dell'ob-



bligo della persona informata sui fatti di presentarsi nello studio del difensore a sua richiesta e di rispondere alle domande che questi intende rivolgerle (diversamente dal pubblico ministero), prevedendo viceversa, alla lettera d) del comma 3, l'obbligo del difensore di avvertirla che ha la facoltà di non rispondere e di non rendere dichiarazioni. La possibilità del difensore di rivolgersi al pubblico ministero, a fronte della mancata presentazione o rifiuto di rispondere alle domande da parte della persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, appare incompatibile con

il processo accusatorio. Ancora criticità si rilevano nel dettato dell'art. 391 quater, laddove manca sia un termine temporale perentorio, sia l'obbligo stesso da parte della pubblica amministrazione di trasmettere i documenti richiesti, prevedendo, inoltre, in caso di mancata trasmissione, che il difensore debba, ancora una volta, rivolgersi al pubblico ministero; nessun termine perentorio è previsto per l'attività, di cui al comma 3, del pubblico ministero e del giudice. L'articolo 391 quater si limita a disciplinare la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e non di-

sciplina in alcun modo la possibilità per il difensore di richiedere e ottenere documentazione anche da parte di chiunque la detenga e pertanto anche da soggetti privati.

Desta perplessità anche il dettato di cui all'art. 391 septies, laddove la norma prevede che il difensore possa richiedere al giudice l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico solo dopo che sia stato negato il consenso da parte di chi ne abbia la disponibilità; appare di ogni evidenza che la richiesta preliminare e obbligatoria a tali soggetti comporti la possibilità di una modifica dello stato dei luoghi e pregiudichi l'immediatezza della investigazione difensiva. Si auspica, pertanto, una modifica legislativa che preveda che il difensore possa rivolgersi, con istanza motivata, direttamente al giudice e che questi debba rispondere in un tempo congruo stabilito, con la possibilità da parte del difensore, allo stato non prevista, di impugnare un eventuale diniego. Limitativo per le investigazioni difensive appare anche il comma 3 laddove si nega l'accesso ai luoghi di abitazione e loro pertinenza, salva la necessità di accertare tracce e altri effetti materiali del reato.

Queste sono le principali criticità che l'Osservatorio Investigazioni Difensive dell'Unione delle Camere Penali Italiane ha ravvisato nella normativa dedicata alle indagini difensive e sottoposto alla Commissione San Giorgio. In conclusione, l'introduzione della disciplina delle investigazioni difensive ha reso il difensore più forte e partecipe nella raccolta della prova ma è necessario che il legislatore intervenga a modificare la disciplina in vigore perché si realizzi pienamente il principio, sancito dall'art. 111 della Costituzione, di parità delle parti nella formazione della prova.

*Avvocato, Resp. Osservatorio Investigazioni Difensive UCPI

L'INTERVISTA/2

L'AVVOCATO PUBBLICO UFFICIALE A COLLOQUIO CON LUIGI CHIAPPERO

Alberto de Sanctis*

SEGUE DALLA PRIMA

Direi che all'epoca quella imputazione fu vissuta dagli avvocati come il tentativo della Procura di difendere il ruolo di chi da sempre aveva il potere di svolgere indagini e mal tollerava che altri le facessero. Non a caso a sostenere l'accusa si presentò il Procuratore Capo in persona. Più nello specifico la Procura temeva che il difensore potesse fare indagini in modo più "disinvolto" di quello richiesto al rappresentante della pubblica accusa. Facendo diventare pubblico ufficiale il difensore, i pubblici ministeri pensavano di poterne limitare l'autonomia ponendo dei chiari vincoli derivanti dal ruolo pubblico nel quale il difensore veniva collocato.

