

ALMA MATER STUDIORUM - UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXVI

Settore concorsuale di afferenza: 12/G2

Settore scientifico disciplinare: IUS/16

LA PROVA PENALE NELLE INDAGINI DIFENSIVE.
ANALISI COMPARATA
DEGLI STRUMENTI PROCESSUALI CONCESSI ALLA
DIFESA NEI SISTEMI ITALIANO E STATUNITENSE

PRESENTATA DAL DOTT. GABRIELE PIERMARTINI

COORDINATORE E RELATORE

CHIAR.MO PROF. GIULIO ILLUMINATI

TUTOR

CHIAR.MO PROF. MICHELE CAIANIELLO

ESAME FINALE ANNO 2015

INDICE

1. Premessa	Pg. 11
-------------------	--------

CAPITOLO 1

LO STATUTO SULLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE

2. Introduzione	Pg. 17
3. Note sul panorama normativo internazionale	Pg. 21
4. Note sul panorama costituzionale domestico	Pg. 26
5. Il contesto normativo di riferimento	Pg. 32
6. Il Codice di Procedura Penale del 1930.....	Pg. 35
7. L'art. 38 disp. Att. C.p.p. del 1988	Pg. 36
8. Legge 8 agosto 1995, n. 332	Pg. 39
9. Legge 16 dicembre 1999, n. 479	Pg. 41
10. Legge 7 dicembre 2000, n. 397	Pg. 41
11. L'evoluzione giurisprudenziale	Pg. 43
12. Note sui principi di deontologia forense.....	Pg. 47
13. Il Codice deontologico forense.....	Pg. 50
14. Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive	
.....	Pg. 56

CAPITOLO 2

LE MODALITÀ OPERATIVE ATTRIBUITE ALLA DIFESA

SOGGETTI

15. Introduzione.....	Pg. 59
16. Difensore.....	Pg. 60
17. Sostituto.....	Pg. 68
18. Consulente.....	Pg. 71
19. Investigatore privato.....	Pg. 74

MODALITÀ DI AZIONE

20. Introduzione.....	Pg. 78
21. I termini temporali.....	Pg. 79
22. Il confine territoriale.....	Pg. 79
23. Colloquio informale.....	Pg. 89
24. Ricezione di dichiarazione scritta.....	Pg. 93
25. Colloquio documentato.....	Pg. 99
26. Avvertimenti preliminari.....	Pg. 99
27. Audizione mediata.....	Pg. 103
28. Incidente probatorio.....	Pg. 107
29. Segretazione del pubblico ministero.....	Pg. 109
30. Acquisizione di documentazione.....	Pg. 111
31. Accesso ai luoghi.....	Pg. 114
32. Rilievi ed accertamenti tecnici.....	Pg. 118
33. Atti non ripetibili.....	Pg. 120
34. Accertamenti tecnici non ripetibili.....	Pg. 121
35. Sequestri.....	Pg. 123

36. Ispezioni.....	Pg. 124
--------------------	---------

CAPITOLO 3

LA PROVA PENALE NELLE INDAGINI DIFENSIVE

NEL SISTEMA AMERICANO

37. Introduzione.....	Pg. 127
38. Il panorama normativo di riferimento del sistema americano.....	Pg. 129
39. Le indagini difensive nel modello statunitense.....	Pg. 130
40. The right to counsel.....	Pg. 133
40.1. <i>Powell V. Alabama</i> , 287 U.S. 45 (1932).....	Pg. 134
40.2. <i>Betts V. Brady</i> , 316 U.S. 455 (1942).....	Pg. 135
40.3. <i>Gideon V. Wainwright</i> , 372 U.S. 335 (1963).....	Pg. 137
40.4. <i>Douglas V. California</i> , 372 U.S. 353 (1963).....	Pg. 138
40.5. <i>Faretta V. California</i> , 422 U.S. 806 (1975).....	Pg. 138
40.6. <i>Nix V. Whiteside</i> , 475 U.S. 157 (1986).....	Pg. 139
40.7. <i>Strickland V. Washington</i> , 466 U.S. 668 (1984).....	Pg. 139
40.8. <i>United States V. Cronin</i> , 466 U.S. 648 (1984).....	Pg. 143
41. Cenni sul ruolo del giudice dibattimentale nel processo di formazione della prova.....	Pg. 145
42. L'intervista alla persona informata sui fatti nell'ordinamento americano.....	Pg. 149
43. The ineffective assistance of counsel.....	Pg. 156
43.1. <i>A case of ineffective assistance</i>	Pg. 157

CAPITOLO 4

CONSIDERAZIONI FINALI

44. Sistemi a confronto.....	Pg. 167
44.1. Facoltà <i>versus</i> dovere.....	Pg. 167
44.2. Accertamento della verità processuale <i>versus fair trial</i>	Pg. 168
44.3. Diluizione temporale e produzione cartacea <i>versus day trial</i>	Pg. 169
44.4. Giustizia negoziata: fenomeno di natura manageriale <i>versus</i> deflazione del rito ordinario.....	Pg. 169
44.5. Formazione unilaterale della prova nella fase preliminare <i>versus</i> formazione processuale della prova.....	Pg. 170
45. Conclusioni.....	Pg. 171
45.1. Abbandono del potere di formazione unilaterale della prova.....	Pg. 172
45.2. “Nuova” canalizzazione delle istanze difensive direttamente al gip.....	Pg. 176
45.3. Rimodulazione dei poteri concessi alla difesa.....	Pg. 178
45.3.1. Potere convocativo del difensore.....	Pg. 178
45.3.2. Documentazione del colloquio mediante videoregistrazione.....	Pg. 179
45.3.3. Avvisi obbligatori.....	Pg. 180
45.3.4. Obbligo di esibizione della documentazione richiesta dal difensore.....	Pg. 180
45.3.5. Mezzo di impugnazione avverso il decreto di segretazione del pubblico ministero.....	Pg. 181
45.3.6. Equiparazione dei poteri di accesso ai luoghi.....	Pg. 181

ESTRATTO DI TESTI NORMATIVI E REGOLAMENTARI STATUNITENSIS

46. <i>The Constitution Of The United States: Selected Provisions</i>	Pg. 183
<i>First Amendment: Freedom Of Religion, Press, Expression</i>	Pg. 183
<i>Second Amendment: Right To Bear Arms</i>	Pg. 183
<i>Third Amendment: Quartering Of Soldiers</i>	Pg. 184
<i>Fourth Amendment: Search And Seizure</i>	Pg. 184
<i>Sixth Amendment: Right To Speedy Trial, Confrontation Of Witnesses</i>	Pg. 185
<i>Seventh Amendment: Trial By Jury In Civil Cases</i>	Pg. 185
<i>Eighth Amendment: Cruel And Unusual Punishment</i>	Pg. 185
<i>Ninth Amendment: Construction Of Constitution</i>	Pg. 186
<i>Tenth Amendment: Powers Of The States And People</i>	Pg. 186
<i>Fourteenth Amendment (1868): Citizenship Rights</i>	Pg. 186
47. <i>American Bar Association – Selected Provisions From The Criminal Justice</i>	
<i>Section Standards</i>	Pg. 187
<i>Defense Function, Part I., General Standards</i>	Pg. 188
<i>Standard 4-1.1 The Function of the Standards</i>	Pg. 188
<i>Standard 4-1.2 The Function of Defense Counsel</i>	Pg. 188
<i>Standard 4-1.3 Delays; Punctuality; Workload</i>	Pg. 189
<i>Standard 4-1.4 Public Statements</i>	Pg. 190
<i>Standard 4-1.5 Advisory Councils on Professional Conduct</i>	Pg. 190
<i>Standard 4-1.6 Trial Lawyer’s Duty to Administration of Justice</i>	Pg. 191
<i>Part II., Access to Counsel</i>	Pg. 192
<i>Standard 4- Standard 4-2.1 Communication</i>	Pg. 192
<i>Standard 4-2.2 Referral Service for Criminal Cases</i>	Pg. 192
<i>Standard 4-2.3 Prohibited Referrals</i>	Pg. 192

<i>Part III., Lawyer- Client Relationship</i>	Pg. 192
<i>Standard 4-3.1 Establishment of Relationship</i>	Pg. 192
<i>Standard 4-3.2 Interviewing the Client</i>	Pg. 193
<i>Standard 4-3.3 Fees</i>	Pg. 193
<i>Standard 4-3.4 Obtaining Literary or Media Rights from the Accused.</i>	Pg. 194
<i>Standard 4-3.5 Conflicts of Interest</i>	Pg. 194
<i>Standard 4-3.6 Prompt Action to Protect the Accused</i>	Pg. 197
<i>Standard 4-3.7 Advice and Service on Anticipated Unlawful Conduct.</i>	Pg. 197
<i>Standard 4-3.8 Duty to Keep Client Informed</i>	Pg. 197
<i>Standard 4-3.9 Obligations of Hybrid and Standby Counsel</i>	Pg. 198
<i>Part IV, Investigation and Preparation</i>	Pg. 198
<i>Standard 4-4.1 Duty to Investigate</i>	Pg. 198
<i>Standard 4-4.2 Illegal Investigation</i>	Pg. 199
<i>Standard 4-4.3 Relations With Prospective Witnesses</i>	Pg. 199
<i>Standard 4-4.4 Relations With Expert Witnesses</i>	Pg. 200
<i>Standard 4-4.5 Compliance With Discovery Procedure</i>	Pg. 200
<i>Standard 4-4.6 Physical Evidence</i>	Pg. 200
<i>Part V, Control and Direction of Litigation</i>	Pg. 202
<i>Standard 4-5.1 Advising the Accused</i>	Pg. 202
<i>Standard 4-5.2 Control and Direction of the Case</i>	Pg. 202
<i>Part VI, Disposition Without Trial</i>	Pg. 203
<i>Standard 4-6.1 Duty to Explore Disposition Without Trial</i>	Pg. 203
<i>Standard 4-6.2 Plea Discussions</i>	Pg. 203
<i>Part VII, Trial</i>	Pg. 204
<i>Standard 4-7.1 Courtroom Professionalism</i>	Pg. 204
<i>Standard 4--7.2 Selection of Jurors</i>	Pg. 204

<i>Standard 4-7.3 Relations With Jury</i>	Pg. 205
<i>Standard 4-7.4 Opening Statement</i>	Pg. 205
<i>Standard 4-7.5 Presentation of Evidence</i>	Pg. 205
<i>Standard 4-7.6 Examination of Witnesses</i>	Pg. 206
<i>Standard 4-7.7 Argument to the Jury</i>	Pg. 206
<i>Standard 4-7.8 Facts Outside the Record</i>	Pg. 207
<i>Standard 4-7.9 Post-trial Motions</i>	Pg. 207
<i>Part VIII, After Conviction</i>	Pg. 207
<i>Standard 4-8.1 Sentencing</i>	Pg. 207
<i>Standard 4-8.2 Appeal</i>	Pg. 208
<i>Standard 4-8.3 Counsel on Appeal</i>	Pg. 208
<i>Standard 4-8.4 Conduct of Appeal</i>	Pg. 209
<i>Standard 4-8.5 Post- Conviction Remedies</i>	Pg. 210
<i>Standard 4-8.6 Challenges to the Effectiveness of Counsel</i>	Pg. 210
<i>Providing Defense Services, Part I., General Principles</i>	Pg. 210
<i>Standard 5-1.1 Objective</i>	Pg. 210
<i>Standard 5-1.2 Systems for legal representation</i>	Pg. 211
<i>Standard 5-1.3 Professional independence</i>	Pg. 211
<i>Standard 5-1.4 Supporting services</i>	Pg. 212
<i>Standard 5-1.5 Training and professional development</i>	Pg. 212
<i>Standard 5-1.6 Funding</i>	Pg. 212
<i>Part VII, Eligibility For Assistance</i>	Pg. 213
<i>Standard 5-7.1 Eligibility; ability to pay partial costs</i>	Pg. 213

BIBLIOGRAFIA

48. Monografie e periodici italianiPg. 214
49. Monografie americanePg. 240

PREMESSA

Il filone normativo e giurisprudenziale in tema di indagini difensive conduce il lettore in un terreno instabile, nel quale orientarsi al fine di intravedere il traguardo finale può risultare difficile anche alla guida più esperta.

Dopo tre lustri dall'entrata in vigore della legge n. 397/2000 – epilogo di un lungo processo evolutivo che ha visto da un lato, una gestazione faticosa e travagliata, dall'altro, un prodotto normativo accolto dagli operatori in un contesto di scetticismo generale – possiamo certamente affermare di essere ben lungi dalla meta tratteggiata dall'art. 111 della Costituzione.

Un legislatore distratto su fronti contrapposti ha partorito un simbiote incapace di distaccarsi dal sistema e godere di vita autonoma. Un coacervo di precetti frutto di pulsioni distinte, inefficace nel dar vita a quel principio di parità delle armi che il secondo comma dell'art. 111 Cost. impone.

Tenuto conto delle diversità che caratterizzano naturalmente i due ruoli, riuscire a livellare sullo stesso piano sia la parte pubblica che quella privata è certo un'impresa gravosa, ma non per questo, in una prospettiva *de iure condendo*, deve abbandonarsi l'opera di traduzione del dettato costituzionale.

Certo, allungare lo sguardo da una posizione difensiva arroccata sulle garanzie individuali e del giusto processo è tranquillizzante¹ per l'interprete, ma al contempo foriero di valutazioni partigiane.

L'indagine difensiva si prospetta come contraltare dell'agire dell'accusa, ma il binario presenta asimmetrie genetiche inevitabili. L'area intermedia si completa con il *tertium arbiter*, il giudice, al quale spetta il compito di bilanciare le esigenze della giustizia in un insieme imperfetto. Le parti coinvolte nel processo

¹ Tuttavia, secondo SPANGHER G., *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 256, il giusto processo è un'idea che dovrà prendere forma con il tempo in quanto traducibile come un orizzonte mai raggiunto né raggiungibile: "In altri termini, si tratta di una tensione verso la previsione di disposizioni sorrette da finalità di garanzia nella scelta delle diverse soluzioni processualmente possibili".

penale debbono agire in un sistema accusatorio nel quale le promesse costituzionali vengono disattese nella sostanza delle procedure.

In particolare, la formazione della prova ad opera delle parti annulla quella naturale separazione che sussiste fra loro ed il giudice, esaltando una visione individualistica del sistema. Si tratta di una scorciatoia che espone a conseguenze deleterie. Deve ammettersi che la parte, sia essa accusa o difesa, laddove sia formatrice della prova diviene istruttrice del processo. E così l'indagine parallela della difesa diviene componente oggettiva costituzionalmente garantita del metodo di formazione della prova mediante il contraddittorio.

È proprio il volere costituzionale che nell'imporre una dialettica processuale equidistante, consapevole, capace di autonomia della ricerca, impone un'indagine parallela a quella dell'accusa. Diversamente, il principio del contraddittorio nella formazione della prova non avrebbe adeguato sviluppo. Non si tratta di una richiesta unilaterale originata da spinte egoistiche, bensì da una necessità sistemica che vuole il giudice, soggetto terzo e imparziale, situarsi a pari distanza dagli antagonisti.

Si perviene in questo modo al paradigma ideale del sistema accusatorio, nel quale i contendenti vengono armati di pari forza processuale nella ricerca di quegli elementi di prova che soltanto davanti al giudice e mediante il contraddittorio assurgeranno a valore di prova.

Tuttavia, la misura della distanza intercorrente fra le parti ed il giudice si connota di significato proprio. Distare in pari misura dal giudice non si traduce automaticamente nell'avvicinamento del contendente più lontano. La precisazione si impone fin da subito in quanto l'evoluzione storica del sistema ha dimostrato una tendenza a limare tale intervallo, originando una naturale spinta all'aumento degli elementi di prova sottoposti all'attenzione del giudice. Ma non è certo la quantità degli elementi che possono formare la piattaforma decisionale del giudice che ne connotano la qualità. Essa dipende dal metodo attraverso il quale tale materiale perviene al giudice, oltreché dal potere contributivo delle parti.

Esaltare la prospettiva individualistica del diritto di difesa allo scopo di ottenere maggiori poteri espone a fragilità sistemiche. Ritenere che l'investigazione difensiva debba esistere allo scopo di bilanciare l'opposta

indagine pubblica conduce a quella riduzione delle distanze che non soddisfa le esigenze costituzionali del sistema. Se il metodo di formazione della prova deve porsi al centro della struttura processualistica, allora il semplice limare le distanze dal giudice può tradursi nell'attribuzione di poteri processuali tesi a formare unilateralmente le prove.

Si tratta di una direzione che tradisce la guida costituzionale e chiede un correttivo.

Il diritto di difendersi indagando nasce dal diritto di difesa sotto la declinazione del diritto alla prova.

Difendersi provando richiede ampia conoscenza del *thema* e capacità argomentativa per affrontare il dibattito che può consolidarsi soltanto mediante una preliminare raccolta di contributi probatori. L'opera di ricerca degli elementi di prova da parte della difesa si impone a prescindere dalla attività dell'accusa. È il metodo del contraddittorio che la richiede.

Per contraddire è necessario conoscere.

In un sistema nel quale il materiale da valutare venisse fornito in larga misura dall'accusa, la difesa sarebbe paralizzata e vincolata all'interpretazione – in chiave difensiva – dell'opera dell'accusa.

Ne consegue, di primo acchito, che la garanzia del metodo deve essere perseguita ad ogni costo, poiché in essa riposa la legittimazione dell'indagine difensiva. Per converso, ogni aggiramento del baluardo del contraddittorio si traduce in un elemento di crisi emendabile solo per via oggettiva. Ogni istanza soggettiva si tradurrebbe in un goffo tentativo di rimediare al difetto, con potenzialità assai limitate.

Infatti, rispondere al disequilibrio delle parti concedendo – semplicemente – un maggior peso processuale alla difesa, comporta una confusione dei ruoli e delle fasi proprie del nostro sistema processuale. Se poi ci si confronta con i timori e i pregiudizi caratteristici del contesto italiano, il percorso appare viepiù accidentato.

La scia della chiusura applicativa ai poteri di indagine difensiva viene alimentata da chi vorrebbe attribuire al difensore un potere di formazione della prova che non gli è naturale.

Infatti, nell'attribuire alla difesa poteri di indagine tesi a trasfigurarne i risultati in prova – con il precipuo scopo di accorciare quelle distanze di cui si parlava poc'anzi – si è introdotto un correttivo inefficace. Ammettere che il materiale difensivo prodotto abbia un potenziale probatorio ha causato un innaturale irrigidimento delle attività di ricerca, costringendole in vincoli che ne limitano le vere aspirazioni.

L'approdo a tali considerazioni deve spingere a rivalutare la materia delle investigazioni difensive. Come ricorda lo stesso titolo, si tratta di una attività di ricerca, non di formazione della prova. Occuparsi soltanto di accorciare le distanze indebolisce la struttura del sistema, che accetta naturalmente una logica diversità delle parti e del processo.

L'adesione a tale piano di lavoro deve scontrarsi con un dato di fatto ineludibile, ovvero che il nostro sistema sembra aver smarrito quella dimensione relativistica della prova che in origine avrebbe dovuto contrassegnarlo².

Nonostante le premesse, anche l'interprete più inamovibile soffre nel sostenere che l'elemento unilaterale di prova può provare certi fatti e non altri, e che la decisione del giudice possa fondarsi unicamente sulla prova formata nel contraddittorio fra le parti.

Oggi tale elemento ha il potenziale per assumere valore di prova, pur essendo incanalato all'interno del comma quinto dell'art. 111 Cost. in tema di contraddittorio impossibile, inutile o inquinato.

Permangono considerevoli elementi di comunicazione fra contesti decisorii distinti, offrendo quella caratteristica contraddizione per cui nelle sedi incidentali si ovvia alla carenza dialettica mediante un *quid pluris* di garanzie formali, necessario per giungere in giudizio quale prova per giudicare. Tassatività e formalità sono parimenti necessari negli atti investigativi per consentire quel potere di formazione unilaterale della prova attribuito agli antagonisti processuali.

Sia in ambito costituzionale che sovranazionale si possono rilevare infiltrazioni tra procedimento e processo penale. In ambito nazionale, l'art. 111 Cost. al comma 4 statuisce che la legge ordinaria moduli ragionevolmente le ipotesi nelle

² Cfr. NOBILI M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274 e ss.

quali “*la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio*”, avviene per “*consenso dell'imputato*”, vi sia “*accertata impossibilità di natura oggettiva*” e “*provata condotta illecita*”.

Si tratta di precetti che, da un lato, impediscono l'introduzione secondo legge ordinaria di ulteriori deroghe, dall'altro paiono lasciare il legislatore libero di conformare le predette eccezioni, ovvero, stabilito il “contatto” fra il materiale proveniente dall'indagine ed il processo, attribuire al primo di acquisire pieno valore di prova avuto riguardo alla decisione sul merito dell'imputazione.

Regola e deroghe appaiono distanziate, lasciando all'interprete il compito di giudicare se il potere di formazione unilaterale della prova rientri ancora nel perimetro costituzionale.

Il panorama delineato trova conferma nell'evoluzione normativo giurisprudenziale che ha connotato l'esordio, l'evoluzione e l'involuzione del diritto di difendersi indagando. Sin dalle origini, lo statuto degli strumenti processuali concessi alla difesa pativa una inferiorità genetica rispetto al potere dell'accusa che, viceversa, produceva la maggior parte dei risultati probatori.

La spinta compensativa, che ha accompagnato ogni aggiornamento normativo posto a tutela del diritto di difendersi indagando, ha condotto il sistema al rigore della tassatività e della canonizzazione delle forme di azione e di documentazione. L'imposizione di gravi sanzioni processuali, sia penali che disciplinari, poste a baluardo della legittimità dell'operato del difensore, ne hanno giustificato il potere di formazione unilaterale della prova.

Tale contesto generale, tuttavia, ha limitato la libertà d'azione del difensore, impedendogli di generare – unilateralmente – quella prova privata valevole in giudizio sul merito dell'imputazione.

Ne discende, quindi, che una apertura liberale delle istanze difensive, ed un loro affrancamento dai rigidi e tassativi canoni delle forme di documentazione stabiliti a pena di inutilizzabilità dei risultati probatori, costituirebbe una ventata positiva.