La battaglia di Chiusano per escludere la qualificazione soggettiva dell'avvocato come pubblico ufficiale, secondo me, non era affatto orientata a contestare l'obbligo dell'avvocato di fedeltà nella verbalizzazione, principio affermato dallo stesso codice di autoregolamentazione dell'Unione delle Camere Penali. In quel processo serviva, invece, a sostenere la tesi difensiva di un vuoto normativo che non avrebbe consentito la condanna dell'imputato se non con una interpretazione analogica (il reato di falsità ideologica è reato proprio del pubblico ufficiale e non delle persone esercenti un servizio di pubblica necessità come è definito l'avvocato dall'art. 359 c.p.). Più in generale la preoccupazione di Chiusano era quella della perdita della libertà e dell'indipendenza dell'avvocato dalla "giurisdizione", non più libero professionista ma ingabbiato nel ruolo di "pubblico ufficiale" in osmosi con l'autorità giudiziaria, come in molte dittature passate e presenti. È così?

Assolutamente sì. Chiusano ne faceva una questione di principio. Naturalmente lo fa-

ceva richiamando sentenze del Supremo Collegio dove con estrema chiarezza si diceva che "sebbene considerato dalla legge indispensabile, l'intervento del patrono nel processo penale è diretto univocamente alla tutela dell'interesse del prevenuto... Non sarebbe concepibile che il difensore si servisse dei poteri che la legge gli concede per assecondare finalità dell'accusa, sia pure in obbedienza ad un superiore imperativo, ritenuto più conforme a giustizia... È connotato dunque, alle finalità proprie della difesa penale che l'opera del difensore si svolga sempre in piena libertà avendo di mira unicamente gli effettivi interessi della parte assistita". Questi principi mutuati da insegnamenti del Supremo Collegio erano la stella polare del pensiero di Chiusano, che voleva affidare alla "disciplina" e non al "penale" eventuali eccessi difensivi. Pensiero condiviso anche della più autorevole dottrina, da Conso a Iadecola a Insolera. Insomma, l'idea di un avvocato-pubblico ufficiale faceva tremare le vene ai polsi a Vittorio Chiusano.

Il clima all'epoca era di estrema diffidenza verso il "diritto di difendersi provando". Basti ricordare una questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2001 da un giudice per sospetta violazione dell'art. 111 Costituzione in riferimento alle norme sulle investigazioni difensive "nella parte in cui prevedono la possibilità per i difensori delle parti private di assumere dichiarazioni e conferiscono alle stesse la medesima valenza di quelle assunte dalla accusa, ma non prescrivono in capo ai difensori i medesimi obblighi di garanzia a tutela della genuinità della prova stessa", fino a sostenere che "il processo risulta sbilanciato in favore della persona sottoposta alle indagini". Apriti cielo!

E certo. Un'attività da sempre gestita solo ed esclusivamente dall'accusa non poteva che suscitare reazioni conservative da parte di chi perdeva un vantaggio enorme sull'av-

versario. Di qui l'idea di portare il difensore sullo stesso piano di chi accusa, ma non certo per vederlo rafforzato, ma per poterlo limitare e contenere.

Luigi Chiappero



Forse in questi ultimi venticinque anni qualcosa è cambiato. Rimane però una sottaciuta idiosincrasia verso le investigazioni difensive così come, più in generale, una malcelata diffidenza verso la prova fornita dall'imputato. Eppure le verbalizzazioni della polizia giudiziaria e dei pubblici ministeri non sono sempre ineccepibili. Cosa ne pensi?

Diciamo che più che un disgelo sull'attività della difesa c'è un ripensamento serio sul modo di fare indagini della polizia giudiziaria e conseguentemente dei pubblici ministeri. Direi che la diffidenza nei confronti della difesa è rimasta intatta, ma tutti i recenti scandali sul mondo delle indagini stanno un po' riequilibrando l'asse.



Il Macaron

**INDAGINI DIFENSIVE:
fanne buon uso.
Altrimenti Perdy Mason**

L. Z.

L'effettiva terzietà di un giudice appartenente ad un ordinamento diverso dal pubblico ministero potrebbe aiutare a cambiare l'approccio culturale verso le investigazioni difensive?