Se, a tale intervento, si associasse una modifica normativa che “liberasse” la struttura del nostro processo penale dal potere di formazione unilaterale della

prova, sia esso tanto pubblico quanto privato, allora si restituirebbe la vera dimensione investigativa alle parti.

Si tratta, ovviamente, di un agire invasivo che modificherebbe il tessuto normativo rimodulando le relazioni tra la regola del contraddittorio e le sue eccezioni. Parimenti, dovrebbe godere di adeguate attenzioni la definizione dei confini che separano i contesti decisorii preliminari da quello finale, gettando così le premesse per la realizzazione del diritto di difendersi indagando.

L'analisi del sistema americano verrà, da ultimo, presa quale paradigma per inferire sulla fondatezza delle argomentazioni proposte, privilegiando le soluzioni di metodo, verificandone la realizzabilità nel panorama normativo nazionale e ritagliando – finalmente – un spazio di effettivo esercizio del diritto di difendersi indagando.

Un diritto di difesa libero da poteri capaci di formare la prova unilateralmente.

CAPITOLO 1

LO STATUTO SULLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE

Sommario: 2. Introduzione; 3. Note sul panorama normativo internazionale; 4. Note sul panorama costituzionale domestico; 5. Il contesto normativo di riferimento; 6. Il Codice di Procedura Penale del 1930; 7. L'art. 38 disp. Att. C.p.p. 1988; 8. La Legge 8 agosto 1995, n. 332; 9. Legge 16 dicembre 1999, n. 479; 10. Legge 7 dicembre 2000, n.397; 11. L'evoluzione giurisprudenziale; 12. Il Codice deontologico forense; 13. Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive.

2. Introduzione.

Non vi è alcun dubbio sul fatto che il difensore impegnato nella ricerca della prova debba godere di apertura mentale associata ad una sana curiosità, tali da spingerlo a rinvenire tra le pieghe dalla propria indagine quanto naturalmente tende ad occultarsi³. Il terreno adottivo della materia penale, infatti, è logicamente adombrato per necessità istintive degli stessi soggetti avulsi da qualsiasi responsabilità rispetto alle luci avanzate in primo luogo dall'agire dell'accusa, e, oggi, anche dal difensore.

L'inquirente, quale che sia la sua natura, richiede una sequela di poteri che lo mettano in condizioni di esercitare compiutamente il proprio dovere⁴ nel ricostruire gli eventi. La questione, che si pone nel verificare la legittimità del suo operato, si incentra sulla individuazione di previsioni legali che ne stigmatizzino legalità e necessità.

³ Cfr. CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 172: “(...) qui è bene richiamare quanto fu detto in principio a proposito del delitto, che, a differenza del contratto, si nasconde e, a tal fine, si truca; e perciò a proposito del diritto penale che, a differenza del diritto civile, è il diritto dell'ombra”.

⁴ Cfr. CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, cit., p. 172: “La ricerca suppone la penetrazione in ciò che si chiama l'ambiente del delitto, cioè in quel complesso di cose o di uomini, che stanno intorno alla *dramatis personae*, ossia a coloro che si sospettano essere l'offensore e l'offeso”.

Infatti, l'attività di indagine cela il potenziale di invadere innumerevoli diritti statuiti dalla stessa Costituzione, quali la libertà personale, di domicilio, di riservatezza della corrispondenza e via seguitando, la cui limitazione viene ammessa esclusivamente a seguito di un atto motivato dell'autorità giudiziaria, nei casi e nei modi stabiliti dalla legge.

Pertanto, attività quali ispezioni, perquisizioni, sequestri e intercettazioni, obbligano l'agente ad esercitarle esclusivamente nell'ambito del perimetro normativo al fine di limitare il pregiudizio di tali diritti. Tuttavia, la stessa riserva di legalità non viene richiesta per l'esercizio di poteri investigativi che non comportano tali pericoli.

Il rapporto fra l'investigatore e la fonte testimoniale teso, ad esempio, a raccogliere informazioni utili all'oggetto dell'indagine, si presenta scevro da potenziali lesioni ai diritti fondamentali. Se tradotto in forme prive di coazione, esso non richiede alcuna previsione normativa che giustifichi l'utilizzo. Solo nell'ipotesi nella quale venga richiesto un obbligo di risposta, appare necessaria una previsione normativa che compulsi il testimone⁵ a rispondere evitando reticenza e mendacio.

Tuttavia, mentre il ragionamento esposto si attaglia chiaramente indosso all'accusa⁶, il difensore veste panni ambigui⁷. Chiamato sulla scena processuale⁸,

⁵ Si tratta di argomentazioni che si riferiscono alle ipotesi nelle quali le fonti interpellate non siano sottoposte alle indagini ovvero imputate nel medesimo procedimento o in procedimento connesso o collegato – per le quali non può dirsi sufficiente la mera attribuzione della facoltà di non rispondere per escludere l'incombere di pregiudizi a carico del dichiarante.

⁶ A conferma di ciò, si richiamano l'art. 362 c.p.p. – riguardante l'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero da persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini – in combinato disposto con l'art. 371 *bis* c.p. – che si occupa di punire, a titolo di “*false informazioni al pubblico ministero*”, altresì la condotta di chiunque “*tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è sentito*” – associazione che giustifica la norma di cui all'art. 373 comma 1 lett. *d* c.p.p., nella quale si statuisce la necessità di documentazione mediante la redazione di un verbale. Nello stesso senso l'art. 63 c.p.p., in tema di dichiarazioni autoindizianti, che fornisce una protezione alla persona informata sui fatti che rilasci informazioni *contra se* e si spiega proprio in ragione dell'obbligo di risposta gravante sul dichiarante, rispetto al quale sarebbe giustificato prevedere gli accorgimenti previsti allorché lo stesso potesse usufruire del diritto di non rispondere alle domande che gli sono rivolte.

⁷ Il tema è da sempre spinoso ed ha costretto il legislatore a prestare particolare attenzione alle relazioni fra difensore e persone informate sui fatti, dotando i loro rapporti di minuziosi cavilli allo scopo di garantire l'autenticità del materiale raccolto. In aggiunta, il difensore è rimasto privo del potere di coartare direttamente la fonte, lasciandola libera di non rispondere alle domande difensive salvo incorrere nella responsabilità penale prevista dall'art. 371 *ter* c.p. nell'ipotesi di false dichiarazioni rese al difensore. La stessa previsione di cui all'art. 391 *bis* comma 9 c.p.p. riflette la disciplina stabilita dall'art. 63 c.p.p. in materia di dichiarazioni auto indizianti, sebbene,

il suo agire viene dettagliatamente circoscritto al fine di limitarne i poteri, impoverendone la libertà di azione⁹.

A fronte di questo dato, si deve accettare la tesi che il nostro sistema penale, nel prevedere la figura del difensore¹⁰ – investigatore, non ha soltanto voluto fornirgli una dotazione processuale di minor pregio, ma si è occupato fin da subito di proteggersi dall’indagine privata, naturalmente parziale e, pertanto, sospetta.

Diversamente dall’accusa¹¹, la difesa sconta il grave pregiudizio di non sostenere l’interesse della giustizia.

L’art. 358¹² c.p.p., teoricamente¹³ preposto a mettere l’accento sull’imparzialità dell’agire della pubblica accusa¹⁴, contribuisce ad alimentare l’equivoco¹⁵. Il

per quanto concerne il difensore, il soggetto dichiarante potrà facilmente preservarsi dal rischio di fornire dichiarazioni auto incriminanti appellandosi al diritto di rimanere silente.

⁸ Cfr. DI CHIARA G., *Le linee prospettive del “difendersi ricercando”: luci e ombre delle “nuove” investigazioni difensive*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 1 e ss.

⁹ Cfr. CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, p. 3.

¹⁰ Cfr. l’art. 359 c.p., che, come noto, individua fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità anche i “privati che esercitano professioni forensi”.

¹¹ Cfr. l’art. 73 ord. giud. che, fra i compiti del pubblico ministero, appunta il dovere di vegliare “alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia”.

¹² Come noto la norma rileva tra le attività di indagine del pubblico ministero, il dovere di svolgere “accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini”, dando così vita ad un pubblico ministero-giano bifronte – da un lato accusatore, dall’altro giudice – tenendo in vita il fastidioso connubio di doveri fra loro opposti che sarebbe stato bene – invece – venissero chiaramente distinti. Sul punto, cfr. FERRUA P., *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all’oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 260; MELE V., *Una norma inutile l’art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2406; NAPPI A., *Indagini preliminari*, in *Enc. Dir., Agg. Vol. V*, Giuffrè, 2001, p. 694, che mette in evidenza la superfluità dell’art. 358 c.p.p..

¹³ La Cassazione con sentenza del 21 maggio 1997, in *Cass. Pen.* 1999, p. 236, ha chiarito che nonostante il pubblico ministero, debba svolgere “accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta a indagini”, ciò non si traduce in un obbligo processualmente sanzionato e non toglie il carattere eminentemente discrezionale delle scelte investigative, anche per quanto riguarda i tempi di svolgimento dell’attività dell’organo dell’accusa. Ne discende che il mancato espletamento di parte delle indagini, benché sollecitate dall’interessato, “non costituisce di per sé un fatto nuovo che legittimi la revoca della misura cautelare ai sensi dell’art. 299 c.p.p.”, in quanto il presupposto della revoca di una misura cautelare è, infatti, il venire meno dei gravi indizi o delle esigenze cautelari già ritenuti nel provvedimento applicativo e non rimossi attraverso l’eventuale esperimento del riesame..

¹⁴ Fortemente critico all’idea di un sistema processuale che assegni al pubblico ministero una funzione tutoria dell’indagato, AMODIO E., *Le indagini difensive tra i nuovi poteri del G.I.P. e obblighi di lealtà del P.M.*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2285.

¹⁵ Cfr. CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, cit., p. 173: “Si intende che tali indagini, normalmente condotte nel periodo preliminare, debbono essere dominate da uno spirito di imparzialità, il quale, però, purtroppo, è insidiato talora dall’interesse professionale, soprattutto

sistema delle fonti del diritto delle investigazioni difensive, infatti, sconta fin dalle origini il tentativo di interpretare il dettato costituzionale. Esso nasce dall'idea di un processo di parti titolari del diritto alla prova in ossequio al principio probatorio dispositivo che autorizza le stesse a cercare, in prospettiva probatoria, ogni elemento utile ai fini della propria strategia processuale. Pertanto, fin dalle origini, viene esaltata la dimensione soggettiva dell'indagine di parte, deposta sul diritto di difesa costituzionalmente garantito, ivi comprendendo la sua declinazione nel diritto alla prova.

Così prospettando sembrerebbe che, nel diritto di difendersi provando, si debba rinvenire il diritto di difendersi indagando¹⁶.

Tuttavia non è sufficiente.

Per identificarne la legittimazione occorre risalire alla struttura del processo di parti, al principio probatorio dispositivo e al connesso riconoscimento del potere di cercare elementi di prova. Nondimeno, se si evolvesse tale sequenza sino ad accogliere la tesi di attribuire in capo al difensore il potere di formare la prova unilateralmente – giustificando tale percorso, ad esempio, allo scopo di bilanciare il medesimo potere riconosciuto all'accusa – il diritto di difendersi indagando subirebbe una indebita mutazione. Troverebbe una legittimazione che lo costringerebbe a subire limitazioni e formalizzazioni, ammettendone l'esercizio soltanto mediante forme vincolate.

Sebbene apparentemente garantista¹⁷, tale sistema porterebbe alla formazione di prove unilateralmente prodotte, le quali, orfane di quel metodo dialogico indispensabile ai fini del principio del contraddittorio, priverebbero le parti – ivi compreso il difensore – della possibilità di interloquire nel momento della formazione della prova. Inoltre, ne risulterebbe un prodotto probatorio affetto da due patologie. Da un lato, tali vincoli ne limiterebbero la libertà d'azione,

nel campo della polizia giudiziaria. Questo pericolo determina spesso la necessità che la ricerca sia condotta anche dalla parte del giudicante e in particolare vi attenda il difensore”.

¹⁶ Cfr. VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 25: “*Il tema del potere delle parti di ricercare la prova (...) può dunque essere inquadrato nel più vasto argomento dell'ammissione e dell'acquisizione della prova*”.

¹⁷ Cfr. PAOLOZZI G., *Fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in *Aa. Vv.*, *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Milano, 2001, p. 16.

dall'altro, proprio per la natura della loro genesi, il loro valore procedimentale ne subirebbe gli effetti perniciosi.

Dalla sequenza logica delineata si perviene a due affermazioni che costituiranno il perno della presente ricerca.

In prima istanza, si deve abbandonare la ritrosia culturale che ha caratterizzato la genesi dello statuto delle indagini difensive e attribuire all'indagine privata un ruolo paritario rispetto a quello dell'accusa.

In secondo luogo, al fine di attribuire il necessario spazio di manovra alla difesa, occorre riconsiderare la natura del principio del contraddittorio nella formazione della prova e, su di esso, ricostruire il sistema delle investigazioni difensive, liberandole da vincoli normativi che ne limitino l'esercizio.

3. Il panorama normativo internazionale.

L'insieme delle regole che attribuiscono al difensore il potere di indagare trae un contributo rilevante dalle Carte internazionali che individuano i principi fondamentali destinati a suggestionare il legislatore domestico. In particolare, le fonti sovranazionali stabiliscono il livello minimo¹⁸ delle garanzie, indicando la soglia di equità al di sotto della quale il legislatore interno non deve scendere¹⁹.

Si tratta di un bagaglio normativo che attribuisce ad ogni persona accusata di un reato tali garanzie minime, e che si rinviene tanto nell'art. 6 comma 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (adottata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848 ed entrata in vigore per l'Italia il 26 ottobre 1955), quanto nell'art. 14 comma 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966, aperto alla firma il 19 dicembre 1966, reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977 ed entrato in vigore per

¹⁸ Cfr. GIOSTRA G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 33.

¹⁹ Ma, eventualmente, attestarsi su livelli di maggiore protezione. Sul punto cfr. VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 17: "Come quasi sempre, una convenzione internazionale umanitaria, anche se destinata solo a paesi di elevata civiltà, contiene principi minimi; ma può essere invece di occasione a meditazioni e di sprone a più avanzate riforme nell'ambito dei diritti nazionali".

l'Italia il 15 dicembre 1978), quanto, da ultimo, negli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000).

Si tratta di enunciazioni generali la cui portata semantica ha trovato progressiva definizione grazie alle interpretazioni maturate in seno alla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰.

Tali norme chiariscono alcuni aspetti essenziali del diritto di difesa, coniugandolo con l'esigenza di una informazione tempestiva ed efficace circa la natura ed i motivi dell'accusa, con la possibilità di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa, infine con il potere di far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni di quelli a carico.

Si tratta di una sequenza logico temporale tesa a facilitare la strategia difensiva, la quale presuppone la conoscenza dell'ipotesi accusatoria (diritto di difendersi conoscendo), prevede la ricerca degli elementi di prova (diritto di difendersi investigando) e termina la sequela con l'esercizio del diritto alla prova (diritto di difendersi provando), inteso come diritto all'ammissione, assunzione e valutazione delle prove offerte al giudice senza patire limitazioni nei mezzi e nell'oggetto²¹.

All'interno di queste fasi, l'indagine del difensore si pone in una terra di mezzo, posteriormente alla notizia del procedimento penale e prima dell'esercizio del diritto alla prova al quale il suo operato si orienta. Nelle norme pattizie, il riferimento al diritto alla prova si appunta sulla sola testimonianza, ma, come

²⁰ Cfr. CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969; PISANI M., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in *Foro it.*, 1966, V, c. 33 e ss.; PITTARO P., *L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, c. 391 e ss.; UBERTIS G., *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 489 e ss.; VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 3 e ss. Più recentemente, con particolare riferimento alla Carta di Nizza, cfr. CHIAVARIO M., *Giustizia penale, carta dei diritti e Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 21 e ss.; MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1873 e ss.; RAIMONDI G., *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali in Europa*, *ivi*, p. 1885 e ss.

²¹ Cfr. VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 12. Per una compiuta dissezione del diritto di difesa, cfr. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. pen.*, agg. II, Torino, 2004, p. 352 e ss..

insegna la Corte europea dei diritti dell'uomo, deve essere estesa anche agli altri tipi di prova²² quale corollario del più generale diritto al giusto processo²³.

Pertanto, il compito di interpretare se il diritto all'investigazione debba essere vincolato ovvero libero viene rimesso all'interprete.

In merito si esprime l'art. 6 comma 3 lett. b della Convenzione, il quale definisce due importanti specificazioni del generale diritto di difesa, dotandolo di una componente cronologica – il tempo – e di un'implicazione modale – le facilitazioni – connubio inscindibile per elaborare utilmente la strategia difensiva.

L'attività di ricerca, dunque, deve inserirsi in un sistema che riconosca verosimili margini d'azione attraverso un allestimento di termini processuali ragionevoli, la cui durata dovrà necessariamente modularsi con apprezzabile ampiezza per non tradursi in un riconoscimento meramente apparente al potere di attivarsi in favore dell'assistito²⁴.

La tempestività dell'indagine, infatti, è foriera di risultati probatori maggiormente utili laddove le condizioni della ricerca vengono garantite. Si pensi, ad esempio, al diritto per l'accusato di comunicare prontamente con il proprio difensore²⁵, mettendolo così in condizioni di approntare una strategia adeguata. O ancora alla pronta conoscenza degli atti processuali²⁶ – agevolazione, questa, che la norma pattizia non esplicita – la quale rende l'iniziativa investigativa consapevole e, pertanto, efficace.

Poiché la norma convenzionale in disamina risulta carente di altre indicazioni circa la necessità di sottoporre l'indagine difensiva a vincoli, ovvero di lasciare al difensore maggior campo di azione, occorre ripercorrere quanto già anticipato in tema di formazione della prova secondo il metodo del contraddittorio.

²² C. Dir. Uomo, 6 maggio 1985, BONISH C., p. 11, § 29, in *Riv. dir. internaz.*, 1987, p. 156.

²³ Cfr. UBERTIS G., *Diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 489, ma anche BUZZELLI S., *Giusto processo*, cit., p. 354.

²⁴ Cfr. CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 1269 e ss.; UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000, p. 45 e ss.

²⁵ Il solo art. 14 comma 3 lett. b del Patto intern. dir. civ. pol., in seguito recepito dalla giurisprudenza nelle sentenze della Corte di Strasburgo (C. Dir. Uomo, 8.2.1996, Murray c. Gran Bretagna, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 565), ha messo luce il diritto al colloquio con un legale di fiducia.

²⁶ Cfr. BUZZELLI S., *Giusto processo*, cit., p. 353.

Per sciogliere il dubbio, bisogna verificare se nelle norme convenzionali vi siano prescrizioni sul metodo di accertamento penale che, nell'affermare la separazione fra gli elementi probatori unilateralmente convenzionati e la decisione finale, consenta al difensore inquirente libertà di manovra anche laddove questi non rivesta le funzioni di istruttore. Analizzando quale delle norme sovranazionali identifichi maggiormente il principio del contraddittorio nella formazione della prova, l'esito conduce all'art. 6 comma 3 lett. d della Convenzione (riprodotto in termini pressoché identici dall'art. 14 comma 3 lett. e del Patto Internazionale), laddove si prevede il diritto dell'accusato a "*esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione o l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico*".

La norma, parificando le condizioni per l'ammissione e l'acquisizione delle prove, siano esse tanto a carico quanto a scarico, immette nel sistema il principio di eguaglianza²⁷ – in ambito probatorio – fra accusa e difesa, riflettendosi sull'operato del giudice in tema di riconoscimento del diritto alla prova contraria. Ovvero, ammessa una prova a carico su un determinato punto, non gli è consentito escludere una prova a scarico sul medesimo punto.

Tuttavia, ciò che più rileva ai nostri fini, è rappresentato dal significato del primo periodo di tale norma, in tema del diritto dell'accusato al confronto diretto con le fonti di accusa. Il ventaglio di implicazioni che derivano si incentrano sul metodo dialogico, inteso quale garanzia di una decisione imparziale che ripulsa la provenienza unilaterale del materiale raccolto, e che privilegia il contraddittorio quale metodo di raccolta degli elementi di prova.

Tale assunto ha però natura esegetica, non trovando esplicito riferimento nelle norme pattizie²⁸, ma soltanto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹.

²⁷ Cfr. VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 18.

²⁸ Cfr. FERRUA P., *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Studi sul processo penale*, vol. III, Torino, 1997, p. 94: "*Occorre intendersi sul significato del contraddittorio, valore che in sé tutti o quasi riconoscono come essenziale, ma i cui contenuti non sono univocamente individuati*".

²⁹ Per una rivisitazione delle pronunce giurisprudenziali sul punto, cfr. UBERTIS G., *Diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 499 e ss.; Id., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2102.

Nell'accordare preferenza all'acquisizione della prova in pubblica udienza e in contraddittorio, difatti, i giudici di Strasburgo ammettono comunque l'utilizzo probatorio delle dichiarazioni raccolte nelle fasi anteriori al dibattimento, a condizione che l'accusato benefici della possibilità adeguata e sufficiente di confrontarsi con il dichiarante a carico, al momento della deposizione o più tardi³⁰. D'altra parte, neppure il rispetto di tale requisito rappresenta una *condicio sine qua non* per il transito di elementi dichiarativi dalle indagini al materiale decisorio, potendosi riconoscere come legittima la migrazione allorché la pronuncia finale non sia fondata unicamente su quelle affermazioni in ordine alle quali non si è potuto esplicitare un effettivo confronto tra accusato e accusatore³¹.

Le implicazioni che ne conseguono impongono di non ritenere adeguato il contraddittorio debole. Il mero confronto argomentativo sulla prova già formata unilateralmente non soddisfa i parametri convenzionali. Per converso, la Corte europea non è approdata alla sponda opposta, ovvero al contraddittorio forte, rinunciando a pretendere la contestuale presenza diretta delle parti innanzi al giudice dibattimentale per la formazione dialettica della prova, non reputando essenziale la partecipazione dialogica al momento genetico del dato conoscitivo.

Ne consegue una linea intermedia, giudicando necessaria – e sufficiente – per l'utilizzo decisorio dell'elemento unilaterale determinante l'attuazione di un contraddittorio intermedio, attraverso un vaglio dialettico almeno differito sulla fonte di prova³².