Le alte percentuali di assoluzioni dibattimentali testimoniano un recupero di terzietà del giudice. Non altrettanto si può dire per la fase delle indagini in materia di procedimenti cautelari. L'iter parlamentare per la separazione delle carriere sembra viaggiare spedito anche se attendo la fine del percorso avendone sentito parlare come cosa fatta sin dagli albori del nuovo codice di procedura penale e non avendone mai visto la realizzazione. Quello che è certo è che oggi il PM è molto più parte di

quanto non lo fosse agli inizi del nuovo processo. Oggi raramente si vede il PM chiedere assoluzioni al termine del dibattimento o rinunciare ad appelli e ricorsi a fronte di convincenti motivazioni dei giudici. Forse questo avviene nella fase iniziale del processo quando vengono richieste archiviazioni, ma non sono sicuro che ciò corrisponda ad un recupero di *favor rei* a seguito di approfondite indagini piuttosto che ad archiviazioni dettate dalla impossibilità di gestire un numero eccessivo di procedimenti. La soluzione comunque non è mai nelle norme che pure sono importanti, ma nelle persone. Abbiamo e avremo sempre bisogno di persone competenti, serie e corrette che si chiamino pubblici ministeri, difensori o giudici.

*Avvocato penalista

Giuseppe Belcastro*

SEGUE DALLA PRIMA

L'INAFFIDABILE TESTE GIACOMO FALSETTI

Quella iniziativa partecipò compatta e laboriosa anche l'avvocatura del Foro, inscenando piccole rappresentazioni, intervistando ospiti, facendo da chaperon ai ragazzi che ingolfarono allegri i corridoi e le aule, provando a mostrar loro la vera prospettiva del difensore e il suo ruolo nel marchingegno processuale; è stato un bel momento, lo ricordo vividamente.

Ma che c'entra tutto questo con le indagini difensive?, direte voi. C'entra, vi dico, perché tra le belle iniziative di quel pomeriggio assoluto di maggio del 2015 vi fu anche la messa in scena, nell'aula più grande del Tribunale, quella intitolata a Vittorio Occorsio, di un processo simulato (oggi si direbbe un *mock trial*) costruito realisticamente per far capire ai ragazzi come davvero funzionava il processo penale. C'erano tutti su quella scena: il Giudice, il Pubblico Ministero, il Difensore, il Cancelliere, il Testimone d'accusa e persino il Testimone della Difesa. Già; il Testimone della Difesa. Sapete come si chiamava nella finzione scenica il Testimone della Difesa? Giacomo Falsetti. Ecco, come direbbe forse il Calvino delle Lezioni americane, a volte per spiegare un'idea non servono cento parole; ne basta una che sia densa: Falsetti. Il nome che chi organizzò quel processo finto diede al teste della difesa racconta con impietosa e millimetrica precisione quale sia, non solo nel sentire collettivo - che sarebbe già quanto dire - ma proprio nel pensiero di alcuni addetti ai lavori, la considerazione in cui si tengono gli sforzi del difensore di contribuire alla equità della decisione.

Servirebbe un trattatello per risalire la china logica di un simile approdo, ma, anche volendo restare nelle poche battute di un articolo così, non è impossibile scovare

una plausibile ragione. Il Difensore dell'imputato ha un mandato privato ed è pagato per sostenere le ragioni dell'assistito, quand'anche colpevole; per far questo, non potendo egli contribuire ad accertare altro che l'innocenza purché sia, le prove che raccoglie non solo quelle favorevoli, essendogli deontologicamente negato di accusare l'assistito. Dunque, scontato che il teste della difesa dica sempre ogni bene del processato, la sua credibilità ne esce drasticamente affievolita. Da lì a dire che è anche un po' insincero il passo è breve. Il fatto che lo pensi l'inesperto di cose del processo (o almeno quell'inesperto che non è incapato nelle maglie vischiose della giustizia) non stupisce, anche se dovrebbe stimolare a far quanto si può per spiegare come stiano davvero le cose. Ma che lo pensi un Giudice, invece, mi pare fatto grave e per due ragioni.