Il contesto normativo internazionale, quindi, non impone il contraddittorio forte, lasciando aperto un canale tra fase preliminare e processo, purché corredato di filtri che consentano il controllo posticipato sulla fonte dell'atto formato unilateralmente. La conseguenza diretta di tale punto d'arrivo si traduce in un sistema che considera accettabile la figura dell'inquirente istruttore impegnato nell'arduo compito di formare le prove, ritenendo sufficiente, nel caso delle

³⁰ Il principio viene trattato dalla giurisprudenza nelle pronunce della C. Dir. Uomo, 20 novembre 1989, Kostovski, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, p. 112; C. Dir. Uomo, 20 dicembre 2001, P.S., in *Cass. pen.*, 2002, p. 3249.

³¹ C. Dir. Uomo, 26 aprile 1991, Asch, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, p. 804.

³² Cfr. UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio*, cit., p. 2102, ma anche BUZZELLI, *Giusto processo*, cit., p. 355.

dichiarazioni, che le stesse siano state indirettamente lambite dal contraddittorio attraverso l'esame incrociato di chi l'aveva rilasciata.

In buona sostanza, si deve prendere atto che la figura del difensore che intende proporre una difesa dinamica non trova legittimazione nelle fonti sovranazionali che ne consenta il libero esercizio del diritto di difendersi indagando.

Le indagini di parte, infatti, pur essendo reputate idonee a costituire – pur nel rispetto di un contraddittorio intermedio – fonte del convincimento giudiziale, richiedono una regolamentazione formale, quanto ai modi e alla documentazione dell'azione, allo scopo di garantirne la genuinità nella prospettiva di una loro eventuale utilizzazione probatoria.

4. Note sul panorama costituzionale domestico.

Come noto, l'assenza di un adeguato sostegno alla richiesta di un contraddittorio forte a livello sovranazionale non impedisce al legislatore interno di aumentare il livello delle garanzie. Il primo riferimento normativo al quale volgere lo sguardo è, naturalmente, la Costituzione.

L'analisi dell'evoluzione del processo penale attraverso la lente costituzionale vede lo scontro tra l'originaria natura inquisitoria del nostro sistema, sordo alla dialettica nella formazione della prova, avversata dalla più evoluta natura tendenzialmente accusatoria che, invece, presuppone quel metodo.

Parte minoritaria della dottrina³³ ha inteso rilevare fondamenti di tale principio nell'art. 24, 2° comma della Costituzione, individuando nel diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento una forma di costituzionalizzazione del contraddittorio in sede penale³⁴.

³³ Considera “*opinabili*” i tentativi di rivenire le basi del principio del contraddittorio nel secondo comma dell'art. 24 Cost. GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del). II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 5 e ss.. Altrettanto ostile all'identificazione tra la regola del contraddittorio e il diritto di difesa anche UBERTIS G., *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 458.

³⁴ C. cost. 1965, n. 41, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 1089: “*il diritto di difesa si configura come possibilità effettiva dell'assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far*

Ma si tratta di un'inferenza debole, la quale, pur godendo di una giurisprudenza costituzionale favorevole, appare incapace di resistere alla censura mossa da chi rileva il contrasto essenziale tra l'assetto processuale conformato dal codice Rocco e tale principio.

In effetti, si tratta di valori fra loro distinti.

Il diritto di difesa muove da prerogative sostanzialmente soggettive che tutelano l'interesse individuale di chi è sottoposto a procedimento penale. Sotto questo punto di vista, ogni attribuzione di poteri processuali all'accusa chiede un bilanciamento sul fronte difensivo.

Viceversa, il contraddittorio si propone come metodo³⁵ – e principio – avente natura schiettamente oggettiva, finalizzato all'ottenimento della decisione più giusta. Assicurarne il rispetto significa tutelare il diritto di difesa sotto il profilo della partecipazione dell'accusato alla formazione dialettica della prova e del riconoscimento del potere di cercare gli elementi di favore, svincolato da restrizioni di forma ed efficacia.

Perseguire le ragioni soggettive della difesa attraverso il mero bilanciamento dei poteri processuali, tuttavia, può comportare una limitazione del contraddittorio ed una contestuale diminuzione della potere difensivo nella fase preparatoria.

Consentire al difensore la produzione unilaterale della prova, per garantire il diritto di difesa mediante la compensazione dei poteri, lesiona irrimediabilmente il metodo dialettico. Percorrendo tale via si debbono necessariamente definire i limiti all'indagine privata definendone modi e forme, riducendo quel diritto che si voleva aggiornare a livelli superiori.

Il legislatore costituzionale attraverso l'interpolazione nell'art. 111 Cost. dei nuovi connotati del giusto processo³⁶ e, segnatamente, del principio del contraddittorio nella formazione della prova quale paradigma caratteristico del processo penale, ne ha fornito una interpretazione oggettiva. A prescindere dalla –

valere le istanze e le ragioni delle stesse". Per una rivisitazione delle pronunce della Consulta sul tema, cfr. CONSO G., *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 414.

³⁵ Così BUZZELLI S., *Giusto processo*, cit., p. 355.

³⁶ Tratteggiati nell'art. 1 della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, il quale ha espanso l'originale art. 111 Cost. aggiungendo cinque innovativi commi.

chiara – enunciazione del principio, occorre definire le implicazioni che ne derivano in materia di indagini difensive.

La prova si presta ad essere esaminata sia sotto il profilo della dimensione dinamica che attraverso il suo aspetto meramente statico. Sotto il primo profilo, essa consiste nel procedimento di verifica di un enunciato fattuale, mentre, nel secondo, si traduce nel risultato informativo e nel suo utilizzo dal giudice per una valutazione di concluzione³⁷.

Ne derivano conseguenze diverse a seconda dell'opzione scelta. Il profilo dinamico dilata il significato di contraddittorio a tutti i settori di indagine della proposizione fattuale, a prescindere dal fatto che gli atti siano compiuti nella fase preliminare piuttosto che in quella dibattimentale. La dimensione statica implica il metodo dialettico unicamente nei contesti propriamente decisori di utilizzo del risultato probatorio, potendosi, poi, ulteriormente distinguere a seconda che il contenuto della pronuncia investa direttamente soltanto il merito dell'imputazione ovvero anche questioni collaterali, alla prima connesse.

Il legislatore ha posto l'accento sul secondo significato, attribuendo valore di prova soltanto a ciò che serve per la decisione³⁸.

Fatta tale premessa, si può avanzare nell'analisi prendendo in considerazione due fattori. Il primo, appuntato sul dato qualitativo rappresentato dall'intensità del contraddittorio, a seconda che esso sia forte, intermedio o debole. Il secondo elemento viene fornito dal contesto spazio – temporale, individuato dalle varie fasi processuali attraverso le quali il metodo dialogico assume rilevanza. Le varie combinazioni dei due elementi individuano il grado di integrazione del contraddittorio nel processo penale fotografato dalla Costituzione.

³⁷ Cfr. UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio*, cit., p. 2103, il quale evidenzia la distinzione semantica contenuta nella parola “*prova*”, tradotta nel vocabolo inglese *evidence*, rappresentativo dell'esperimento gnoseologico teso a verificare un enunciato fattuale e *proof*, indicativo del risultato conoscitivo del giudice ottenuto mediante il medesimo esperimento gnoseologico.

³⁸ Cfr. GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 6.

Si tratta di argomentazioni che si condividono in forza dei motivi che hanno dato origine alla revisione costituzionale, tenuto presente che l'evidente offesa al metodo dialettico, dopo le note pronunce della Corte Costituzionale, si erano focalizzate proprio sul terreno dei materiali utilizzabili dal giudice in vista della decisione, con specifico riferimento a quella conclusiva del giudizio.

Partendo dal contesto decisorio per eccellenza, laddove si decide sul merito dell'imputazione, non può accettarsi la forma debole, non soddisfacendo neppure il livello minimo indicato dalle norme pattizie, le quale garantiscono che il soggetto sottoposto a procedimento penale abbia titolo per confrontarsi con il testimone a carico³⁹. Per rispettare il parametro costituzionale si può ritenere sufficiente il livello intermedio di contraddittorio – come peraltro imposto a livello sovranazionale – limitandosi a verificarlo in forma differita sulla fonte di prova.

Si tratta di una ricostruzione che poggia sulla teoria della prova complessa⁴⁰, secondo la quale la dichiarazione resa dal testimone nelle fasi anteriori è idonea a integrare il materiale utilizzabile dal giudice in vista della decisione purché venga immessa nel circuito del contraddittorio nel corso dell'istruzione, attraverso il suo utilizzo in chiave di contestazione al testimone chiamato a rendere conto di un eventuale mutamento di versione. In tal modo la prova si fonderebbe sulla scorta di due dichiarazioni, l'una resa in dibattimento e l'altra, difforme, resa nelle fasi precedenti, entrambe liberamente valutabili dal giudice. Si tratta di una interpretazione che trova censura da parte di chi ritiene che la dichiarazione utilizzata per la contestazione debba essere servente e non partecipativa avuto riguardo al contraddittorio, impedendole di partecipare alla formazione⁴¹ della decisione. La dichiarazione difforme conserva lo stesso valore di una domanda tesa a sollecitare una risposta, senza fornire alcun contributo autonomo, il quale perviene soltanto dalla risposta.

Ne deriva che in tema di formazione della prova nell'ambito del contesto decisorio finale, la costituzione fornisce, quale livello minimo di garanzia, il

³⁹ Cfr. UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio*, cit., p. 2103, il quale sottolinea che tale opzione abbia un effetto ablativo dei contenuti – così violando il canone ermeneutico che vieta, nel dubbio, di interpretare la norma nel senso che la rende inapplicabile – del successivo comma 5 dell'art. 111 Cost., nella parte in cui ammette, tra le deroghe al contraddittorio, l'impossibilità di natura oggettiva, non essendo concepibile una situazione tale da impedire alle parti di esprimere una semplice valutazione su prove già formate.

⁴⁰ Cfr. CONTI C., *Giusto processo. b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, p. 637; TONINI P., *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 273.

⁴¹ Cfr. FERRUA P., *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, in *Aa. Vv., Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS R. E., Torino, 2002, p. 10 e ss. Nel medesimo senso, cfr. GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 7 e ss..

contraddittorio forte. Tuttavia la tutela degrada allorché ci si trovi in ambiti diversi, orientati a pronunciamenti non definitivi. Basti pensare alle indagini preliminari, momento deputato alla ricerca del materiale probatorio o alla celebrazione dell'udienza preliminare, tesa a verificare la solidità degli elementi raccolti in vista della celebrazione del giudizio. In tali fasi il contraddittorio subisce una lesione – pur sanabile – che tuttavia si riverbera nella pronuncia sulla *regiudicanda*. Il materiale così formato, infatti, potrà paralizzare il procedimento – tramite un provvedimento di archiviazione o una sentenza di non luogo a procedere – ovvero, attualizzando l'eventualità di una decisione di merito – attraverso un decreto che dispone il giudizio –, introdurre la fase elettivamente deputata al suo ottenimento nel pieno contraddittorio⁴².

I due livelli prospettati definiscono la modulazione quantitativa del contraddittorio, il quale viene gradato dal legislatore a seconda che debba, o meno, essere utilizzato per definire il giudizio, lasciando soltanto a quest'ultimo momento il massimo livello della tutela.

L'insieme di implicazioni che derivano dalla sequenza argomentativa delineata, costruiscono un agevole supporto al libero esercizio del diritto di difendersi indagando soltanto nella versione di maggiore tutela. Infatti, assicurare una barriera tra la fase dibattimentale e gli elementi raccolti unilateralmente durante la fase delle indagini, favorisce la produzione di informazioni immuni da preconcetti timori di genuinità. Viceversa, isolare il contraddittorio forte alle sole fasi deputate alla pronuncia sul merito dell'imputazione escludendo le fasi delle indagini preliminari, sede cautelare e udienza preliminare, autorizza l'ingresso agli elementi raccolti privatamente financo mediante un'attività sostanzialmente informale.

Ne deriva che le correlazioni tra procedimento e processo fungono da cartina di tornasole della dialetticità del sistema, oltreché del grado di libertà del difendersi indagando. Per converso, quando si fornisce la massima intensità al contraddittorio esso si riflette positivamente sulla libertà dell'indagine privata.

⁴² Cfr. GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 7.

Ora, se tale è il panorama di valori che fa da sfondo costituzionale alla materia, l'odierno status normativo delle indagini difensive, cavillosamente prostrato al brocardo *ubi lex voluit, dixit*, impone di confrontarsi con due scomode verità.

In primo luogo, la Costituzione ha recepito il metodo dialettico in una fase di clima inquisitorio, dettato da talune pronunce della Consulta che miravano a parificare i poteri tra accusa e difesa avuto precipuo riferimento al momento formativo della prova. A ciò si aggiunga una giurisprudenza mossa dall'intento di preservare gli elementi probatori sino a costituire il principio di non dispersione della prova, che ha dato spunto a chi desiderava procedere sulla via della compensazione.

La seconda affermazione, riguarda lo stesso metodo dialettico il quale non appare, ancor oggi, compiutamente accettato. Lo stesso legislatore costituzionale, sceso in campo allo scopo di forgiarne le eccezioni in tema di contraddittorio inutile, impossibile o inquinato, da un lato, ne ha vincolato il numero, dall'altro, ha abbandonato al legislatore ordinario il compito di scrivere il perimetro di azione delle eccezioni costituzionali. Quest'ultimo compito assume particolare rilievo laddove si consideri che proprio dal rapporto fra regola ed eccezione discende la legittimità del potere di formazione unilaterale della prova, e, quindi, si impone un esercizio vincolato dell'attività difensiva.

Tra queste righe si potrebbe rinvenire la risposta *de iure condito* che, nell'interpretare il dettato costituzionale, ritenga quel potere intollerabile e, quindi, illegittime le previsioni normative che lo giustificano, costringendo il difensore a limitare la propria attività di ricerca. Tuttavia poiché, invece, la Costituzione consente al legislatore l'individuazione dei casi eccezionali di formazione unilaterale della prova, l'unico rimedio appare quello di identificare una soluzione *de iure condendo*. Tale innovazione normativa, incaricandosi di ridisegnare i rapporti tra indagine e processo, dovrebbe eliminare tali eccezioni, concedendo effettivi spazi di azione del diritto di difendersi indagando.

Il percorso segnalato attraversa le vie interpretative immanenti al presente del diritto positivo, al fine di identificare soluzioni normative che riscrivano la dinamica dei rapporti tra fase preliminare e processo⁴³.

5. Il contesto normativo di riferimento.

Come anticipato, il panorama in tema di fonti delle indagini difensive risulta decisamente eterogeneo, poiché la materia è regolata da disposizioni di diritto interno, di origine internazionale e comunitaria.

In senso lato, infatti, sono fonti delle indagini difensive tutte quelle disposizioni che sanciscono il diritto di difesa, di cui la materia in oggetto costituisce indubbia manifestazione.

Nell'ambito della normativa internazionale il primo riferimento corre alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948. La dichiarazione, pur avendo un valore meramente programmatico, è stata capace di determinare profondi cambiamenti nell'evoluzione culturale e normativa della società moderna e, per quanto attiene ai nostri fini, ha posto in evidenza proprio il diritto di difesa individuato dall'art. 11: *“1. Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa. 2. Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisca reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso”*⁴⁴.

⁴³ Sia d'esempio l'ammonimento di PISAPIA, *Il codice di procedura penale: cinque anni dopo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 9, per il quale passaggio obbligato di qualsiasi progetto di riforma è costituito da *“una rilettura completa della fase delle indagini preliminari, che ha assunto una fisionomia notevolmente diversa – fino al punto da renderla quasi irriconoscibile – da quella prevista dalla legge delega e disciplinata dal legislatore del 1988”*.

⁴⁴ Cfr. sul punto RANDAZZO E., *Le indagini difensive nel sistema normativo*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 973, ma anche DI MAIO A., *Le indagini difensive, Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, p. 33, il quale afferma che le indagini del difensore siano una *“naturale evoluzione del concetto di difesa”*, individuando proprio nell'art. 11 della Dichiarazione

Sempre nell'ambito delle origini sovranazionali del diritto di difesa, si deve citare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Parigi il 20 marzo 1952 dagli Stati aderenti al Consiglio d'Europa e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848/1955.

Tale norma pattizia rappresenta la prima forma di attuazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, con valore vincolante in quanto appositamente ratificata. L'art. 6, comma 4, delinea analiticamente il contenuto del diritto di difesa: *“Ogni accusato ha diritto soprattutto a: a) essere informato, nel più breve tempo, in una lingua che comprende ed in maniera dettagliata, del contenuto dell'accusa elevata contro di lui; b) disporre del tempo e della possibilità necessari a preparare la difesa; c) difendersi personalmente o con l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha mezzi di pagare un difensore, per poter essere assistito gratuitamente da un avvocato di ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico a pari condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua estera in udienza”*.

Entrambe le disposizioni sono particolarmente rilevanti nel panorama delle fonti delle indagini difensive, perché nonostante non prevedano espressamente il ricorso all'investigazione della parte privata propongono una lettura in chiave attiva e dinamica del diritto di difesa.

La medesima tutela si riviene anche nel diritto comunitario, all'interno della c.d. Costituzione europea, e più in particolare, nella parte II, contenente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ove nel titolo VI in materia di giustizia, possiamo individuare l'art. 107, che assicura il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale: *“1. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste dal presente articolo. 2. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere*

Universale dei Diritti dell'Uomo quel *“concetto dinamico, e non solo necessariamente statico del diritto di difesa, inteso come momento imprescindibile di qualsiasi processo.*

e rappresentare. 3. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”, e l’art. 108, intitolato “Presunzione di innocenza e diritti della difesa”, che recita: “1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato”.

Nel diritto interno, le fonti delle indagini difensive mostrano un’ampia tutela del diritto di difesa concessa dalla nostra Carta costituzionale.

Fra le norme più rilevanti emerge l’art. 24 Cost., comma 2, secondo cui: *“La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”*; l’art. 111⁴⁵ Cost., che senza dubbio riveste maggior peso in tema di investigazioni difensive, così come modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha introdotto nella nostra Carta costituzionale i principi del “giusto processo”. Il “nuovo” art. 111 Cost. sancisce infatti il principio del contraddittorio⁴⁶ nella formazione della prova, e prevede che ogni processo debba svolgersi: *“nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”*.

La Costituzione garantisce, in questo modo, al soggetto accusato di un reato il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa, ma anche il diritto di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa, e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore. Ed è stato proprio il contenuto dell’art. 111 Cost., che ha dato un forte impulso all’evoluzione normativa delle indagini difensive.

Per quanto concerne le fonti normative ordinarie, la disciplina delle investigazioni difensive è oggi posizionata all’interno del codice di procedura penale.

Come si vedrà a partire dal prossimo capitolo, le indagini difensive sono state oggetto di numerosi interventi legislativi succedutisi nel tempo e giunti a

⁴⁵ Cfr. LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 10 e ss..

⁴⁶ Su tale metodo operativo e la sua stretta connessione con il fatto *“che il processo non possa dirsi un’istituzione interamente orientata al vero”*, vedasi FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 297 e ss. Il tema del rapporto fra processo e verità viene affrontato nel medesimo testo a pag. 322 e ss.

conclusione con la legge 7 dicembre 2000, n. 397 che, ancor oggi, costituisce il riferimento normativo per eccellenza.

6. Il codice di procedura penale del 1930.

In questo codice le investigazioni difensive non avevano ricevuto alcun riconoscimento. Il difensore era considerato un mero garante dei diritti dell'imputato, in relazione alle attività svolte dal pubblico ministero e dall'organo giudicante nel corso del procedimento penale.

Sebbene parte della dottrina sosteneva la tesi favorevole alla libertà di investigazione difensiva – considerandola un atto dovuto da parte del difensore – il diritto alla prova e, conseguentemente, le investigazioni difensive, venivano fortemente condizionate da una prassi limitatrice, e osteggiate da un atteggiamento di diffidenza da parte degli stessi ordini forensi. Il comportamento del difensore che avesse avuto colloqui sui fatti di causa con persone indicate quali testimoni, anche se a favore del proprio cliente, veniva considerato censurabile sotto l'aspetto della deontologia professionale e disciplinarmente, poiché ritenuto contrario ai principi di correttezza e di lealtà e lesivo della dignità e del decoro professionale.

In un tale contesto, il Consiglio nazionale forense si era spinto ad affermare che per la consumazione dell'illecito non era necessario che il professionista influenzasse i testimoni, ma un semplice colloquio poteva integrare la violazione, perché dal contatto con i testimoni potevano derivare, anche in totale assenza di "dolo" del professionista, "*suggestioni e turbamenti dell'animo*" dei testimoni, capaci di limitarne "*la libertà, la sincerità e la obiettività*".

Tale atteggiamento tuttavia portava a delle contraddizioni: infatti, se il codice accordava alle parti private la facoltà di richiedere al giudice istruttore o a quello del dibattimento l'ammissione dei testimoni, le regole deontologiche, invece, impedivano all'avvocato di accertare previamente e autonomamente l'utilità della prova. Ne conseguiva che il colloquio con i potenziali testimoni era tabù per la difesa, che era costretta a riferirsi all'autorità giudiziaria per poterli sentire, venendo così privata del potere di controllare previamente le loro dichiarazioni

con conseguenze, in alcuni casi, a dir poco nefaste, ovvero che un presunto teste a discarico avrebbe potuto imprevedibilmente tramutarsi in un decisivo teste a carico!

Una concezione così restrittiva riesce a trovare una giustificazione solo se inserita nella struttura inquisitoria del rito penale di quegli anni: nel codice Rocco, infatti, l'attività del difensore si concentrava prevalentemente nella discussione finale, ed era ben lungi dall'interessare la fase istruttoria di raccolta della prova.

7. L'art. 38 disp. Att. c.p.p. 1988.

L'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1988 comporta finalmente l'inizio del cambiamento⁴⁷.

La “*delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*”, inserita nell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81, conteneva disposizioni che miravano a realizzare nel nuovo codice il sistema accusatorio⁴⁸, secondo principi e criteri quali la “*massima semplificazione nello svolgimento del processo*”, l’*“adozione del metodo orale”* e la “*partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento*”.

Tuttavia, principi come l'incomprimibilità del diritto alla prova, garantita nel codice dall'art. 190 c.p.p., e il principio di parità tra accusa e difesa, non trovavano da subito soddisfacente traduzione nel nuovo codice. Infatti, a fronte di una disciplina analitica e minuziosa dell'attività investigativa svolta dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, contenuta nel libro V del c.p.p., il legislatore

⁴⁷ Sebbene gli anni immediatamente successivi alla novella del 1988 siano stati caratterizzati dallo svilupparsi di una vera e propria “*spirale inquisitoria*”, cfr. TODARO G., *Note in tema di “provata condotta illecita” ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 593.

⁴⁸ In merito alla difficoltà di definire, sul piano della realtà modellistica, un processo che corrisponda esattamente ad un sistema astratto (sia esso accusatorio ovvero inquisitorio), cfr. PIERRO G., *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. Disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 320; CONSO G., *Accusa e sistema accusatorio*, b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 336; GAROFOLI V., *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. Dir. proc. Pen.* 2000, p. 517; COMOGLIO L. P., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.* 1990, p. 119; GAROFOLI V., *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. Dir. proc. Pen.* 2000, p. 517; LEONE G., MENCARELLI F., *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, p. 411.

riservava all'attività investigativa del difensore un'unica disposizione, peraltro collocata al di fuori del *corpus* codicistico, e precisamente nell'art. 38 delle disp. att., approvate con d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271.

Tale norma, rubricata "*Facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova*" era collocata tra le "*Disposizioni relative alle parti private e ai difensori*". La scelta del legislatore delegato di collocare la regolamentazione di una materia tanto delicata non già nel codice, ma all'interno delle disposizioni di attuazione, è stata unanimemente criticata dalla dottrina.

Sorvolando sulla infelice collocazione della norma, va fotografato come la stessa formulazione dell'art. 38 disp. att. si lasciasse facilmente criticare per la sua genericità e lacunosità⁴⁹.

L'art. 38, comma 1, disp. att. si limitava infatti a disporre: "*Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'art. 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni*".

Al comma 2 si puntualizzava che tale attività "*può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati*".

Una normativa mediante la quale il legislatore si limitava a statuire il diritto di difendersi tramite lo svolgimento di un'indagine privata assai lacunosa, senza indicare nulla circa le persone contattabili dal difensore, le modalità dei colloqui e la relativa documentazione, né sul regime di utilizzabilità processuale dei risultati delle investigazioni compiute dal difensore o dai suoi ausiliari.

Ne deriva che l'art. 38 disp. att. si traduceva, diversamente da quanto la sua collocazione voleva indicare presentandola come norma di attuazione del diritto di difesa, in una mera norma programmatica, priva di un contenuto precettivo innovativo.

⁴⁹ Regola censurata da PRESUTTI A., *Indagini difensive e "parità delle armi"*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 613, il quale afferma che "*anche in questo caso, la pochezza del dato normativo racchiuso nel testo riformato dall'art. 38 disp. att. c.p.p. si regge sulla scelta politica di rimettere ad altro specifico intervento legislativo la configurazione organica della disciplina*".

La giurisprudenza⁵⁰, sia di legittimità che di merito, sin dai primi anni di applicazione della norma ha messo alla prova i punti deboli appena riscontrati, operando una lettura estremamente riduttiva e mortificante di un dato normativo di per sé già lacunoso. In particolare ha negato, o per lo meno depotenziato sensibilmente attraverso la c.d. teoria della canalizzazione⁵¹, l'utilizzabilità dei risultati delle indagini del difensore. In sintesi la Corte di cassazione è giunta ad affermare che tutti gli elementi probatori devono essere canalizzati sul pubblico ministero atteso che questi, durante le indagini preliminari, “*non è parte, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale*”, privando così il difensore del potere di assumere autonomamente l'elemento di prova.

Ne discendeva un ambiente ostile, capace di originare diffidenza e sospetto nei confronti della investigazione difensiva e lasciando spandersi l'idea che l'art. 38 disp. att. dovesse – semplicemente – avere lo scopo di assicurare la liceità deontologica dell'attività investigativa condotta dal difensore. Si traghettava così l'interprete dall'idea delle indagini difensive come proiezione indefettibile del diritto di difesa, ad una visione assai riduttiva ed eccezionale delle stesse, peraltro inconciliabile con il sistema accusatorio del nuovo rito penale.

Ne consegue che, alla luce dell'art. 38 disp. att., il divieto statuito nelle norme deontologiche per il difensore di prendere contatto con il potenziale testimone, e in generale di svolgere attività di indagine c.d. “*parallela*” rispetto a quello dell'organo di accusa, aveva perso la sua ragione d'essere. Financo il Consiglio nazionale forense prendeva una posizione favorevole al *trait d'union* tra difensore e persone informati sui fatti per l'espletamento di attività di indagine difensiva, in quanto naturale estrinsecazione del diritto alla prova.

L'esigenza di codificare precise regole di comportamento in tema di indagini difensive cominciava perciò ad essere avvertita, anche in considerazione del vuoto normativo sul punto e, soprattutto, visto che tale attività si presentava come una novità per il difensore. Necessità tanto più urgente in quanto vi era, da un lato,

⁵⁰ Sull'argomento e più estesamente, vedasi anche nel capitolo dedicato all'evoluzione giurisprudenziale, oltre a STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 470 e ss..

⁵¹ *Ibidem*.

l'elasticità e la estrema genericità del dettato dell'art. 38 disp. att., dall'altro, il pericolo per il difensore di commettere illeciti penali come il favoreggiamento personale.

Un pletora di rischi basculanti in capo al difensore che venivano evidenziati nella Relazione della Commissione parlamentare antimafia sul nuovo codice di procedura penale, presentata al Parlamento in data 10 ottobre 1990: *“Infatti il rapporto con i testimoni, e l'indagine su quanto essi sanno, mettono il difensore in una situazione nella quale il discrimine tra richiesta di informazioni e suggerimento della risposta desiderata può diventare sottile. Tanto più che, spesso, il contatto con il teste verrà procurato da parenti, amici e, non raramente, da complici dell'accusato. È auspicabile che vengano a formarsi chiare regole deontologiche soprattutto per le garanzie che il difensore corretto ha il diritto di precostituirsi tanto nei confronti della persona con cui ha preso contatto, quanto nei confronti dello stesso assistito”*.

8. Legge 8 agosto 1995, n. 332.

Nel frattempo, nel diritto positivo, si faceva strada la necessità di un intervento da parte del legislatore realizzatosi poi con la legge 8 agosto 1995, n. 332, recante *“Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa”*.

Volta soprattutto a correggere l'uso distorto delle misure cautelari, tale norma integrava l'art. 38 disp. att. con l'aggiunta di due significativi commi, *2 bis* e *2 ter*, avendo come precipuo scopo l'obiettivo di superare la teoria della canalizzazione e di colmare le lacune ravvisabili nell'originaria versione della norma. In particolare, nel comma *2 bis* recitava che *“il difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa può presentare direttamente al giudice elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare”*, nel comma *2 ter* sanciva che *“la documentazione presentata al giudice è inserita nel fascicolo relativo agli atti di indagine in originale o in copia, se la persona sottoposta alle indagini ne richiede la restituzione”*.

Il legislatore, nonostante perseguisse con questa legge il chiaro obiettivo di svincolare la possibilità di condurre indagini difensive dal filtro del pubblico ministero, non sgombrava il campo dai problemi precedentemente riscontrati, in particolare in ordine al regime di utilizzabilità del materiale raccolto ed al valore probatorio⁵² dello stesso.

Il testo normativo si rivelava perciò incapace di attenuare le riserve opposte da pubblici ministeri e magistrati verso l'indagine privata. In un tale clima di sospetto, il difensore attivo nelle indagini difensive correva il rischio di ritrovarsi incriminato da parte di un pubblico ministero troppo zelante per intralcio alla giustizia⁵³ dei testimoni *ex art. 377 c.p.*, favoreggiamento personale *ex art. 378 c.p.*, oltre a reati associativi di varia natura in concorso con l'assistito.

La necessità di avere un *corpus* aggiornato di regole deontologiche per la classe forense portò, in questa fase, all'elaborazione di una codificazione non solo da parte dell'organo istituzionale di autogoverno dell'avvocatura, il Consiglio nazionale forense, ma anche dall'Unione delle Camere penali italiane, che si era già distinta in passato per la presentazione di una articolata proposta di legge per la disciplina delle investigazioni.

Il Consiglio direttivo dell'Unione e la Consulta dei presidenti delle singole Camere penali, in data 30 marzo 1996 giungevano ad un corpo di 17 articoli⁵⁴, che concernevano i rapporti con i colleghi, con la stampa e le indagini difensive, destinati a far parte di un vero e proprio Codice deontologico del penalista.

Alle indagini difensive venivano dedicati addirittura 13 articoli, e le regole deontologiche si presentavano analitiche e rigorose, consentendo loro di svolgere un ruolo sostitutivo, in assenza di altrettante chiare disposizioni normative, e rappresentando un vero e proprio *vademecum* per i professionisti.

⁵² La Cassazione con sentenza del 17 ottobre 2007, n. 43349, ha chiarito che le dichiarazioni assunte dal difensore dell'indagato nell'ambito di attività difensiva hanno lo stesso valore probatorio astratto delle dichiarazioni acquisite dal pubblico ministero salva la valutazione di attendibilità intrinseca dei dichiaranti.

⁵³ Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 479 e ss..

⁵⁴ Il cui testo è reperibile su *Cass. pen.*, 1996, 1357 ss., con introduzione di FRIGO G., *Primi passi del "Codice deontologico del difensore penale"*.

L'adeguamento, da parte dei difensori, a comportamenti conformi a tali norme finiva così per rappresentare indice di genuinità e correttezza nella raccolta di elementi probatori.

9. Legge 16 dicembre 1999, n. 479.

In data 16 dicembre 1999 veniva approvata la l. n. 479 c.d. “*legge Carotti*”, recante “*Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all’ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense*”.

La norma conteneva disposizioni che interessavano le indagini difensive, ed in particolare il nuovo art. 415 *bis* c.p.p. il quale dispone che l’avviso di conclusione delle indagini preliminari – fatto notificare dal pubblico ministero, qualora non debba formulare richiesta di archiviazione, alla persona sottoposta alle indagini e al difensore prima della scadenza del termine previsto dall’art. 405, comma 2, c.p.p., anche se prorogato – deve tra l’altro contenere l’avvertimento che l’indagato ha facoltà entro il termine di venti giorni, di “*presentare memorie, produrre documenti, depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore*”. Nondimeno, anche l’art. 431 c.p.p., già disciplinante la formazione e il contenuto del fascicolo per il dibattimento⁵⁵, veniva aggiornato con l’aggiunta, al comma 2, della seguente previsione “*Le parti possono concordare l’acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all’attività di investigazione difensiva*”. Identica previsione veniva inserita nell’art. 493, comma 3, c.p.p. in tema di richieste prova, e nell’art. 555, comma 4, c.p.p. in relazione al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica.

10. Legge 7 dicembre 2000, n. 397.

⁵⁵ Cfr. Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 169 e ss..

Infine, dopo un lungo periodo di progettazione, in data 07 dicembre 2000, è stata approvata la legge nr. 397,⁵⁶ contenente la disciplina organica delle indagini difensive. Nella relazione di accompagnamento al provvedimento, si legge subito che essa si prefigge come scopo l'attuazione del "giusto processo" introdotto nel rinnovato articolo 111 Cost. dalla legge costituzionale nr. 2 del 1999.

Principi quali la parità delle parti, ma anche del contraddittorio, della ragionevolezza dei tempi e della terzietà del giudice, nonché le garanzie dell'informazione, dei tempi e dei mezzi necessari per la difesa, rappresentano i cardini del giusto processo.

Ma è proprio l'abusato concetto di parità delle parti che costituisce il riferimento costituzionale principale e l'obiettivo concreto della legge 397/2000. Da un punto di vista strutturale – sistematico, vi è chi ritiene che la tanto auspicata equiparazione tra pubblico ministero e difensore possa considerarsi attuata. Secondo questa tesi, l'introduzione, nel libro quinto del codice ("*indagini preliminari e udienza preliminare*"⁵⁷) di un titolo VI *bis* relativo alle investigazioni difensive accanto al titolo IV dedicato all'attività del magistrato, appare come valido supporto a tale teorica equiparazione. In secondo luogo, dal fatto che nelle disposizioni generali dello stesso libro di contro agli articoli 326 e 327, dedicati alla direzione e allo scopo delle indagini preliminari, venga posto l'articolo 327 *bis*. Questo, rubricato "*attività investigativa del difensore*", permette ad esso di svolgere fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito. E ciò può avvenire anche per mezzo di sostituti, consulenti tecnici ed investigatori privati⁵⁸ autorizzati.

Tuttavia questa formale equiparazione deve essere riscontrata anche sul piano pratico, a prescindere dalla collocazione delle norme all'interno del codice,

⁵⁶ Grazie a novella sulla difesa attiva, come rileva GAETA P., *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, p. 123, è terminato il monopolio investigativo del pubblico ministero. Nello stesso senso, MADDALENA M., *Per la difesa libertà di investigare, facoltà e diritti, nessun dovere*, in *Dir. e giust.*, 2000, 40-41, p. 8.

⁵⁷ Cfr. LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 225 e ss..

⁵⁸ Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 169 e ss..

verificandone l'effettiva parità attraverso il vaglio delle concrete disposizioni di legge ed ai poteri che esse attribuiscono ai difensori.

Una novità di rilievo introdotta dalla 397/2000 è costituita dal fatto che le investigazioni difensive possono essere compiute non solo quando e già in corso il procedimento penale, ma anche quando è solo eventuale la sua instaurazione (art. 391 *novies* c.p.p., intitolato *attività investigativa preventiva*⁵⁹); ad esempio: una persona temendo di poter essere coinvolta nelle indagini per una rapina, pur senza essere indagata, potrebbe dare incarico al suo difensore di svolgere investigazioni preventive per documentare il suo alibi.

Inoltre, così come già era previsto per il pubblico ministero, anche il difensore può compiere attività integrativa di indagine successivamente al rinvio a giudizio (v. nuova formulazione dell'art. 430 c.p.p.).

11. L'evoluzione giurisprudenziale.

Come anticipato durante l'analisi del panorama normativo, le posizioni prese dalla giurisprudenza in merito alle indagini difensive, dal 1989 ad oggi, sono sostanzialmente due. La linea di separazione può essere considerata la legge 332 dell'8 agosto 1995 che, con le innovazioni apportate all'articolo 38 delle norme d'attuazione, sovverte l'unanime orientamento precedente da parte della giurisprudenza.

Prima che il legislatore intervenisse in favore della posizione difensiva con questa legge, si era consolidata una profonda disparità tra accusa e difesa, in virtù della predetta "teoria della canalizzazione" affermatasi come la *ratio* comune di ogni decisione. In cosa consistessero le fondamenta di questa tesi, è presto detto.

Premesso che nell'esercizio del diritto alla prova si compiono le attività di ricerca, individuazione e acquisizione dei mezzi di prova, il difensore, secondo tale posizione giurisprudenziale, poteva solo ricercare ed individuare i mezzi di

⁵⁹ Vedasi più oltre, nel capitolo dedicato ai termini temporali.

prova senza avere la possibilità di acquisirli, ritenendosi che per tale attività fosse preposto il solo pubblico ministero⁶⁰.

Ne consegue che ad esso non restava altro da fare che “canalizzare” il *thema probandum* verso il pubblico ministero⁶¹, per sollecitarlo all’acquisizione, in virtù dell’obbligo previsto dall’articolo 358 c.p.p.

Al fine di far luce sulla *ratio* di questo orientamento unanime, risulta opportuno fare un esempio: se il difensore, dopo averla ricercata, avesse individuato una persona informata sui fatti, non sarebbe stato idoneo all’assunzione di informazioni dalla stessa, ma avrebbe dovuto chiedere al magistrato di procedere all’acquisizione.

Rebus sic stantibus, si era venuto a creare un ruolo difensivo privo di autonoma valenza probatoria e del tutto servente rispetto all’accusa.

Alla domanda sul perché la giurisprudenza – di merito prima e quella di legittimità poi – intese attestarsi su una posizione del genere, non si può rispondere in maniera univoca, ma possono individuarsi numerose ragioni.

In primo luogo si trattava di un’opzione coerente con la scelta codicistica di attribuire al magistrato del pubblico ministero una funzione difensiva *ex* articolo 358 c.p.p. (non era colpa dei giudici se esso era stato costantemente disatteso).

Non vi erano soluzioni alternative, a fronte della vaghezza dell’articolo 38 delle norme di attuazione che si limitava ad un’enunciazione di principio e per nulla descrittiva, pur essendo l’unica disposizione in merito.

Poiché il difensore non rivestiva la qualifica di pubblico ufficiale, venendo così escluso dall’applicazione delle norme previste in materia di false informazioni al magistrato *ex* art. 371 *bis* c.p. e falsità in atti *ex* artt. 476 e 479 c.p., non dava adeguate garanzie di attendibilità e autenticità. Il nodo centrale poggiava sull’assunzione di informazioni da persone informate, che venivano considerate mere scritture private non affidabili quanto alla loro genuinità.

⁶⁰ Ovviamente ad esso si sostituiva il giudice una volta terminata la fase delle indagini preliminari.

⁶¹ Dominus della fase e unico organo ritenuto incaricato, nell’interesse generale, della raccolta e del vaglio dei dati positivi e negativi connessi a fatti di potenziale rilievo penale.

Infine vi erano molti pregiudizi da parte di chi fino al giorno prima aveva visto il difensore intento alla sola preparazione della discussione finale, mentre ora lo ritrovava nelle vesti di investigatore.

Perciò si potevano riscontrare perplessità di carattere sia oggettivo che soggettivo alla base di quella interpretazione giurisprudenziale fortemente restrittiva dell'articolo 38 att., riassumibile nella nota "teoria della canalizzazione".

Un passo in avanti possiamo registrarlo allorché il legislatore, con la legge 332 dell'8 agosto 1995, diede un'interpretazione autentica alla norma di attuazione. Furono aggiunti all'articolo 38 att. i commi 2 *bis* e 2 *ter*, nei quali si precisava che il difensore poteva presentare "*direttamente al giudice*" gli elementi ritenuti utili ai fini della decisione da adottare e che questi poi sarebbero confluiti nel fascicolo delle indagini.

La giurisprudenza dovette prendere atto dell'intervento chiarificatore e cambiare la propria posizione, a beneficio di un riequilibrio del rapporto accusa – difesa.

La diretta conseguenza fu una rielaborazione della facoltà di svolgere indagini difensive, tale che il difensore poteva ricercare, individuare ed anche acquisire i mezzi di prova. Nel farlo formava veri e propri atti del procedimento, in quanto vero e proprio soggetto procedimentale che legittimamente esercitava una facoltà lui attribuita dal codice di rito; tali atti erano utilizzabili al pari di quelli formati dal magistrato del pubblico ministero, in virtù dell'affermata parità formale. Infine, il destinatario non si identificava più nel pubblico ministero, bensì nel giudice terzo capace di fornire assolute garanzie di imparzialità.

Come spesso accade, vi furono decisioni contrastanti tendenti a considerare ancora l'indagine difensiva come un'attività privata, che consentiva al difensore non la raccolta o formazione di prove⁶² utilizzabili in giudizio, ma la formulazione

⁶² Sul tema delle prove, vedasi CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 283 e ss.. Pur trattate brevemente, in PICCIALI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007, pag. 84 e ss., le tavole nr. 33, 34 e 35 rappresentano degli schemi relativi alle prove, ai mezzi di prova ed ai mezzi di ricerca della prova, utili ad una prima visione d'insieme del tema.

di richieste perché l'autorità giudiziaria assumesse dette prove. Si trattò in ogni caso di decisioni sporadiche e minoritarie.

Sembrerebbe di poter concludere sostenendo la realizzazione della tanto conclamata parità in seguito all'intervento del 1995, ma non è così.

A dimostrazione, si ritiene, di come sull'orientamento precedente influissero molto poco ragioni di carattere normativo e ben più riserve mentali di stampo inquisitorio, la giurisprudenza trovò comunque il modo di limitare il valore delle indagini difensive.

Non potendo, infatti, più contestare nulla in relazione alla formazione e presentazione della prova, spostò l'attenzione sul momento successivo, ovvero sulla valutazione della prova fornita.

Si legga cosa affermava una delle più significative pronunce della Cassazione in merito: *“Gli atti investigativi compiuti dal difensore ai sensi dell'articolo 38 disp. att. c.p.p., essendo formati da un soggetto del procedimento nell'esercizio di una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento al fine di essere esibiti al giudice, che ha il dovere di prenderli in considerazione al momento della decisione, hanno il valore di atti del procedimento, per cui il loro risultato probatorio è utilizzabile tanto quanto quello degli atti di indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero”*, tuttavia, *“La valutazione del contenuto degli atti investigativi della difesa rimane affidata al prudente apprezzamento del giudice, il quale, nell'esercizio del suo libero convincimento⁶³, deve comunque tenere conto della diversità di disciplina esistente tra l'indagine condotta dal titolare della funzione d'accusa e quella del difensore, ed in particolare della circostanza che gli elementi forniti dalla difesa sono circondati da una minor garanzia di veridicità, dato che alle dichiarazioni raccolte ai sensi dell'articolo 38 disp. att. c.p.p. non si applicano gli articoli 371bis, 476 e 479 c.p., né le rigorose modalità di documentazione cui devono attenersi gli organi inquirenti”*.

Il difensore poteva svolgere la propria indagine privata, essendo libero di ricercare, individuare, acquisire i mezzi di prova e quindi formare e presentare la

⁶³ Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 328 e ss..

prova ma, unico inconveniente di non poco conto, il giudice l'avrebbe considerata meno genuina, meno attendibile.

Mancava ancora un passo (molto grande) per avvicinarsi alla sospirata parità: fare in modo che i giudici valutassero con lo stesso metro di giudizio gli atti presentati dal difensore e quelli forniti dal magistrato del pubblico ministero.

A tutt'oggi questo passo non è stato completato ed è allora opportuno chiedersi se, in futuro, l'orientamento giurisprudenziale muterà. Degli ostacoli già in passato frapposti dalla giurisprudenza alla parità delle parti, uno rimane perniciosamente incardinato nei pregiudizi che trovano la loro base nelle irrisolte riserve mentali.