La prima è che non è la natura del mandato (pubblico o privato) a determinare la funzione processuale della parte: che la difesa agisca con determinazione, in maniera tecnicamente quasi aggressiva - purché leale - nel rappresentare la visione della parte assistita non solo è possibile, ma è necessario, perché il ruolo difensivo partecipa alla funzione cognitiva del processo. Non se ne può fare senza. Non dovrebbe interessare dunque a nessuno la ragione di quella contrapposizione, perché essa è uno strumento, non un fine; e questo un Giudice deve saperlo. La seconda è che, messa così, la storia racconta che il processo accusatorio ancora non piace alla magistratura, cosic-



ché - come nel vecchio sistema inquisitorio - bastano gli attori pubblici per fare quanto va fatto, mentre il difensore diventa il simulacro di una garanzia graziosamente concessa, ma vacua.

Vorrei sbagliarmi. Ma se in un video recente ANM, affilando le unghie per la possibile battaglia referendaria sulla separazione delle carriere, ha definito l'avvocato nientemeno che il protettore dell'imputato, temo

che le cose stiano davvero così. Temo che l'idea del sistema accusatorio non abbia ancora attecchito e che persino le propaggini processuali delle indagini difensive, benché assistite dagli obblighi di legge e acquisite avanti al giudice, siano ancora affogate nell'acquitrino, alquanto denso, del pregiudizio.

*Avvocato penalista

DIFENDERSI PROVANDO

QUANDO INDAGA LA DIFESA: LA SCHEDA

Laura Finiti*

Cosa sono e a cosa servono le investigazioni difensive? Si tratta di attività di indagine svolte dagli avvocati, al fine di raccogliere elementi utili alla difesa del proprio assistito nel processo penale, nel rispetto del principio del giusto processo sancito dall'art. 111 della Costituzione, secondo cui accusa e difesa devono trovarsi in una posizione di parità.

Quale legge disciplina la materia? La legge n. 397 del 2000 che ha introdotto nel codice di procedura penale gli articoli 327-bis - 391-nonies.

Quali sono i soggetti legittimati a

compiere le investigazioni? Il difensore dell'indagato, dell'imputato o della parte civile, il quale può avvalersi anche di ausiliari, investigatori privati autorizzati, consulenti tecnici, interpreti e periti.

Quali attività possono essere svolte? Il difensore può assumere dichiarazioni da persone informate sui fatti; richiedere documentazione alle pubbliche amministrazioni e ai privati; effettuare accessi per prendere visione dei luoghi e delle cose per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi; accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico con il consenso dell'avente diritto; sollecitare l'assunzione di prove non ripetibili, interrogatori, confronti, perizie.

Quando possono essere svolte tali attività? Le indagini difensive possono essere svolte dal difensore fin dal momento del conferimento dell'incarico, in ogni fase del processo e anche in via preventiva, per l'eventualità che si instauri un procedimento penale.

Quali sono le modalità e gli eventuali limiti? Le indagini difensive devono rispettare i diritti delle persone coinvolte, il divieto di coartazione nei confronti del dichiarante e vige l'obbligo di documentazione scritta e audio delle attività svolte.

Qual è il valore probatorio degli esiti dell'attività investigativa compiuta dal difensore? Gli atti d'indagine compiuti dalla difesa hanno una valenza pro-

batoria analoga al materiale raccolto dagli organi d'accusa. L'equiparazione del ruolo del difensore a quello del pubblico ministero si attua infatti attraverso una normativa che mira a bilanciare i poteri delle parti nel processo e tale equilibrio si manifesta nell'attribuzione dello stesso valore probatorio agli elementi raccolti durante le rispettive attività investigative. Questo principio è stato confermato anche dalla giurisprudenza più recente, che ha ribadito la piena parità tra le prove raccolte dal difensore e quelle ottenute dal pubblico ministero, sia in termini di utilizzabilità, sia di forza probatoria. Un riconoscimento implicito di tale parificazione si riscontra anche nell'introduzione della nuova fattispecie di reato disciplinata dall'art. 371-ter c.p., che punisce le false dichiarazioni rese al difensore nell'esercizio delle sue indagini.