Il trattamento difforme ad accusa e difesa che è stato presente nel passato, ma che appare legittimo temere sarà presente anche in futuro, è determinato dal fatto che le investigazioni della difesa sono tutt'ora affette da mille pericoli per la genuinità dei frutti che ne conseguono.

Le innovazioni legislative, fra l'altro, non hanno inciso sulla facoltà giurisprudenziale di considerare differentemente, fin dal 1989, le indagini difensive, perciò si può ben paventare un protrarsi della situazione di squilibrio oramai consolidatasi.

12. Note sui principi di deontologia forense.

Se, da un lato, il filone argomentativo sinora tracciato ha sottolineato la legittimazione dell'indagine privata, dall'altro il perimetro normativo che ne statuisce i poteri disegna altresì il sottile confine che separa l'agire lecito da comportamenti illeciti, ovvero quella che possiamo definire una zona grigia nella quale l'operato del difensore può assumere rilevanza di natura penale.

In tale contesto, il pacchetto delle regole deontologiche sembrerebbe offrirsi quale naturale rimedio tanto alle devianze quanto per supportare l'agire legittimo del difendersi indagando.

I principali riferimenti deontologici si appuntano sulle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, nell'elaborazione

dell'Unione delle Camere Penali Italiane, nel Codice deontologico forense – dal quale sono stati estratti solo gli articoli rilevanti – e nel Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali, effettuato per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria.

I codici deontologici, come noto, non costituiscono fonte del diritto, in quanto privi di quella forza cogente tipica degli atti normativi, e pertanto sono incapaci di innovare l'ordinamento giuridico. Essi si traducono in canoni di natura etica, adatti ad orientare il comportamento professionale e l'attività dei soggetti destinatari, la cui violazione rileva esclusivamente in sede disciplinare.

Si osservi che, mentre l'art. 327 *bis*, comma 1, c.p.p. definisce il compimento di attività di investigazione difensiva in termini di facoltà (ovvero secondo le norme processuali il difensore è libero di scegliere se effettuare simili indagini) non essendovi obbligato da alcuna norma, l'art. 3 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive – nell'elaborazione dell'Unione delle Camere Penali Italiane, intitolato “*Dovere di valutazione*”, che recita: “*Il difensore, fin dal momento dell'incarico e successivamente fino alla sua conclusione, ha il dovere di valutare, in relazione alle esigenze e agli obiettivi della difesa, la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni ...*” – introduce un vero e proprio capovolgimento di prospettiva.

La storia della deontologia forense degli ultimi 10 lustri, tuttavia, ha suggestionato il difensore con indirizzi ben diversi. Durante il vigore del codice di rito del 1930 la giurisprudenza del Consiglio nazionale forense si era attestata su una linea di particolare intransigenza e chiusura al rapporto professionale tra difensore e testimone, censurando in più occasioni il comportamento di chi, a prescindere dall'effettivo pregiudizio per la genuinità della fonte, avesse interagito con il testimone. Il timore di ledere la sincerità e l'obiettività della deposizione⁶⁴ imponeva di evitare qualsiasi contatto con esso.

⁶⁴ Cfr. al riguardo, Cons. naz. for., 8 gennaio 1976. Vedi anche Cons. naz. for., 17 febbraio 1973, *ivi*, 1975, p. 243: “*Viene meno ai doveri di dignità e di decoro l'avvocato che, nella qualità di difensore dell'imputato, si sia recato ad interpellare alcuni testimoni munito di apparecchio registratore ed abbia raccolto le loro deposizioni al fine di produrre in dibattimento i relativi nastri*” non essendo annoverabile tra i mezzi che la legge fornisce per ovviare alle ingiustizie “*quello di sentire privatamente coloro che dovranno essere chiamati innanzi al giudice, raccogliere le loro dichiarazioni ed eventualmente registrarle*”; Cons. naz. for., 29 giugno 1985, *ivi*, 1986, p. 80: “*E' principio consolidato di deontologia professionale che non sia conforme alla*

Tuttavia – nonostante un simile baluardo deontologico – in tale fase non esisteva alcuna norma che autorizzasse il difensore ad indagare, ritenendo tali poteri appannaggio esclusivo della parte pubblica. Né, d’altro canto, si può ritenere che le pronunce del Consiglio nazionale forense, pur gravide di implicazioni sull’operato dei difensori, abbiano il compito di legittimarne l’azione. Compito, questo, da attribuirsi al sistema processuale ed ai riferimenti costituzionali.

Piuttosto, le norme deontologiche debbono essere prese quale riferimento e, questo sì, bastione dell’affidabilità del risultato investigativo in termini di lealtà e correttezza dell’indagine privata, in quanto capaci di ammantare di genuinità il prodotto della ricerca di parte già legittimata dal sistema.

Due profili, dunque, fra loro ben distinti: legge processuale e professionale.

L’una deputata alla legittimazione, e l’altra tesa a preservarne l’autenticità.

Il primo separa l’inchiesta preliminare dal processo, il secondo offre le garanzie necessarie alla genuinità del prodotto di parte, le quali rivestono maggior importanza nei contesti decisori non afferenti il merito dell’imputazione, dove risulta carente il metodo del contraddittorio. Infatti, è proprio in tale sede che l’etica professionale assume maggiore rilevanza, asseverando il prodotto di una libera attività investigativa da altra fonte – la legge processuale, appunto – già legittimata. Dunque, una deontologia forense avente scopi ancillari alla legge processuale, ma essenziali all’effettivo diritto di difendersi indagando⁶⁵.

Tuttavia la sequela esposta soffre la crisi derivante dalle eccezioni al principio del contraddittorio.

dignità e al decoro professionali il comportamento dell’avvocato che, per qualsivoglia motivo, avvicini il testimone per acquisire notizie sui fatti di causa”.

⁶⁵ Si discute di “ruolo di “supplenza”, rappresentando per gli avvocati penalisti un autentico vademecum per il compimento delle investigazioni difensive”, TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 82, con specifico riferimento al compito svolto dalle regole deontologiche, approvate dall’Unione delle Camere penali italiane il 30 marzo 1996, anticipatorie del successivo codice deontologico forense. Più in generale, si addossa alle norme deontologiche una “funzione integrativa” delle povere disposizioni contenute nell’originario – poi modificato – art. 38 disp. att. c.p.p., RANDAZZO E., *Rapporto tra indagini difensive e codici deontologici*, in AA. VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI L., Padova, 2001, p. 537. I due punti di vista, nondimeno, assegnano alla deontologia una finalità che essa viene ritenuta in grado di assolvere compiutamente allorché il sistema sia improntato alla netta separazione tra fase preliminare e processo, poiché, in caso contrario, non possiede autorevolezza per fare apprezzare l’elemento unilaterale come prova genuina valutabile in giudizio.

In simili evenienze, infatti, il timore di minor affidabilità dei risultati investigativi aumenta considerevolmente, in quanto si pretende di offrire dei materiali prodotti unilateralmente per incidere sulla decisione che investe il merito dell'imputazione.

La modifica, pur in via eccezionale, del metodo di accertamento, integra una vera e propria deroga alla regola processuale posta a cardine del sistema, imponendo l'ausilio della forma a garanzia della sostanza. Ma non è sufficiente prescrivere la forma nelle regole deontologiche, affette da un potenziale sanzionatorio assai debole, per sostenere il passaggio di livello dell'elemento in prova. Soltanto l'elevazione dei protocolli comportamentali deontologici a legge processuale⁶⁶ lo consente. Ne deriva che, anche dopo l'ingresso nel sistema processuale della legge sulle indagini difensive, appare una pia illusione pensare di affidare alla disciplina professionale una finalità gregaria di autenticazione delle prove. Ora che l'indagine privata è autorizzata a formare prove, la garanzia sulla loro genuinità non può certo venire dalle sole norme deontologiche, le quali mancano dell'autorità necessaria, pur continuando ad esercitare uno stimolo fondamentale al rispetto della lealtà e della correttezza professionale.

13. Il Codice deontologico forense.

Il primo Codice deontologico – tralasciando una legge professionale risalente all'anno 1874⁶⁷ – fa la sua prima apparizione soltanto con l'approvazione da parte del Consiglio nazionale forense il 17 aprile del 1997, successivamente oggetto di ripetuti aggiornamenti, sino all'attuale versione del Codice deontologico approvato dal C.N.F. nella seduta del 31 gennaio 2014, pubblicato nella G.U. del 16 ottobre 2014 n. 241 ed entrato in vigore con decorrenza dal 15.12.2014.

⁶⁶ Cfr. TRIGGIANI N., *Le indagini difensive*, cit., p. 82, per il quale appare addirittura indubitabile che le regole deontologiche elaborate dall'Unione delle Camere penali italiane nel 1996 “*abbiano, in qualche modo, rappresentato una vera e propria anticipazione della disciplina contenuta nella l. n. 397/2000*”, confermando la trasformazione – avvertita come necessaria – del canone professionale in legge processuale.

⁶⁷ Attualmente, la legge professionale forense è contenuta nella l. 31.12.2012 nr. 247, pubblicata nella G.U. del 18.01.2013.

La deontologia forense risulta inoltre arricchita, a livello interno, dal Codice di deontologia e buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, entrato in vigore con decorrenza dal 01 gennaio 2009 e, a livello sovranazionale, dal Codice deontologico degli Avvocati Europei, risalente al 28 ottobre 1988 e nella più recente Carta dei Principi fondamentali dell'Avvocato Europeo, adottata in data 24 novembre 2006.

L'ampiezza del divario temporale, che separa i due provvedimenti fondamentali per l'esercizio della professione d'avvocato nel territorio nazionale, dà l'idea di quanto sia stato difficile identificare la natura delle regole deontologiche, inizialmente intese quali precetti di carattere etico la cui violazione andava esente da sanzioni di qualsivoglia natura. Tale connotazione si traduceva nell'inefficacia delle linee guida tracciate dalla normativa.

Nonostante tale assunto, le regole deontologiche sono da ritenere norme giuridiche appartenenti al complesso dell'ordinamento professionale. In questo senso depone la legge professionale forense precedente, emessa con r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito in l. 22 gennaio 1934, n. 36 e successive modificazioni, nonché nel relativo regolamento di attuazione approvato con r.d. 22 gennaio 1934, n. 37, che imponeva agli avvocati di adempiere al loro ministero con dignità e decoro (art. 12), ne prevedeva la sottoposizione a procedimento disciplinare per chi si rende colpevole di abusi, mancanze o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro nell'esercizio della loro professione (art. 38) e, infine, prescriveva una vera e propria sanzione giuridica – non meramente morale – per la violazione delle regole deontologiche, irrogata al termine di un procedimento giurisdizionale che contemplava, in fase finale, il controllo di legittimità delle sezioni unite della Corte di cassazione (art. 56)⁶⁸.

Si trattava di una sanzione giuridica dal contenuto disciplinare capace di condizionare la sfera professionale del legale che ne veniva affetto. La legge sulle indagini difensive ha promosso le regole deontologiche a norme processuali,

⁶⁸ La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto espressamente che le norme deontologiche hanno natura di norme giuridiche. In merito, cfr. Cass., Sez. un., 23 marzo 2004, D. c. Cons. Ord. Avv. Treviso, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 3; Cass., Sez. un., 6 giugno 2002, Silvestro c. Cons. Ord. Avv. Udine, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2441.

determinando un'ulteriore conseguenza alla violazione delle norme deontologiche: l'inutilizzabilità processuale dell'atto. Grazie all'art. 391 *bis* comma 6 c.p.p. – il quale collega all'inosservanza dei protocolli formali tanto il divieto di utilizzo dell'atto, quanto l'integrazione dell'illecito professionale – si assiste alla singolarità di una norma processuale che legittima l'irrogazione anche di una sanzione disciplinare.

Tale codificazione perveniva quindi a compimento nei primi mesi del 1997, fornendo il proprio contributo alla formazione di una coscienza etica comune all'interno dell'avvocatura. L'opera riassumeva i precetti deontologici già presenti ed applicati quotidianamente dagli organi forensi oltre che dalla giurisprudenza disciplinare – intesa, quest'ultima, quale fonte di primo rilievo nella deontologia forense – provvedendo a tradurli in forma scritta.

Tuttavia, per le medesime ragioni, l'evolversi della cultura difensiva introdotta dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, modificava anche i canoni dell'agire già cristallizzati, i quali dovevano conformarsi al nuovo ruolo assegnato al difensore, eliminando prescrizioni obsolete o contrastanti con la nuova legge processuale⁶⁹.

Le Regole di comportamento del penalista nelle indagini difensive, elaborate dall'Unione delle Camere penali italiane nel 2001, affrontano tale opera di ammodernamento. Sul versante codicistico, peraltro, si rilevava la modifica effettuata sull'art. 52 – deputato a regolare, in generale, i rapporti tra l'avvocato e i testimoni – nel quale pervenivano specifiche regole di condotta che il difensore era tenuto a seguire nello svolgimento delle indagini difensive. La collocazione appariva, per certi aspetti, discutibile, e imponeva un preliminare chiarimento sul concetto di “*testimone*”. In particolare, il precetto fondamentale, che vietava all'avvocato di “*intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto del procedimento con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti*”, permaneva operativo ritenendo censurabile l'agire del difensore che intenda influenzare il testimone.

⁶⁹ Cfr. RANDAZZO E, *Rapporto tra indagini difensive e codici deontologici*, cit., p. 536, nt. 2, il quale rileva la *ratio* del rigore a cui vennero conformate le regole deontologiche originarie, al fine di sopperire la carenza di considerazione che penalizzava l'efficacia delle indagini difensive al vaglio della giurisprudenza, con specifico riferimento all'epoca di enunciazione della teoria della “canalizzazione”.

Egli, pur abilitato al contatto con le fonti di prova dichiarativa, poteva esperire la propria opera soltanto nelle fasi in cui esse rappresentino testimoni allo stadio meramente potenziale, venendogli difatti vietato – così come è vietato al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria – il colloquio con persone ammesse come testimoni ai sensi dell'art. 507 c.p.p., o indicate in una richiesta di incidente probatorio, ovvero oggetto di integrazione di prove in udienza preliminare *ex art.* 422 comma 2 c.p.p. o, ancora, inserite nella lista testimoniale di cui all'art. 468 c.p.p. (art. 430 *bis* c.p.p.).

In buona sostanza, nonostante l'apertura in tal senso, la legge sulle indagini difensive ha introdotto la facoltà di ottenere un contatto fra il difensore ed il “potenziale” testimone, ma laddove questi si trasformi in autentico testimone⁷⁰ la norma poneva il divieto di interagire con esso.

Per quanto concerne la rimanente parte dell'art. 52, suddiviso in ben sedici regole comportamentali a specificazione del primo canone complementare in tema di facoltà di investigazioni difensive, spicca la previsione del dovere – egualmente rivolto al difensore di fiducia o d'ufficio – di valutare la necessità o l'opportunità di svolgere indagini in favore del proprio assistito in relazione alle esigenze e agli obiettivi della difesa, riconoscendo al difensore la scelta dell'oggetto, dei modi e delle forme in cui compiere le investigazioni, come pure dell'eventuale utilizzazione dei risultati ottenuti. La disposizione prosegue trattando il rapporto dell'avvocato con i propri collaboratori – sostituti, consulenti tecnici, investigatori privati autorizzati –, l'ampiezza del segreto professionale, la conservazione della documentazione redatta e il divieto di corrispondere indennità o compensi alle persone interpellate. Le regole che seguono si conformano al tenore del codice di procedurale penale, con l'eccezione di imporre il dovere di riprodurre integralmente il contenuto delle informazioni assunte, eventualmente sostituibili con una forma riassuntiva se accompagnata dalla riproduzione fonografica.

⁷⁰ Recepito solo in parte, cfr. DANOVÌ R., *Ordinamento forense*, cit., p. 138, il quale considera decisamente superato dal nuovo processo penale l'iniziale principio di estraneità del patrono alla lite, avanzato per garantire la libertà dei testimoni di esprimersi nella loro naturale sede processuale. Si tratta di un principio che può dirsi ancora vigente allorché lo si riferisca al divieto di interazione con il soggetto già testimone, essendosi ammesso il contatto con il difensore – tramite la legge sulle indagini difensive – nella limitata fase in cui quel soggetto rappresenti una semplice persona informata sui fatti e non sia ancora, tecnicamente, un testimone.

Il regolamento del 1997, nonostante i ripetuti aggiornamenti, ha subito un precoce logorio costringendo il Legislatore del 2012 a intervenire statuendo, con la legge professionale forense attualmente in vigore n. 247 del 31.12.2012, pubblicata nella G.U. del 18.01.2013, che il codice deontologico deve prevedere una serie di “*principi*” ai quali l’avvocato deve uniformarsi, esercitando la professione, e “*norme di comportamento*” che è tenuto a rispettare in via generale, oltre a quelle che è tenuto ad osservare specificamente nei rapporti con certi soggetti. La nuova legge forense ha inoltre statuito la necessità di tipizzare, “*per quanto possibile*”, i comportamenti disciplinarmente rilevanti, dovendo altresì recare l’espressa indicazione della sanzione applicabile in caso di violazione.

La norma, la cui applicazione era ispirata al principio del *tempus regit actum*, tentava – per quanto possibile – di conservare il precedente assetto deontologico e del corredo giurisprudenziale formatosi negli anni.

Il nuovo codice è composto da settantatre articoli raccolti in sette titoli: il primo (artt. 1–22) individua i principi generali; il secondo (artt. 23–37) è riservato ai rapporti con il cliente e la parte assistita; il terzo (artt. 38–45) si occupa dei rapporti tra colleghi; il quarto (artt. 46–62) attiene ai doveri dell’avvocato nel processo; il quinto (artt. 63–68) concerne i rapporti con terzi e controparti; il sesto (artt. 69–72) concerne i rapporti con le Istituzioni forensi; il settimo (art. 73) contiene la disposizione finale. Esso formula una tipizzazione delle regole di comportamento secondo il binomio: principi generali e condotte ritenute lesive, e la giurisprudenza del C.N.F. la individuava “*solo nella misura del possibile*”.

Oggi tale assunto si rinviene nel sintagma “*per quanto possibile*” adottato dall’art. 3 della legge n. 247/2012 e che deve essere inteso nel senso che “*di regola*” l’illecito è tipico o tipizzato – secondo l’interpretazione giurisprudenziale – ma può essere ricostruito anche sulla base della norma di chiusura, che è contenuta nella legge forense medesima (articolo 3, comma 2)⁷¹.

Venendo ora al nucleo centrale del nuovo codice in tema di investigazioni difensive, assume centrale evidenza l’articolo 55, intitolato “*Rapporti con i*

⁷¹ Cfr. Alpa, *Un modello “misto” di regole deontologiche per comportamenti corretti degli avvocati*, in *Guida al Diritto*, 31/2013, 25 ss..

testimoni e persone informate”, il quale, nel riprendere i contorni del precedente⁷² art. 52, già intitolato “*Rapporti con i testimoni*”, individua alcune modifiche riguardanti, sostanzialmente, il comma 2, il quale richiama le previsioni della legge processuale (art.391 *bis* e ss. c.p.p.) e le indicazioni contenute nella delibera del Garante per la protezione dei dati personali n. 60 del 6 gennaio 2008.

Tramite detto richiamo, sono state omesse tutte le indicazioni comportamentali già comprese nelle norme processuali e quelle contenute nella richiamata deliberazione del Garante, denominata “*Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali per svolgere investigazioni difensive*”, in quanto richiamate nel predetto comma.

I commi 4, 5, 6, 7 e 8 ripropongono, invece, alcune regole fondamentali che il difensore deve rispettare nell’attività di investigazione, desunte anche da chiarimenti ed interpretazioni della giurisprudenza processuale. Appare di un certo rilievo, a tal proposito, la regola contenuta nel comma 9 che prevede l’obbligo della preventiva informazione⁷³ ai prossimi congiunti della persona imputata, o sottoposta alle indagini, della facoltà di astenersi dal rispondere, estesa anche alla fase della indagini preliminari ed all’attività di Polizia Giudiziaria dalla giurisprudenza di legittimità, così da allineare l’attività del difensore a quella del Pubblico Ministero e della stessa Polizia Giudiziaria, anche e soprattutto in riferimento alla ipotesi di reato prevista dall’art. 371 *ter* c.p. in tema di false dichiarazioni al difensore.

Il comma 11 dell’art. 55 prevede, infine, una modifica significativa rispetto alla analoga disposizione contenuta nel canone 1 punto 16 dell’art. 52 del codice

⁷² Già in vigore sino al 14/12/2014.

⁷³ Per una caratterizzazione giurisprudenziale delle differenze fra gli avvertimenti della facoltà di non rispondere somministrati dal difensore e dal contraltare pubblico, nei rispettivi atti, cfr. Cass. Pen. Sez. III, 6 ottobre 2009, n. 46682 e, più di recente, Cass. Pen. Sez. III, 25 settembre 2013, n. 41484 per la quale la *ratio* degli avvertimenti preliminari previsti dall’art. 391 *bis* c.p.p., è distinta rispetto quella che fonda l’art. 199 c.p.p., in quanto “*i primi attengono al rapporto tra il difensore e la persona sentita e si collegano alle specifiche modalità e cautele con cui il difensore deve procedere all’effettuazione delle indagini difensive (...). La cautela prevista dall’art. 199 c.p.p. , invece, si collega al rapporto che le persone sentite all’indagato e mira a rendere le prime edotte del’obbligo di verità e della possibilità loro concessa, solo in virtù del citato legame personale, di astenersi dal rispondere quando ritengano che il rispetto dell’obbligo di verità possa dare origine a situazioni sotto qualsiasi profilo pregiudizievole. Tuttavia, secondo GALLUCCI G., Facoltà di astenersi dal deporre dei prossimi congiunti e investigazioni difensive, in Cass. Pen., 2011, p. 221, le affermazioni della Corte debbono considerarsi fondate su una “motivazione del tutto coincisa, se non “sbrigativa” e, comunque, assolutamente oscura circa il percorso logico ed ermeneutico adottato”.*

previgente; in luogo infatti della dizione “*il difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni né al suo difensore*” si prevede, ora, il divieto di consegna di tale copia, e tale previsione è giustificata da una serie di considerazioni. Fra queste, l’equiparazione del difensore al Pubblico Ministero, come chiarito dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; la conseguente segretezza dell’atto di indagine difensiva fino all’eventuale deposito del verbale nel fascicolo del P.M.; l’obbligo di segretezza che grava sul difensore ai sensi della previsione di cui al comma 3 dello stesso art. 55; la scelta indiscutibile del difensore di non utilizzare il verbale di dichiarazioni rese dal soggetto interpellato, cosicché l’eventuale consegna dello stesso verbale alla persona che ha reso le informazioni o al suo difensore comporterebbe una potenziale lesione del diritto di difesa conseguente alla divulgazione di un atto che lo stesso difensore potrebbe decidere di non utilizzare mai.

Nel suo complesso, si tratta di una sequela modificativa dei regolamenti forensi che ha contribuito a migliorare la cultura della correttezza che deve ammantare il difensore, *a fortiori* se impegnato nella indagini difensive. L’idea che le norme deontologiche possano fruttare una maggiore garanzia sulla genuinità della prova, tuttavia, si rivela un miraggio.

Se le risultanze difensive continueranno a godere di una simile efficacia probatoria, allora la giurisprudenza pretenderà – giustamente – di vederne cristallizzato il rigore formale in seno alla stessa legge processuale, l’unica capace di garantire un accettabile tasso di affidabilità mediante la minaccia della più temuta sanzione di natura processuale: l’inutilizzabilità dell’atto compiuto.

Ne consegue che per restituire dignità e finalità giuridica alla regola deontologica connessa alla difesa attiva della parte privata, l’opera deve senz’altro passare attraverso il riesame dell’intero sistema processuale.

14. Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive.

L’Unione delle Camere penali italiane, in seguito all’approvazione della legge sulle indagini difensive, provvedeva – con delibera urgente del 17.11.2000 ad opera della Giunta dell’organismo – a sospendere l’efficacia delle norme

deontologiche risalenti al 1996, divenute incompatibili con la nuova disciplina sull'investigazione della parte privata.

Il vuoto regolamentare venutosi a creare esige un'opportuna copertura realizzata – in via temporanea – mediante un corpo di otto articoli adottati con delibera del 16 gennaio 2001⁷⁴. In data 14 luglio 2001⁷⁵, il Consiglio dell'Unione delle Camere penali emanava le “*Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*”.

Il testo, composto da 16 articoli, abrogava le direttive deontologiche risalenti al 1996 per affiancarsi alla disciplina contenuta nel Codice deontologico forense, espressamente richiamato dall'art. 1 comma 1 delle stesse Regole di comportamento. Parte della dottrina ha inteso che tale compendio regolamentare assolvesse la funzione di supplire la normativa in tema di modalità di assunzione, documentazione e utilizzazione dell'indagine privata⁷⁶. Come più volte ribadito, tuttavia, l'accelerazione verso la formazione unilaterale della prova non appare rimediabile mediante il dettato deontologico, ma esclusivamente attraverso una legge processuale che restituisca agli esiti dell'indagine difensiva il valore di prova genuina.

Infatti, per rimediare all'incapacità di supplenza normativa delle regole forensi in termini di credibilità e genuinità dei risultati – provvedendo a rinforzare lo statuto sulle indagini difensive mediante la minaccia di inutilizzabilità dei risultati così ottenuti – si finirebbe per indebolire ciò che si desidera rinforzare. Il coacervo di norme regolamentari e processuali alle quali si perverrebbe darebbe linfa alle pastoie che già affliggono le investigazioni private.

Quindi, si accolgano senza timori le norme ordinistiche tese a preservare l'agire difensivo all'interno dei parametri di trasparenza e lealtà, purché vengano

⁷⁴ Il testo della delibera è pubblicato in *Guida dir.*, 2001, n. 4, p. 120 e ss..

⁷⁵ A commento delle nuove norme deontologiche, si segnala RANDAZZO E., *Per un corretto funzionamento del processo sedici articoli operativi dal 15 maggio 2001*, in *Guida dir.*, 2001, n. 23, p. 111 e ss.

⁷⁶ Cfr. RANDAZZO E., *Rapporto tra indagini difensive e codici deontologici*, cit., p. 358, il quale tuttavia evita di assegnare alle sole norme deontologiche valore di esaustività. Vedi anche DANOVÌ R., *Dopo la rivalutazione delle indagini difensive solo piccoli ritocchi ai codici deontologici*, in *Guida dir.*, 2001, n. 2, p. 10.

limitate al contesto disciplinare senza pretendere funzioni esuberanti la natura deontologica che le contrassegna.

Il contesto nel quale un intervento normativo risulterebbe più efficace per risolvere – una volta per tutte – le patologie in atto, ivi comprese quelle in disamina, si appunta sul rapporto tra fase preliminare e processo. In particolare, l'utilizzo delle risultanze formate unilateralmente dalle parti appare come un male non necessario.

Curato in tal senso, l'intero sistema gioverebbe di rinnovata credibilità e non sarebbe più necessario contornare di orpelli deontologici l'indagine privata allo scopo di sostenerne l'autenticità, laddove si formino prove sul merito dell'imputazione. Il contesto disciplinare, riappropriatosi dei suoi compiti naturali, potrebbe così garantire un corretto *modus operandi* difensivo nelle fasi che più gli competono, vale a dire assicurare l'affidabilità dell'indagine difensiva nelle sedi decisorie in cui non si formano prove.

La violazione disciplinare, pur riverberandosi sulla minore affidabilità delle risultanze, non coinvolgerebbe l'inutilizzabilità dell'atto, proprio in quanto lo scopo finale di tali esiti non si appunta sull'uso probatorio sul merito dell'imputazione.

Infine, sarà il principio del contraddittorio, pur conformato alle aperture dettate dalle sue eccezioni, a garantire la genuinità dei prodotti delle indagini nel dibattimento, quale sede di naturale formazione delle prove.

CAPITOLO 2

LE MODALITÀ OPERATIVE ATTRIBUITE ALLA DIFESA

SOGGETTI

Sommario: 15. Introduzione: 16. Difensore; 17. Sostituto; 18. Consulente; 19. Investigatore privato.

15. Introduzione.

Il passaggio dalla precedente conformazione delle indagini difensive all'attuale statuto normativo delle investigazioni, è stato realizzato mediante l'evoluzione verso il diritto di difendersi formando prove. Pietra miliare della transizione, la legge 397/2000 ha consentito la tipizzazione dei soggetti, tempi, luoghi, forme e utilizzazione della documentazione prodotta dal difensore.

Tuttavia, nonostante il Legislatore abbia tentato di fornire agli interpreti un quadro chiaro del perimetro operativo, l'opera si espone a traduzioni meno limpide. Basti pensare all'art. 327 *bis* comma 1 c.p.p., il quale attribuisce al difensore il potere di “*ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito*”, individuando chiaramente la finalità dell'indagine difensiva.

Ma quale significato attribuire alle estensioni di tale affermazione?

La ricerca, dopo aver necessariamente perquisito il bacino degli elementi a favore del proprio assistito, può allungarsi in direzione di altri soggetti acquisendo materiale *contra alios*?

La domanda accetta una prima risposta quando si considera la posizione del difensore della persona offesa dal reato, il quale, per svolgere delle investigazioni che siano a favore del proprio assistito, deve necessariamente ricercare elementi a carico di altro soggetto, ovvero il potenziale o già attuale indagato.

Una seconda considerazione, di ordine generale, poggia sull'evidenza che il metodo più naturale per discolarsi consiste nell'individuazione dell'altrui responsabilità. Ciononostante, la natura privata dell'indagine difensiva, fonte – di per sé – di implicazioni negative in tema di valutazione del materiale raccolto, impedisce di elevare il difensore allo stesso livello del pubblico ministero nella ricerca di elementi *contra alios*.

La sostanza della questione è racchiusa nella possibilità che tali elementi possano – o meno – divenire prove utilizzabili dal giudice per fondare la propria decisione sul merito dell'imputazione, e sui pericoli che discendono dall'indagine privata laddove sia capace di formare unilateralmente le prove.

Se lo scopo primario della tipizzazione delle prescrizione modali e formali di tale indagine consiste nell'assicurare la genuinità del materiale offerto in valutazione, allora non appare razionale limitare il difensore nella ricerca dei soli elementi a discarico del proprio assistito. I pericoli congeniti al materiale difensivo costringono – ancora – a considerare il difensore quale mero istruttore, mentre la naturale posizione a lui attribuita dall'art. 327 *bis* c.p.p., lo presenta nella più congeniale veste di inquirente.

16. Difensore.

Opportunamente inserito fra l'art. 327 c.p.p., che attribuisce al pubblico ministero le indagini preliminari, e l'art. 328 c.p.p., che pone in capo al giudice per le indagini preliminari la competenza della componente procedimentale, l'art. 327 *bis* c.p.p. conferisce al difensore la facoltà di “ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito”, pur comprimendolo immediatamente “nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI bis” e subordinandolo ad “un incarico professionale risultate da atto scritto”.

Il perimetro si presenta senz'altro ragionevole per quanto concerne la legittimazione a investigare, sia dal punto di vista soggettivo⁷⁷ quanto temporale,

⁷⁷ Cfr. Bricchetti R., *L'attività investigativa del difensore*, in Aa. Vv., *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI L., Padova, 2001, p. 111, secondo il quale l'assunzione formale della qualità di difensore “è la condizione perché l'attività di ricerca della prova possa

condizionando l'esordio di tali delicate attività alla certezza del conferimento. Parimenti, non risulta altrettanto assennato limitare tale conferimento ad uno specifico mandato⁷⁸ a investigare, perché per tale via si escluderebbe – inopportuno – che il difensore d'ufficio possa esercitare tale facoltà, tanto nel caso di assistiti irreperibili, quanto in assenza di un contatto diretto con il cliente.

In buona sostanza, il potere difensivo delineato dall'art. 327 *bis* c.p.p. si presenta come un effetto connaturato alla nomina a difensore, a prescindere tanto dall'instaurazione del procedimento penale⁷⁹, quanto dal deposito dell'atto di nomina⁸⁰ presso l'autorità giudiziaria.

La legittimazione soggettiva, infatti, richiede la mera qualifica sostanziale di difensore individuabile nel semplice atto di nomina, a prescindere dall'eventuale incarico aggiuntivo inerente uno specifico onere investigativo⁸¹, tantomeno dalla

dirsi processualmente protetta". Vedi anche RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 91, il quale precisa come l'improprio utilizzo legislativo del termine "incarico" potrebbe spingere a distinguere il vero e proprio mandato difensivo dal generico incarico a investigare, a prescindere da una nomina in senso tecnico. Tuttavia, seguendo tale filo logico, non si spiegherebbe come il soggetto, che avesse ricevuto l'incarico professionale a investigare, possa chiamarsi "difensore", qualifica che la legge richiede a monte concentrando la legittimazione a svolgere l'investigazione.

⁷⁸ Tuttavia, i costi legati ad un incarico difensivo attivo hanno spinto la dottrina a ritenere necessario, rispetto al mero incarico difensivo, un accordo ulteriore che dovrebbe sussistere nel rapporto cliente – avvocato, al fine di verificarne l'opportunità. Cfr. SPANGHER G., *I profili soggettivi*, in AA. VV., *Le indagini difensive*, Milano, 2001, p. 153. Analogamente PAOLOZZI G., *Fase prodromica della difesa*, cit., p. 21, il quale argomenta dal tenore del comma successivo dove si prevede che "la facoltà di cui al comma 1 può essere attribuita". *Contra*, GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, p. 59; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 173; VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 29. Ciò posto, permane legittimo ritenere che nell'evolversi del mandato professionale il difensore paventi in via preventiva – anche solo verbalmente – all'assistito l'intenzione di svolgere indagini difensive. Infatti, solo a fronte di una possibile solvibilità il legale sarà motivato a procedere.

⁷⁹ Effettivamente, l'art. 391 *nonies* c.p.p. consente lo svolgimento delle investigazioni difensive in via preventiva "per l'eventualità che si instauri un procedimento penale", statuendo la facoltà di esercitare l'attività inquirente a prescindere dalla contestuale pendenza di un procedimento penale, con il solo ulteriore accorgimento di richiedere in tale caso un mandato apposito, rilasciato con sottoscrizione autenticata, rispondente ai contenuti indicati dal comma 2 della disposizione citata.

⁸⁰ CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 4, il quale fotografa nell'incarico professionale un "fatto giuridico meta processuale che legittima il difensore ad attivarsi". Vedi anche GRISOLIA, *sub art. 327 bis c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA A. e SPANGHER G., Milano, 2007, p. 2978; GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 59; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 174.

⁸¹ Cfr. art. 2 comma 1 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, che legittima lo svolgimento delle investigazioni difensive dal momento della nomina "senza necessità di specifico

formalità – pur necessaria per rendere opponibile la propria qualifica processuale nella sede giudiziaria⁸² – del deposito della nomina.

Posto che il Legislatore non ha inteso attribuire alcun potere di indagine alla persona sottoposta alle indagini⁸³, delegando il solo difensore all'esercizio di tali poteri, l'art. 99 comma 2 c.p.p. statuisce una regola di ordine generale, secondo la quale il difensore non può agire contro la volontà del cliente. La norma riconosce all'interessato un potere di veto tale da paralizzare, ovvero limitare, l'attitudine all'indagine del difensore nominato, dovendo ritenersi che, in difetto di siffatta manifestazione d'intenti – contestuale o successiva al conferimento dell'incarico – la semplice nomina abilita il difensore all'attività di investigazione⁸⁴.

Secondo tale ricostruzione, “*l'incarico professionale risultante da atto scritto*” indicato dalla norma, sembrerebbe tradursi nella mera assunzione della qualità di difensore. Tuttavia, a valle delle argomentazioni sinora articolate e alla luce dell'art. 99 comma 2 c.p.p., il quale riconosce la validità del conferimento della nomina in forma orale, il requisito della forma scritta si traspone in un adempimento legale voluto dal Legislatore *ad probationem*, anziché *ad*

mandato”. Cfr. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 92; TRANCHINA G., *L'investigazione difensiva*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2004, p. 166; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 174. Ciò posto, nell'ipotesi in cui il contrasto tra il difensore e l'assistito divenga insanabile – perché il difensore ritiene di non poter adempiere all'incarico senza svolgere indagini difensive, o perché l'assistito si rende conto che, in difetto di tali indagini, il proprio legale non sarebbe in grado di adempiere al mandato conferito – si rivengono, quanto meno per la difesa fiduciaria, gli ulteriori istituti del rifiuto o della rinuncia all'incarico o, rispettivamente, della sua revoca.

⁸² Cfr. art. 2 comma 1 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, che legittima lo svolgimento delle investigazioni difensive dal momento della nomina “*indipendentemente dal deposito dell'atto di nomina presso l'autorità giudiziaria*”. Occorre certamente rilevare che nell'attuale versione delle Regole di comportamento scompare qualsiasi riferimento alla necessità che la nomina sia contenuta in un atto di conferimento avente data certa, prescrizione originariamente contenuta nell'art. 2 comma 2 del citato regolamento.

⁸³ Evidenza che il legislatore ha riconosciuto soltanto il difensore quale destinatario della disciplina delle indagini difensive, rimanendo indifferente verso le attività che la parte privata può intraprendere in sede extrapenale, purché nella sfera del lecito, CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 15.

⁸⁴ Come già indicato, cfr. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 92; TRANCHINA G., *L'investigazione difensiva*, in SIRACUSANO – GALATI – TRANCHINA - ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2004, p. 166; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 174. Fermo restando che, laddove il contrasto tra il difensore e l'assistito divenga insanabile – perché il difensore ritiene di non poter adempiere all'incarico senza svolgere indagini difensive, o perché l'assistito si rende conto che, in difetto di tali indagini, il proprio legale non sarebbe in grado di adempiere al mandato conferito – sovrangono, quanto meno per la difesa fiduciaria, gli ulteriori istituti del rifiuto o della rinuncia all'incarico o, rispettivamente, della sua revoca.

substantiam, nel senso che gli atti di indagine compiuti dal difensore, oralmente nominato, risultano validi ed efficaci al pari di quelli confezionati dal legale nominato con atto scritto, richiedendosi soltanto che entrambi i nominati siano in grado di esibire in forma scritta la prova dell'instaurato rapporto sostanziale, nelle sedi in cui fosse richiesto⁸⁵.

Pertanto, interpretando restrittivamente il dettato di legge, la nomina – anche conferita con dichiarazione orale – deve “risultare” – vale a dire essere documentata – mediante atto scritto ai fini della mera opponibilità della qualifica ai terzi, senza condizionare la validità degli atti comunque compiuti⁸⁶.

Viceversa, per quanto concerne l'ipotesi di incarico di investigazioni preventive, posto che secondo l'art. 391 *nonies* comma 2 c.p.p. è previsto il necessario conferimento dello specifico mandato “*con sottoscrizione autenticata*”, il Legislatore ha senz'altro inteso statuire un ulteriore requisito di validità implicante la forma non soltanto scritta, ma anche solenne, in questo caso senz'altro pretesa ad *substantiam*⁸⁷.

Il complesso normativo, quindi, esclude ogni autonoma ricerca in capo all'assistito, subordina l'esplorazione dei sostituti, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici all'incarico del difensore, lasciando solo a quest'ultimo il ruolo di *dominus* della investigazione privata, connotando l'indagine come una

⁸⁵ Un esempio classico di nomina conferita oralmente è quella dell'indagato che rende una dichiarazione orale all'autorità procedente che la documenta tramite verbale. Pare chiaro ritenere che soltanto una lettura estensiva consentirebbe di individuare una nomina in forma scritta in quel verbale, trattandosi in realtà di nomina orale, ancorché documentata. Laddove si considerasse la forma scritta prescritta *ad substantiam*, pertanto, gli atti investigativi compiuti dal difensore così nominato sarebbero invalidi, trattandosi di nomina irrimediabilmente conferita in forma orale.

⁸⁶ Cfr. TRANCHINA G., *L'investigazione difensiva*, cit., p. 166, il quale interpreta il dettato normativo alla luce dell'art. 27 disp. att. c.p.p., relativo alla documentazione del mandato difensivo conferito “*quando è richiesto*”, riconnettendo il requisito formale all'esigenza dimostrativa di far emergere con certezza assoluta la qualità di difensore per svolgere un'attività tanto delicata quale l'investigazione difensiva, che rifugge indici meramente presuntivi del conferimento dell'incarico insiti in comportamenti implicanti uno svolgimento di fatto delle relative funzioni.

⁸⁷ Nonostante la prassi diffusa in tal senso, l'autenticazione della sottoscrizione non costituisce adempimento prescritto per il conferimento della nomina a difensore nell'ambito di procedimento penale già instaurato. Cfr. in tal senso GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 59, nt. 2; VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 29, nt. 13. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. V, 7 giugno 1995, Anselmi, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2745; Cass., Sez. III, 10 dicembre 1992, Della Bona, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 459.

derivazione di primo grado nei confronti del difensore⁸⁸, e di secondo grado verso gli altri soggetti a ciò abilitati dalla norma.

L'effetto combinato di norma e deontologia⁸⁹ spinge il difensore alla difesa attiva, ma attraverso stimoli diversi. Mentre la legge attribuisce una facoltà, i codici comportamentali forensi gravano in misura maggiore sul difensore e, facendo leva sull'etica professionale, gli impongono di agire. Il bilancio finale consente – in ogni caso – un margine discrezionale connesso alla necessità o alla opportunità⁹⁰ delle indagini.

Fra le opportunità che la difesa può cogliere, rientra senz'altra la citata possibilità di chiedere la collaborazione di sostituti, investigatori privati o consulenti tecnici, mediante un contratto di prestazione d'opera che, tuttavia, in assenza di una precisa indicazione normativa, non si ritiene debba rivestire la forma scritta *ad substantiam*⁹¹. Infatti, laddove si ritenesse necessaria per la validità dell'atto non soltanto la delega, bensì anche la forma scritta, ne deriverebbe una inopportuna limitazione all'utilizzo del materiale raccolto dai soggetti incaricati oralmente⁹², senza che ciò possa giovare in alcun modo all'esigenza di assicurarne una maggiore genuinità. Piuttosto, appare come una mera esigenza di ordine pratico la possibilità per i soggetti incaricati di poter

⁸⁸ In questo caso il potere investigativo del difensore, non essendo diretta conseguenza della norma, deriva dall'assenza di volontà contraria dell'assistito. Si coglie pertanto una netta differenza rispetto all'autentica posizione di *dominus* nella fase delle indagini preliminari che compete al pubblico ministero, la cui legittimazione inquirente è attribuzione diretta di legge che non tollera margini di discrezionalità o valutazioni di opportunità nella fase di determinazione. Si nota una simmetria speculare tra la posizione inquirente del pubblico ministero e del difensore, cfr. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, cit., p. 104.

⁸⁹ Cfr. le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, che attribuiscono al difensore “*il dovere di valutare, in relazione alle esigenze e agli obiettivi della difesa, la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni*” (art. 3) nonché “*la decisione di iniziare e terminare le investigazioni, le scelte sull'oggetto, sui modi e sulle forme di esse*” (art. 4).

⁹⁰ Cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 62, secondo il quale “*la “facoltà” riconosciuta al difensore dall'art. 327 bis c.p.p., costituisce sotto il profilo deontologico un dovere*”.

⁹¹ In senso contrario, cfr. BERNARDI F., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Le attività di indagine*, cit., p. 208; CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 32 e 38; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., 107, il quale reputa senz'altro opportuno formalizzare l'incarico per iscritto.

⁹² Parimenti contrario, cfr. RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo*, cit., p. 37, il quale, paventando che l'interpretazione giurisprudenziale potrebbe ritenere addirittura *implicito* il requisito di forma scritta della delega dal difensore all'ausiliario, lo rende di fatto necessario,

esibire la prova della propria legittimazione a svolgere l'indagine privata, costituendo – anche in questo caso – un requisito formale *ad probationem*.

Pertanto, gli atti compiuti dai sostituti a seguito di delega orale debbono considerarsi processualmente utilizzabili, nonostante la regola deontologica che impone la forma scritta⁹³.

La relazione fra difensore e soggetti incaricati, insorta mediante il conferimento dell'incarico, costringe i secondi al perimetro stabilito dal primo, il quale, in siffatta maniera, esercita la direzione generale dell'investigazione⁹⁴.