*Avvocato penalista

Marianna Caiazza*

Pubblica Accusa e Pubblica Difesa

Prima che la L. 397/2000 cristallizzasse nel codice di procedura penale l'attività di investigazione difensiva, questa faceva timidamente capolino all'art. 38 delle Disposizioni Attuative: lì, in quelle pagine che non si sfogliano mai, il legislatore rassicurava la difesa sulla possibilità - se ne avesse voglia e coraggio - di esercitare il diritto alla prova svolgendo "investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni". La giurisprudenza di quei tempi, da parte sua, ne confermava i limiti: "Le indagini difensive possono essere finalizzate alla sollecitazione dell'attività investigativa del p.m. ovvero alla richiesta di incidente probatorio, mentre è esclusa una loro diretta utilizzabilità per le decisioni del giudice"; in ogni caso, il codice "attraverso l'art. 348 c.p.p., attribuisce esclusivamente alla polizia giudiziaria il compito di procedere all'assicurazione delle fonti di prova, e, attraverso l'art. 358 c.p.p., attribuisce esclusivamente al p.m. il compito di compiere ogni attività necessaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale e di svolgere accertamenti su fatti o circostanze a favore dell'indagato" (Cassazione Penale, Sez. I, 31.01.1994).

La disposizione è stata abrogata nel 2000, quando una apposita legge ha ampliato queste facoltà e le ha regolamentate nei termini che oggi conosciamo (e su cui la scheda di

PQM ci rinfresca la memoria). Oggi le investigazioni difensive sono collocate nel Libro Quinto del codice di procedura penale, fianco a fianco con le indagini del Pubblico Ministero e dei suoi delegati. La riconosciuta centralità dell'attività difensiva ha posto però un problema non di poco conto: se prima una antica giurisprudenza guardava con diffidenza alle sconosciute e non meglio precisate indagini di cui all'art. 38 disp. att. e metteva, in ogni caso, al suo posto il difensore, chiarendone la qualifica di "esercente un servizio di pubblica necessità", dal 2000 ci si doveva confrontare con un'attività potenziata, strutturata su quella della Pubblica Accusa.

Di qui un atteso - e fino ad ora non sconfessato - inquadramento delle Sezioni Unite (32009/2006): se da un lato "evidente è la differenza funzionale tra il P.M. e la difesa, in quanto solo il primo è tenuto a raccogliere tutte le emergenze riguardanti l'indiziato mentre al secondo la legge riconosce poteri ampiamente dispositivi", non può che riconoscersi al difensore "in fase di documentazione delle indagini, la veste pubblica", in quanto "il verbale nel quale il difensore raccoglie le informazioni è destinato a provare fatti determinati e a produrre gli stessi effetti processuali (perfetta equiparazione ai fini della prova) dell'omologo verbale redatto dal P.M. e siccome non si pone in dubbio che quest'ultimo sia atto pubblico, la stessa



natura deve attribuirsi anche al verbale redatto a cura del difensore. Ne consegue che il difensore ha gli stessi diritti e doveri del Pubblico Ministero per quanto riguarda le

modalità di documentazione". Da un grande potere derivano grandi responsabilità.

*Avvocato penalista

Investigazioni difensive, binomio imperfetto?

Giuseppina Carricato*

Tante le riflessioni e i rilievi critici che da sempre connotano quell'insieme di norme e principi che fa la propria apparizione nel codice di rito sul nascere del XXI secolo, quasi a voler inaugurare una svolta epocale, un modo nuovo di concepire l'Avvocatura ed essere Avvocati, incentrato sul "difendersi provando".

È innegabile, infatti, che la riforma delle investigazioni difensive abbia aperto nel contesto giudiziario e pre-giudiziario scenari nuovi e inesplorati.