L'area di ricerca, quindi, viene disegnata dal difensore quale dominus dell'investigazione, il quale deve necessariamente⁹⁵ individuare i compiti delegati. Secondo tale schema operativo deve intendersi che, da un lato, il difensore abbia il dovere di selezionare soggetti idonei, di informarli in modo dettagliato e specifico sui compiti da eseguire, dall'altro, con l'accettazione dell'incarico i sostituti debbano assumersi il dovere⁹⁶ di compierlo rispondendone personalmente. In siffatta maniera la ripartizione delle responsabilità risulta definita, residuando, in capo al difensore, una zona grigia nella quale egli può

⁹³ Cfr. art. 4 comma 5 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, per cui “*l'incarico agli investigatori privati e ai consulenti tecnici è conferito con atto scritto*”. Il testo suggerisce che una violazione da tale regola sarebbe censurabile in sede disciplinare, ma priva di conseguenze invalidanti in sede processuale.

⁹⁴ Cfr. le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, per cui “*il difensore dà, anche oralmente, le direttive necessarie, cui i sostituti e tali ausiliari hanno il dovere di attenersi, fermi tutti i loro obblighi previsti dalla legge*” (art. 4 comma 2); “*il difensore rammenta gli obblighi indicati al comma 2, con particolare riguardo a quelli relativi agli avvertimenti alle persone con le quali occorre conferire, agli accessi ai luoghi e alla ispezione delle cose, alla eventuale redazione di verbali, al segreto sugli atti e sul loro contenuto, nonché a quello di riferirgli tempestivamente i risultati dell'attività svolta*” (art. 4 comma 3); “*il difensore dà ai sostituti e agli ausiliari le informazioni necessarie e può fornire a essi, anche nell'ipotesi di segretezza dell'atto, copie di atti e documenti, in ogni caso con vincolo di segreto*”.

⁹⁵ Si tratta di una forma di integrazione automatica del contratto di prestazione d'opera la quale difetta, tuttavia, dell'autorità necessaria ad imporsi secondo lo schema di cui all'art. 1339 c.c. per la natura non legale della fonte regolamentare.

⁹⁶ Cfr. art. 4 comma 5 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, che annovera – limitatamente agli investigatori privati autorizzati e ai consulenti tecnici – i doveri di: “*a) osservare le disposizioni di legge, in particolare quelle sulle investigazioni difensive e sulla tutela dei dati personali; b) comunicare le notizie e i risultati delle investigazioni e rimetterne l'eventuale documentazione soltanto al difensore che ha conferito l'incarico o al suo sostituto; c) salva specifica autorizzazione scritta del difensore, rifiutare ogni altro incarico relativo o connesso alla vicenda alla quale attiene quello conferito*”.

essere chiamato a rispondere allorché ometta i doverosi avvisi, controlli e verifiche sul corretto operato dell'incaricato che abbia operato nei limiti del mandato⁹⁷ ricevuto.

Infine, il difensore che approccia l'indagine privata evidenzia due profili.

Il primo riguarda la posizione processuale del soggetto assistito. Senz'altro titolare del potere di delega dell'indagine privata, la persona indagata o imputata, sia essa assistita da una difesa fiduciaria, di ufficio⁹⁸ ovvero di gratuito patrocinio⁹⁹. Nondimeno tale potere compete agli altri soggetti privati, in quanto l'art. 327 *bis* c.p.p. si esprime nel generico termine di “*assistito*”, ivi comprendendo la persona offesa dal reato e le altre parti processuali. Pur non rinvenendosi uno specifico riferimento, l'analisi dello statuto sulle indagini difensive e delle sue correlazioni codicistiche conforta tale considerazione. L'art. 391 *bis* comma 8 c.p.p., ad esempio, vieta espressamente di assistere all'assunzione di informazioni alla persona indagata, alla persona offesa e alle altre parti private, così ammettendo implicitamente che tale attività possa svolgersi nell'interesse di tali soggetti. L'art. 512 c.p.p., nel prevedere la possibile lettura in dibattimento anche degli atti assunti dai difensori “*delle parti private*”, sostiene tale interpretazione.

⁹⁷ Cfr. BERNARDI F., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Le attività di indagine*, cit., p. 208, il quale richiama le categorie della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*. Di parere diverso, nel senso di escludere che il difensore possa essere chiamato a rispondere per atti compiuti da altri, soprattutto con riferimento all'impegno qualificato e autonomo, del tutto sganciato dalla responsabilità del difensore, assunto dagli ausiliari delegati, cfr. DE CARO A., *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3218.

⁹⁸ Cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 32, favorevole all'estensione sia in forza della genericità del dato normativo – l'art. 327 *bis* c.p.p. parla genericamente di “*incarico professionale*”, senza esplicitarne la fonte – sia in ossequio dell'inviolabile diritto di difesa costituzionalmente garantito, di cui le indagini difensive rappresentano fondamentale espressione. Cfr. altresì l'art. 1 comma 2 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, secondo cui “*nessuna distinzione circa i doveri professionali in materia di investigazioni difensive è consentita tra difensore di fiducia e difensore d'ufficio*”.

⁹⁹ Cfr. l'art. 101 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di spese di giustizia) il quale riconosce al difensore dei vari soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato – indagato, imputato, condannato, persona offesa dal reato, danneggiato che intende costituirsi parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria – la facoltà di nominare un sostituto o un investigatore privato autorizzato “*al fine di svolgere attività di investigazione difensiva*”.

Sul fronte del difensore della persona offesa dal reato¹⁰⁰, parte della dottrina ha ritenuto negarne la legittimazione alle investigazioni¹⁰¹, ma tali considerazioni non appaiono condivisibili se si pone attenzione all'evoluzione storica dell'indagine privata¹⁰². Infatti, già durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., il difensore della persona offesa dal reato aveva facoltà di presentare direttamente al giudice il materiale raccolto. Pertanto, se oggi si escludesse la facoltà investigativa per tali soggetti, ne otterremmo una innaturale riduzione delle garanzie introdotte dal legislatore del 1988.

Viceversa, viene loro riconosciuta la possibilità di sollecitare il pubblico ministero alla promozione dell'incidente probatorio *ex art. 394 c.p.p.*¹⁰³, di opporsi alla richiesta di archiviazione *ex art. 410 c.p.p.*, di chiedere al procuratore generale presso la Corte d'appello di disporre l'avocazione *ex art. 413 c.p.p.* o, in generale, per esercitare la facoltà di indicazione degli elementi di prova di cui all'art. 90 c.p.p. Più ancora, l'indagine attivata dalla persona offesa potrebbe inserirsi a sostegno della presentazione di una denuncia o di una querela, ma anche del ricorso immediato al giudice di pace di cui all'art. 21 del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace), tutte circostanze che giustificano anche per la vittima del reato il compimento di attività investigativa preventiva, ai sensi dell'art. 391 *nonies* c.p.p., in forza del

¹⁰⁰ Grazie al meccanismo di cui all'art. 91 c.p.p. vengono legittimati il difensore degli enti o delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato a “*esercitare, in ogni stato e grado del procedimento, i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato*”, ivi compresa l'ipotesi di svolgere indagini difensive a mezzo del proprio difensore.

¹⁰¹ *Contra*, cfr. SANTALUCIA G., *Persona offesa e attività investigativa*, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 449. Ancor più recisamente, cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 63 e ss. Favorevoli all'indagine del difensore della persona offesa anche ARRU A. A., *Le modifiche dell'art. 222 commi 1 e 4 norme att. c.p.p.*, in *AA. VV., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI L., Padova, 2001, p. 511; BERNARDI F., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Le attività di indagine*, cit., p. 208; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 91; VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 26.

¹⁰² Peraltro la giurisprudenza di merito ha riconosciuto – specificatamente – la facoltà di procedere alle indagini difensive anche alla persona offesa, cfr. Trib. Latina, Ord. 17 febbraio 2004.

¹⁰³ Cfr. TRANCHINA G., *L'intervento dell'organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività di indagine*, in *SIRACUSANO – GALATI – TRANCHINA - ZAPPALÀ, Diritto processuale penale*, cit., p. 155, il quale osserva che stando alla lettera dell'art. 391 *bis* comma 11 c.p.p., viene legittimato – senza ulteriori specificazioni il “*difensore*” a richiedere l'incidente probatorio in caso di rifiuto di rispondere opposto dalla persona interpellata – anche il difensore della persona offesa, benché soltanto in sede di indagini difensive, gode oggi di un potere autonomo di richiesta di incidente probatorio.

rinvio da questo operato alla medesima “*attività investigativa prevista dall’art. 327 bis*”, senza limitazioni soggettive di sorta¹⁰⁴.

Infine, venendo ora al difensore delle altre parti private, ivi comprendendo il danneggiato¹⁰⁵ – che non sia anche persona offesa¹⁰⁶ – dal reato, sia degli altri soggetti suscettivi di assumere la veste di responsabile civile o di civilmente obbligato alla pena pecuniaria a processo instaurato, deve senz’altro ammettersi la loro facoltà di esercitare l’indagine preventiva. Infatti, si tratta di un’attività volta a reperire materiale probatorio capace di fornire elementi per un’eventuale costituzione in giudizio e, in caso positivo, utile e talvolta indispensabile, alla stesura di una strategia processuale consapevole¹⁰⁷.

17. Sostituto.

Il termine, ripreso dal ricordato art. 38 disp. att. c.p.p., si presentava originariamente ambiguo in relazione ai poteri concessi a tali soggetti. Oggi la diatriba sul perimetro operativo del sostituto, derivante dal combinato disposto dagli artt. 327 comma 3 e 102 comma 1 c.p.p., può dirsi risolta.

La sostituzione nelle indagini difensive, già intesa nel più ristretto ambito del mero impedimento del titolare e temporalmente confinata a tale contingenza, in quanto ritenuta adagiata ai presupposti della sostituzione processuale¹⁰⁸ deve ritenersi priva di tali limitazioni.

¹⁰⁴ Cfr., GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 74.

¹⁰⁵ In senso favorevole, cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., 26 e 28. In giurisprudenza, cfr. G.I.P. Trib. Urbino, 7 luglio 2001, Fucili, in *Dir. giust.*, 2001, n. 42, p. 50, secondo il quale il difensore del danneggiato ha titolo per svolgere indagini finalizzate alla costituzione di parte civile. *Contra*, in dottrina, GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 83.

¹⁰⁶ Tuttavia la giurisprudenza di merito ha riconosciuto – specificatamente – la facoltà di procedere alle indagini difensive anche alla persona offesa, cfr. Trib. Latina, Ord. 17 febbraio 2004.

¹⁰⁷ Cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 82, il quale non ritiene sussistente il potere di indagine del difensore delle parti private anteriormente all’esercizio dell’azione penale.

¹⁰⁸ Cfr. RANDAZZO E., *Le indagini difensive nel sistema normativo*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 977; TROIANI, *L’indagine difensiva nel processo penale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 224, *Contra*, considera legittimo l’incarico per l’indagine difensiva al sostituto senza riguardo ad eventuali impedimenti del difensore, cfr. BERNARDI F., *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano, 1996, p. 57; CRISTIANI A., *Commento all’art. 38 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 161, nt. 8; *Id.*, *Guida alle*

L'art. 4 della l. 6 marzo 2001, n. 60, in tema di disposizioni in materia di difesa d'ufficio, in modifica dell'art. 102 comma 1 c.p.p., prevede infatti che “*il difensore di fiducia e il difensore d'ufficio possono nominare un sostituto*”, omettendo di riferirsi alle ragioni della sostituzione ed alla sua durata, offrendo al difensore l'opportunità di nominare un sostituto nelle indagini difensive senza costringerlo a porre in essere la sostituzione sulla base di un impedimento. Anzi, viene ammesso l'esercizio contemporaneo dell'indagine da parte di tutti i soggetti abilitati dalla norma¹⁰⁹.

L'art. 96 comma 2 c.p.p., richiamato dall'art. 34 disp. att. c.p.p. in materia di designazione del sostituto del difensore¹¹⁰, statuisce che il difensore deve, mediante dichiarazione resa, o consegnata, o trasmessa con raccomandata all'autorità procedente, riferire sul conferimento dell'incarico. Tuttavia, posto che nulla dice la norma sulla forma scritta, si sposta – nuovamente – il baricentro verso la forma scritta *ad probationem*¹¹¹ e, quindi, sull'indifferenza che tale formalità assume rispetto al potere di delega al sostituto¹¹². Ovviamente, anche in questo caso vi sono ipotesi, quali l'audizione condivisa con il pubblico ministero di cui all'art. 391 *bis* comma 10 c.p.p.¹¹³, che impongono una comunicazione formale.

Sul versante oggettivo, la delega viene definita dall'art. 102 comma 2 c.p.p. il quale statuisce che “*il sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore*”, chiarendone la portata generale e parificando il sostituto al titolare¹¹⁴, pur

indagini difensive, cit. p. 33; GUALTIERI P., *Commento art. 38 disp. att.*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. GAITO, Torino, 2001, p. 2510.

¹⁰⁹ Cfr. CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 33.

¹¹⁰ Cfr. TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 116, il quale, in considerazione del fatto che prima dell'incardinarsi di un procedimento penale non è identificabile un'autorità procedente, esclude la legittimità dell'agire del sostituto nell'investigazione preventiva.

¹¹¹ Vedi *supra*.

¹¹² Le argomentazioni svolte *ut supra*, si estendono *a fortiori* a questa ipotesi, dato che la comunicazione all'autorità giudiziaria risulta ininfluenza sulla nomina al difensore. Cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 88.

¹¹³ Cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 35, il quale ritiene irrinunciabile la comunicazione all'autorità procedente del sostituto designato al fine di farlo godere delle garanzie di libertà statuite dall'art. 103 c.p.p. per il difensore.

¹¹⁴ Cfr. TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 116 e GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, il quale considera “improbabile” una delega afflitta da limitazioni.

nell'ambito del mandato conferito al delegato. L'eventuale *ultra petita* dell'agire del sostituto dovrà essere quindi ricondotto a responsabilità personale del medesimo, senza ritenere configurabile il concorso di colpa. Il perimetro operativo del sostituto, per espressa previsione normativa, si compone degli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p., che ammettono espressamente il sostituto a compiere il colloquio informale con la persona a conoscenza di circostanze utili, a riceverne una dichiarazione scritta da autenticare, ovvero ad assumere informazioni da documentare mediante verbale *ex artt. 391 bis e 391 ter* c.p.p., nonché ad accedere ai luoghi e ad eseguirvi rilievi da documentare mediante verbale *ex art. 391 sexies* c.p.p. Avuto riguardo alla più generale parificazione dei poteri¹¹⁵ fra difensore e sostituto, quest'ultimo potrà senz'altro accedere alla documentazione in possesso della pubblica amministrazione *ex art. 391 quater* c.p.p., nonché richiedere al giudice l'autorizzazione ai fini dell'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico per superare il mancato consenso di chi ne ha la disponibilità *ex art. 391 septies* c.p.p..

Quanto al numero dei sostituti nominabili, il combinato disposto degli artt. 102, 327 *bis* e 391 *bis* c.p.p. riduce tale facoltà di delega ad un solo soggetto, posto che laddove il difensore ritenga voler assegnare più incarichi, potrà farlo soltanto se individuerà un sostituto per ogni attività.

Infine, per quanto concerne l'incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 197 comma 1 lett. d c.p.p., prevista nel caso in cui il difensore abbia effettuato l'indagine privata, essa deve senz'altro ritenersi estesa anche al sostituto delegato all'investigazione. L'identità delle due posizioni processuali, difensore e sostituto indaganti, fissate dall'art. 102 comma 2 c.p.p. in termini di diritti e doveri, si traduce in un veto alla testimonianza del sostituto¹¹⁶ che abbia eseguito l'indagine privata. Infatti, se così non fosse, ne risulterebbe offeso il principio del contraddittorio di matrice costituzionale e lo stesso sistema accusatorio. Tale precetto, sul fronte opposto, vige per la polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 195

¹¹⁵ Differenzia espressamente riferendo di contenuto "generico" e di contenuto "specifico" con riferimento alla nomina del sostituto VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 34.

¹¹⁶ Diversamente, l'investigatore privato ed il consulente tecnico non sono abilitati ad assumere la dichiarazione scritta o le informazioni da verbalizzare, avendo la mera facoltà di assumere le fonti a colloquio informale. Pertanto, in assenza di una disposizione analoga all'art. 102 comma 2 c.p.p. per indirizzata al sostituto, tali soggetti non possono essere oggetto delle incompatibilità proprie del difensore.

comma 4 c.p.p., proteggendo in tal modo la geometria del codice di rito da indebite intromissioni degli esiti delle indagini nel terreno vergine del dibattimento, capace di ricevere i soli contributi formati in ossequio alla regola del contraddittorio e delle sue eccezioni.

18. Consulente.

L'art. 327 *bis* comma 3 c.p.p. attribuisce al difensore la facoltà di ricorrere al consulente tecnico “*quando sono necessarie specifiche competenze tecniche*”, parametro che induce in errore laddove si ritenga necessario un controllo giudiziale su tali competenze.

Infatti, nonostante la norma lasci intendere doveroso un accertamento sulla preparazione tecnica del consulente, essa si traduce nella mera suggestione di preferire soggetti competenti¹¹⁷, senza che ciò si interpreti in una valutazione sulla validità della nomina del consulente e sulla utilizzabilità del materiale da questi raccolto¹¹⁸. Diversamente da quanto prescritto per i consulenti del pubblico ministero ai sensi dell'art. 73 disp. att. c.p.p., non è prevista l'iscrizione del delegato nell'apposito Albo professionale, né il possesso delle specifiche competenze utili all'espletamento dell'incarico, assimilando la figura del consulente tecnico *ex art. 327 bis* comma 3 c.p.p. a quella del consulente extraperitale *ex art. 233* c.p.p.¹¹⁹. Per tale via, si deve perciò intendere che i consulenti delegati per le indagini non debbano essere superiori a due per ciascun

¹¹⁷ Suggestione ritenuta assolutamente superflua da TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 150. Concorde sul punto, BERNARDI F., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Le attività di indagine*, cit., p. 209, che considera tale limite “*di dubbio significato*”.

¹¹⁸ Cfr. APRILE E., *Prova penale e indagini difensive*, in APRILE – SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo la legge sulle indagini difensive e sul “giusto processo”*, Milano, 2002, p. 46.

¹¹⁹ Cfr. KOSTORIS R. E., *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, p. 185., secondo il quale nella fase precedente alla modifica apportata con l. 8 agosto 1995, n. 332 si rilevava la diversa natura del consulente investigativo e di quello extraperitale, riservando a quest'ultimo l'incisività a livello processuale e limitando i poteri del primo alle attività di indagine e di valutazione funzionali alla sola strategia interna dell'ufficio difensivo, suscettive di assumere rilevanza processuale soltanto a seguito di evoluzione in vera e propria consulenza dibattimentale extraperitale.

incarico specifico, lasciando aperta la possibilità di nominare ulteriori coppie per ogni distinta attività investigativa.

Degna di nota è l'opportunità offerta dai commi 1 *bis* e 1 *ter*, grazie ai quali il consulente investigativo può essere autorizzato dal giudice – ovvero dal pubblico ministero prima dell'esercizio dell'azione penale – a esaminare il materiale sequestrato, anche se non ha formato oggetto di perizia, a intervenire alle ispezioni e, infine, a esaminare l'oggetto di queste ultime alle quali non abbia preso parte, attenendosi alle prescrizioni impartite dall'autorità giudiziaria per la conservazione dello stato originario delle cose e dei luoghi e per il rispetto delle persone.

In caso venga disposta perizia, ai sensi del seguente comma 2, il consulente godrà della facoltà di assistere al conferimento dell'incarico del perito di presentare al giudice richieste, osservazioni e riserve, nonché quella di partecipare alle operazioni peritali, anche proponendo al perito specifiche indagini e formulando osservazioni o riserve di cui dovrà darsi atto nella relazione peritale. In tal caso, comunque, il numero dei consulenti di parte non deve essere superiore a quello dei periti *ex art.* 225 comma 1 c.p.p., richiamato dall'art. 233 comma 2 c.p.p..

Per quanto concerne le incompatibilità, i limiti vengono indicati dall'art. 222 comma 1 lett. d c.p.p. – richiamato dall'art. 225 comma 3 c.p.p. cui rinvia il comma 3 della norma in esame – con riferimento al soggetto minorenni, interdetto, inabilitato, affetto da infermità di mente; interdetto – anche temporaneamente – dai pubblici uffici ovvero interdetto o sospeso dall'esercizio di una professione o di un'arte; sottoposto a misure di sicurezza personali o a misure di prevenzione; al soggetto che non può essere assunto come testimone o che ha facoltà di astenersi dal testimoniare o che è chiamato a prestare ufficio di testimone o interprete.

Viceversa, l'art. 197 comma 1, lett. d c.p.p., non comprende il consulente, anche in considerazione del fatto che questi è privo di qualsiasi potere di certificazione di atti a contenuto dichiarativo.

Posto il quadro generale delle potestà attribuite al consulente, questi, ai sensi degli artt. 391 *bis* e ss. c.p.p., ha la facoltà di conferire in modo informale – senza

possibilità di redigere documentazione – con persone in grado di riferire circostanze utili *ex art. 391 bis* comma 1 c.p.p., nonché quella di accedere ai luoghi significativi per le indagini e di svolgere ivi rilievi e accertamenti, documentabili mediante verbale *ex artt. 391 sexies e septies* c.p.p.¹²⁰, ma non anche di accedere agli atti e documenti in possesso della pubblica amministrazione, di esclusiva competenza del difensore o del sostituto appositamente nominato¹²¹.

In tema di garanzie, il consulente, fin dal momento del conferimento dell'incarico, a prescindere dalla comunicazione alla autorità giudiziaria ed anche in sede di indagini preventive¹²², può giovare della medesima tutela offerta al difensore *ex art. 103* c.p.p., con riferimento all'impossibilità di procedere al sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato (comma 2), nonché al divieto di intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni intercorrenti con il difensore, gli altri ausiliari ovvero l'assistito (comma 5), con conseguente inutilizzabilità dei risultati probatori ottenuti in spregio di tali prescrizioni (comma 7).