Alla legge 397/2000 il merito di aver introdotto quello che può a ragione definirsi lo "statuto" dell'avvocato-investigatore, un coacervo di strategie e tecniche di indagine di notevole ampiezza e rilevanza in prospettiva probatoria. Emblematica della portata della riforma - che non reputo eccessivo definire rivoluzionaria, ancor più se si considera che l'istituto era in origine relegato, nella sistematica codicistica, all'interno delle disposizioni di attuazione - è l'opportunità del difensore di intervenire, con le investigazioni preventive, anticipatamente rispetto all'instaurazione del procedimento penale e così acquisire elementi da allegare, eventualmente, all'atto introduttivo dell'indagine per offrire all'autorità giudiziaria rilevanti e spesso decisivi spunti probatori. È necessario, tuttavia, che l'avvocato per-



mei il proprio quotidiano operare di vera cultura dell'investigazione mediante una trasformazione antropologica del difensore, accompagnata da una ridefinizione della propria funzione.

In tale prospettiva, l'Osservatorio Investigazioni difensive dell'Unione si è cimentato nella somministrazione di questionari, estesi alle varie Camere penali territoriali, con l'obiettivo di individuare le ragioni alla base di una piuttosto diffusa ritrosia degli avvocati penalisti a fare ricorso alle indagini difensive. I dati acquisiti sono numerosi ed eloquenti, tali da consentire considerazioni di carattere sia giuridico che culturale, anche in un'ottica di riforma. Il quadro che ne è emerso deprime, anzitutto, nel senso di uno scarso utilizzo delle indagini difensive in caso di applicazione di una misura

cautelare e nel corso delle indagini preliminari in genere, così come nella difesa di imputati detenuti. Un impiego, dunque, inversamente proporzionale alla gravità delle imputazioni e della condizione degli assistiti nonché al grado di compressione delle libertà individuali che costituisce il terreno privilegiato di esplicazione dell'attività difensiva. Il dato più significativo concerne le motivazioni sottese a tali resistenze: ben il 77,5% dei difensori "intervistati" ha ammesso di farne scarso utilizzo "per paura delle conseguenze".

Altra riflessione si impone sulle percentuali riguardanti il ricorso degli avvocati alle prerogative contemplate negli artt. 391-quater, 391-sexies e 391-septies: l'opzione "poche volte" è la più prescelta (ben il 49,3%) con riguardo alla richiesta di informazioni alla

Pubblica Amministrazione, certamente annoverabile tra le esigenze più ricorrenti nell'esercizio dell'attività difensiva; analoghe considerazioni valgono per la richiesta di accesso ai luoghi, che quasi il 59% degli avvocati ha ammesso di non aver mai utilizzato. Quali, dunque, i possibili correttivi? Nessuna ricetta semplicistica, naturalmente. Solo specializzazione e sensibilità, deontologia e tecnica quali connotati imprescindibili dell'essere Avvocati. Questa la sfida cui l'Avvocatura è chiamata, oggi, in un'epoca che ne vede mutare quotidianamente fisionomia e ruolo, nel processo e nella società.

Faremo la nostra parte, quasi certi, però, che potrà non essere sufficiente senza il supporto del legislatore; avremo realmente centrato l'obiettivo, infatti, solo con l'elisione, nell'art. 358 del codice di procedura, dell'inciso - tanto formale quanto devastante per il processo accusatorio - secondo cui il PM "svolge accertamenti a favore della persona sottoposta alle indagini".

Si realizzerebbe, così, l'essenza del rito accusatorio: un procedimento - e non soltanto un processo - di parti. In altri termini, l'attuazione della rivoluzionaria riforma, risalente al Disegno di legge Pittelli del 2001, dell'obbligo di notificazione all'indagato della comunicazione di iscrizione nel registro delle notizie di reato al momento dell'iscrizione stessa, salve opportune - e limitate - deroghe.

È questa la strada per l'effettività del diritto di difesa, quantomeno nell'accezione del "difendersi provando".

*Avvocato, Osservatorio Investigazioni Difensive UCPI