Diversamente da quanto disposto dalla l. 30 luglio 1990, n. 217 – che disciplinava il gratuito patrocinio – per la quale il consulente tecnico poteva essere nominato soltanto nei casi di perizia¹²³, la possibilità di ricorrere al consulente

¹²⁰ Cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 56, il quale ritiene che tale disciplina impone un irragionevole limite all'agire del consulente difensivo facoltizzato di effettuare rilievi e accertamenti soltanto in occasione dell'accesso ai luoghi, senza avere, ad esempio, titolo per effettuare una consulenza sullo stato psichico della persona, diversamente dai consulenti tecnici del pubblico ministero. Tuttavia, si devono certamente ritenere considerazioni superabili avuto riguardo alla citata assimilazione del consulente investigativo al consulente extraperitale, priva di limiti oggettivi, spaziali o temporali inerenti al tipo di accertamento esperibile.

¹²¹ *Contra* VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 37.

¹²² Cfr. GATTO P., *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano, 2003, p. 164, il quale ritiene che debba rimanere escluso il solo investigatore privato, *ex art. 222* comma 4 disp. att. c.p.p..

¹²³ Per motivi di bilancio, la precedente disciplina prevedeva che i consulenti tecnici, per gli effetti dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, producessero “*limitatamente ai casi in cui è disposta perizia*” (art. 4 comma 2 primo periodo, l. 30 luglio 1990, n. 217). La Corte Costituzionale, con sent. 19 febbraio 1999, n. 33 (in *Giur. cost.*, 1999, p. 251 e ss.) dichiarava l'incostituzionalità di tale previsione, rilevando che l'assistenza da parte del consulente tecnico è “*espressione del diritto di difesa tutte le volte in cui l'accertamento della responsabilità penale richiede il possesso di cognizioni tecniche*” che “*non possono essere proprie del difensore*”. Successivamente, l'art. 9 della l. n. 134 del 2001 introduceva l'art. 9 *bis* della l. n. 217 del 1990, che prevedeva la nomina del consulente tecnico anche da parte del soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato, purché – per evidenti ragioni di economia – “*residente nel distretto di Corte d'appello nel quale pende il procedimento*”.

tecnico viene oggi offerta dall'art. 102 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico in materia di spese di giustizia) anche alla persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato.

Ciò posto, si debbono notare alcune restrizioni. In prima istanza, il consulente tecnico nella disciplina per i non abbienti deve risiedere nel distretto di Corte d'appello in cui pende il processo ai sensi dell'art. 102 comma 1 del d.p.r. n. 115 del 2002. Si tratta di un'ipotesi che, qualora non soddisfatta, esclude dal gratuito patrocinio le spese e le indennità di trasferta indicate dalle tariffe professionali ai sensi dell'art. 102 comma 2 del d.p.r. n. 115 del 2002, come modificato dall'art. 5 della l. 24 febbraio 2005, n. 25.

In secondo luogo, nel caso in cui la consulenza tecnica si riveli superflua ai fini della prova *ex art.* 106 del d.p.r. n. 115 del 2002, nuovamente ciò comporterà l'esclusione della liquidazione delle spese¹²⁴ sostenute per tali attività. Quest'ultima ipotesi impone al difensore del non abbiente una valutazione *ex ante* della capacità della consulenza di incidere sulla piattaforma probatoria offerta al giudice, creando un'inevitabile effetto negativo sulla strategia adottabile.

Infine, anche in questo caso, non si ritiene necessaria la forma scritta *ad substantiam*¹²⁵, limitandosi a tornare utile *ad probationem*.

19. Investigatore privato.

Il combinato disposto degli artt. 38 delle norme di attuazione del c.p.p. e del successivo art. 222 ne armonizzava l'esordio sulla scena processuale con il vigente testo unico delle leggi di pubblica sicurezza¹²⁶, introdusse la figura degli ausiliari del difensore inquirente, quantomeno sino "all'approvazione della nuova disciplina sugli investigatori privati", avvenuta con d.m. n. 269 del 2010. Il coacervo dei precetti che profilavano l'agire degli investigatori privati si rinviene, oggi come allora, sparpagliato tra il codice di rito, le sue norme di attuazione,

¹²⁴ Cfr. DEAN G., *Nuovi profili del patrocinio a spese dello Stato*, cit., p. 611, il quale propone una censura severa della norma.

¹²⁵ *Contra*, VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 38.

¹²⁶ Cfr. il r.d. 18 giugno 1931, n. 773, di approvazione del t.u.l.p.s..

varie leggi di pubblica sicurezza, e nel decreto del Ministero dell'Interno che ne ha regolamentato l'attività.

La prima domanda che emerge durante l'approccio al tema riguarda la natura di tali investigatori visto che l'art. 327 *bis* comma 3 c.p.p., tratta i soggetti che debbono essere previamente "autorizzati". La risposta perviene dall'art. 222 comma 1 delle disp. att. del codice di rito, il quale attribuisce al Prefetto il potere di rilasciare l'autorizzazione a svolgere le indagini difensive "agli investigatori che abbiano maturato una specifica esperienza professionale che garantisca il corretto esercizio dell'attività", ivi compresi di soggetti già in possesso di licenza prefettizia di cui all'art. 134 del t.u.l.p.s.¹²⁷. Attribuzione che viene ripresa dall'art. 4 del citato d.m. n. 269 del 2010, il quale statuisce che gli investigatori debbano svolgere "attività d'indagine, esercitata nel rispetto della legislazione vigente e senza porre in essere azioni che comportino l'esercizio di pubblici poteri, riservate agli organi di Polizia ed alla magistratura inquirente".

Così definito il contesto normativo circa l'attribuzione della qualifica di investigatore privato autorizzato, tali soggetti potranno ricevere l'incarico di effettuare l'attività di indagine privata a seguito del conferimento di uno specifico mandato. Come anticipato, l'onere dimostrativo del ricevimento del mandato ha finalità meramente pratiche, in quanto la forma scritta si ritiene debba rivestire mero carattere *ad probationem*, risultando comunque efficace anche se fornito oralmente.

Più in generale, si deve rilevare un netto distacco fra l'opera dell'investigatore privato e la controparte pubblica. Viene infatti garantita una – più che – opportuna riservatezza delle indagini difensive, alla quale vanno ricollegate pure le garanzie risultanti dal divieto di "procedere al sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato" ai sensi dell'art. 103 comma 2 c.p.p., nonché di eseguire intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra il difensore e i suoi ausiliari o tra questi e i loro assistiti ex art. 103 comma 5 c.p.p., che la norma codicistica – appositamente interpolata in tal

¹²⁷ Il t.u.l.p.s., all'art. 134 comma 1, dispone che "senza licenza del prefetto è vietato ad enti o privati di prestare opera di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari o immobiliari e di eseguire investigazioni o ricerche o di raccogliere informazioni per conto di privati".

senso dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397 – estende anche agli investigatori autorizzati e incaricati in relazione allo specifico procedimento penale.

Secondo una lettura restrittiva dell'art. 222 comma 4 disp. att. c.p.p., il quale condizionerebbe l'agire dell'investigatore alla comunicazione all'autorità procedente dell'intervenuto incarico, parrebbe doversi escludere l'indagine preventiva dell'investigatore, stante l'impossibilità di provvedere – per le ragioni più volte esposte – ad un simile adempimento¹²⁸. Tuttavia si tratta di una interpretazione che si rigetta, in quanto il combinato disposto dagli art. 391 *nonies* e 327 *bis* c.p.p. non impone alcuna limitazione soggettiva, lasciando quindi ritenere che anche l'investigatore privato possa agire in via preventiva, purché munito di apposito mandato.

Infatti, relegare temporalmente la possibilità di godere del supporto dell'investigatore privato¹²⁹ al momento in cui si ha contezza del procedimento penale mediante comunicazione dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato *ex art.* 335 c.p.p., ovvero invio dell'informazione di garanzia ai sensi dell'art. 369 c.p.p., ovvero ancora al ricevimento dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., può tradursi in un'ingiustificata compressione del diritto di difesa.

Da un punto di vista prettamente oggettivo, nel bacino delle attività che possono essere delegate all'investigatore privato vi è l'art. 391 *bis* comma 1 c.p.p., il quale comprende il colloquio informale con persone a conoscenza dei

¹²⁸ Cfr. DI MAIO A., *Le indagini difensive, Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, p. 188; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive, Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, p. 7. *Contra*, con riferimento all'estensione delle garanzie stabilite dall'art. 103 comma 5 c.p.p. nella fase delle investigazioni preventive, purché in presenza del formale conferimento del mandato difensivo e della delega del difensore all'investigatore privato, cfr. MAGI R., *Le indagini difensive, Commento organico alla l. 7 dicembre 2000, n. 397*, Napoli, 2001, p. 28. L'autore sostiene sia necessario garantire la riservatezza dell'indagine difensiva in quanto strumentale all'esercizio del diritto di difesa dell'assistito, a nulla rilevando che essa sia stata delegata in parte a investigatori privati autorizzati. Diversamente, cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, p. 96 e ss., il quale considera opportuno effettuare la prescritta comunicazione, allo scopo di far divenire operanti le garanzie di cui all'art. 103 comma 5 c.p.p.

¹²⁹ Cfr., ARRU A. A., *L'attività investigativa difensiva preventiva*, in *AA. VV., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI L., Padova, 2001, p. 330.

fatti, nonché l'art. 391 *sexies* c.p.p. che menziona l'accesso ai luoghi per compiere rilievi e accertamenti, eventualmente da documentare mediante verbale¹³⁰.

Già si è accennato all'impossibilità per l'investigatore, stante un mancato riconoscimento normativo di poteri certificativi derivanti dalla sua opera, di ricevere dichiarazioni scritte o di assumere informazioni da verbalizzare. Parimenti, si ritiene ragionevole escludere che le sue annotazioni ovvero le fonoregistrazioni possano fare legittimo ingresso nel processo penale quali prove documentali, lasciando, al più, aperta la porta alla sua testimonianza indiretta, stante la sua esclusione dal novero dei soggetti incompatibili con l'ufficio di testimone *ex art. 197 comma 1 lett. d c.p.p.*.

Risolvendo una questione già sottoposta all'attenzione degli interpreti d'oltremare e là tutelata, il Legislatore nazionale, con l'art. 101 del d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115 (Testo unico in materia di spese di giustizia), ha finalmente consentito anche ai soggetti ammessi al gratuito patrocinio di godere del supporto di un investigatore privato, individuabile financo all'esterno del distretto di Corte d'appello presso il quale si svolge il procedimento, fatto salvo, quale unica limitazione, il mancato riconoscimento delle spese e delle indennità previste dalla tariffe professionali.

Infine, poste le facoltà espressamente indicate dalla norma codicistica, si debbono menzionare ulteriori attività da sempre ricomprese nel catalogo che la nozione comune ricollega alle investigazioni quali appostamenti, pedinamenti, sopralluoghi, captazione diretta di comunicazioni o conversazioni attraverso i propri sensi.

Attività oggi definite dall'art. 5 del d.m. 269 del 2010, il quale autorizza espressamente l'investigatore ed i propri collaboratori segnalati ai sensi dell'articolo 259 del Regolamento d'esecuzione t.u.l.p.s., ad esperire “*attività di osservazione statica e dinamica (c.d. pedinamento) anche a mezzo di strumenti elettronici, ripresa video/fotografica, sopralluogo, raccolta di informazioni*”

¹³⁰ Cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 40, il quale ritiene che fra i poteri dell'investigatore si annoveri anche l'accesso agli atti e ai documenti in possesso della pubblica amministrazione, ben potendo il difensore, ai sensi dell'art. 327 *bis* comma 3 c.p.p., delegare gli ausiliari a compiere indifferentemente una qualsiasi delle attività di investigazione così qualificate dal comma 1 della medesima disposizione. Certo, seguendo tali argomentazioni, permane insoluta la domanda sulle ragioni di una espressa previsione normativa sulla legittimazione dell'investigatore avuto riguardo – soltanto – a determinate attività di investigazione.

estratte da documenti di libero accesso anche in pubblici registri, interviste a persone anche a mezzo di conversazioni telefoniche, raccolta di informazioni reperite direttamente presso i locali del committente”.

MODALITÀ DI AZIONE

Sommario: 20. Introduzione; 21. I termini temporali; 22. Il confine territoriale; 23. Colloquio informale; 24. Ricezione di dichiarazione scritta; 25. Colloquio documentato 26. Avvertimenti preliminari; 27. Audizione mediata; 28. Incidente probatorio; 29. Segretazione del pubblico ministero; 30. Acquisizione di documentazione; 31. Accesso ai luoghi; 32. Rilievi ed accertamenti tecnici; 33. Atti non ripetibili; 34. Accertamenti tecnici non ripetibili; 35. Sequestri; 36. Ispezioni.

20. Introduzione.

Il dibattito sulla predicata parità delle armi fra le opposte fazioni, si presenta – fin da subito – squilibrato e destinato a subire limitati interventi anche dal più acuto dei legislatori, sia che si interpreti il concetto di parità quale equilibrio delle forze, sia che lo si traduca nel tentativo di equiparare i poteri riconosciuti alle parti.

La natura e le finalità delle indagini riconosciute all’ufficio difensivo, infatti, pur collocandosi in una posizione antitetica rispetto all’esigenza di perseguire la commissione di reati dello Stato, si adagiano su di un piano distinto e inevitabilmente diverso.

La *ratio* che sottende la pretesa punitiva dello Stato, impone, da un lato, la concessione al pubblico ministero di poteri coercitivi dotati di particolare

invasività, preclusi al difensore¹³¹, dall'altro, un termine temporale delimitato per l'accusa, allo scopo di evitare un irragionevole protrarsi del procedimento penale, ma privo di limitazioni per la difesa, onerata di sostenere istanze soggettive e privatistiche avulse da innaturali limitazioni temporali in nome del diritto di difesa e della facoltà di farlo effettuando l'indagine privata.

La scelta del legislatore di riconoscere il potenziale di prova del materiale delle investigazioni difensive attraverso la sua migrazione verso la fase dibattimentale, e, quindi, la sua valenza nel merito dell'imputazione, ha richiesto una formalizzazione dei modi, tempi e luoghi dell'azione, a garanzia della genuinità degli elementi raccolti. Si tratta di una preferenza che attribuisce al difensore un ruolo "istruttore"¹³² che non risponde alla natura del ruolo difensivo, ben più adatto, come si è detto e si sosterrà più oltre, a compiti inquirenti.

21. I termini temporali.

Avuto riguardo al termine iniziale, il combinato disposto degli artt. 327 *bis* comma 1 c.p.p., che autorizza l'indagine a partire dal "*momento dell'incarico professionale risultate da atto scritto*" e 391 *nonies* c.p.p., che anticipa il termine alla ricezione di "*apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale*"¹³³, abilitano il difensore ad agire, diversamente dal pubblico ministero il quale "deve" esordire le indagini solo dopo la registrazione della notizia di reato, senza imporgli alcun termine iniziale che non sia legato alla mera formalità di ricevere il mandato.

Ne consegue che i requisiti di legittimazione temporale corrispondono a quelli inerenti la legittimazione soggettiva di cui si è trattato *ut supra*. In particolare, l'"*incarico professionale*" menzionato in relazione al procedimento penale

¹³¹ In merito alla mancanza di poteri autoritativi che attribuiscono il carattere pubblico all'inchiesta condotta dal difensore, cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 126 e 127.

¹³² Cfr. NOBILI M., *Un rimedio impossibile: l'istruttoria del difensore* (1993) ora, rivisto, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998; Id., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?* In *Dir. Pen. e processo*, 2001, 12.

¹³³ Per un'analisi giurisprudenziale dei presupposti dell'agire difensivo in via preventiva, cfr. Cass. Pen. sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 46270.

pendente non coincide, per struttura e contenuti, con l'”*apposito mandato*”¹³⁴ richiesto con riguardo al procedimento instaurando. Infatti, mentre l'incarico professionale non richiede la forma scritta *ad substantiam*, essendo validi ed efficaci gli atti difensivi compiuti a seguito di nomina orale, il mandato, *ex art. 391 nonies* comma 2 c.p.p., richiede una “*scrittura privata autenticata*” pur senza imporre una previa comunicazione all'autorità giudiziaria procedente, la quale, peraltro, non è individuabile attesa la fase preventiva al procedimento penale.

Sotto il profilo meramente contenutistico, il mandato anticipato si arricchisce con “*la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce*” ai sensi dell'art. 391 *nonies* comma 2 c.p.p., non richiesti espressamente per l'incarico a procedimento già instaurato¹³⁵.

La dizione “*per l'eventualità che si instauri un procedimento penale*” statuisce l'assenza del confine iniziale delle indagini preventive mediante un duplice significato. Da un lato si riferisce all'ipotesi nella quale il procedimento non sia ancora iniziato¹³⁶, dall'altro si estende alla possibilità nella quale il procedimento, già pendente, risulti sconosciuto¹³⁷ all'indagato ed alla sua difesa¹³⁸.

Infatti¹³⁹, qualora si ignori tale pendenza per carenza dei presupposti di ostensione del registro delle notizie di reato o di invio dell'informazione di

¹³⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia – Milano, sez. III, 2 agosto 2010, n. 3322, nella quale, per legittimare l'indagine preventiva, si evidenzia la necessità di una “*sottoscrizione autenticata*” che “*contenga la nomina del difensore nonché l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce*”.

¹³⁵ Cfr. GATTO P., *Le investigazioni preventive del difensore*, cit., p. 126 e ss., il quale, riferendo sui pericoli insiti nella prescritta indicazione dei “*fatti*” a contenuto del mandato preprocedimentale, individua una trappola insidiosa per il rischio di ingenerare improvvidi sospetti nella stessa autorità inquirente. Anticipando il rimedio offerto dalle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive – che, nell'ultima versione, limitano l'enunciazione “*in modo sintetico al solo fine della individuazione dell'oggetto di tale attività, con esclusione di ogni riferimento ad ipotesi di reato*” (art. 2 comma 2) – Gatto suggerisce di interpretare restrittivamente l'adempimento come riferito non ai fatti di reato, bensì all'oggetto delle investigazioni.

¹³⁶ Cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 114, il quale ritiene che tale eventualità decada nel momento in cui si perviene all'iscrizione del nome dall'indagato nel registro delle notizie di reato, senza alcun riguardo al fatto che lo stesso ne abbia conoscenza.

¹³⁷ Cfr. TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 193, il quale ritiene che l'indagine preventiva si estenda alle ipotesi nelle quali un soggetto non conosca tale pendenza, in quanto perché non ancora indagato – per mancata iscrizione del suo nome nel registro delle notizie di reato, ovvero iscrizione a carico di ignoti o di altra persona individuata – ovvero perché, pur essendo indagato, non abbia ricevuto alcun atto che certifichi con giuridica certezza la conoscenza.

¹³⁸ Cfr. DE CARO A., *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 3192.

¹³⁹ Cfr. TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 193.

garanzia – o giungendo essa non tempestiva laddove incorporata nell’avviso di indagini già concluse – l’indagato, privato della norma di cui all’art. 391 *nonies* c.p.p., non avrebbe titolo per difendersi attivamente.

La distinzione fra il regime dell’indagine privata contestuale o preventiva, appare evidente in relazione al profilo soggettivo.

Sotto un primo aspetto, si è messo in relazione il potere in parola al solo difensore del potenziale indagato sull’assunto che, in generale, il nuovo sistema delineato dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, non abiliti espressamente a investigare – a differenza dell’abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. – il difensore della persona offesa, attuale o potenziale, dal reato¹⁴⁰.

Parimenti, si è esclusa analoga legittimazione in capo al difensore delle possibili parti eventuali – parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria – in quanto figure che attualizzano la propria consistenza processuale soltanto dopo l’esercizio dell’azione penale¹⁴¹. In misura censurabile, si è affermato che nella fase delle indagini preventive il difensore non avesse titolo per delegare l’attività a sostituti, consulenti tecnici e investigatori privati autorizzati, riconoscendo come limitato all’ambito oggettivo – e, quindi, non soggettivo – il rinvio all’”attività investigativa prevista dall’art. 327 bis” ai sensi dell’art. 391 *nonies* comma 1 c.p.p.¹⁴². Si tratta di una irragionevole compressione del dato normativo ad una lettura ristretta in quanto il termine assistito comprende, senza dubbio, tutti i soggetti potenzialmente interessati al futuro esercizio del diritto alla prova. Pertanto, laddove il legislatore ha ritenuto di rinviare alle “attività” di cui all’art. 327 bis c.p.p., pare legittimo interpretare una completa estensione a tutte le investigazioni sperimentabili, ivi comprese quelle delegabili agli ausiliari, con l’unica eccezione dell’investigatore privato autorizzato, ingessato dall’impossibilità di effettuare la comunicazione dell’incarico ad un’autorità “*procedente*”, secondo il dettato dell’art. 222 comma 4 disp. att. c.p.p. che consentono l’attribuzione dei poteri di indagine all’investigatore privato.

¹⁴⁰ Cfr. SANTALUCIA G., *Persona offesa e attività di investigazione*, cit., c. 449 e ss..

¹⁴¹ Cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 82, il quale assume che il difensore delle parti private non abbia poteri di indagine prima dell’esercizio dell’azione penale.

¹⁴² Cfr. ARRU A. A., *L’attività investigativa difensiva preventiva*, cit., p. 330.

Viceversa, il perimetro oggettivo dell'indagine preventiva trova invalicabili confini laddove debba tradursi mediante “*atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria*” ex art. 391 *nonies* comma 1 c.p.p., quali la richiesta al pubblico ministero di audizione condivisa delle persone che abbiano rifiutato il colloquio, ex art. 391 *bis* comma 10 c.p.p.; la richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della medesima testimonianza o l'esame dei soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. ex art. 391 *bis* comma 11 c.p.p.; la richiesta al pubblico ministero di acquisire o sequestrare documenti detenuti dalla pubblica amministrazione che abbia respinto l'istanza di accesso del difensore ex art. 391 *quater* comma 3 c.p.p.; la richiesta al giudice di autorizzazione all'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico a fronte del permesso negato da chi ne ha la disponibilità ex art. 391 *septies* c.p.p.; gli accertamenti tecnici non ripetibili ex art. 391 *decies* comma 3 c.p.p.; la richiesta al giudice di autorizzare il consulente tecnico del difensore a esaminare le cose sequestrate o ispezionate ovvero a intervenire alle ispezioni ex art. 233 comma 1 *bis* c.p.p., ipotesi in cui l'impossibilità può dirsi *in re ipsa* poiché, in assenza di procedimento, non può esservi alcun sequestro né ispezione. Residuano, pertanto, il colloquio non documentato, la ricezione di dichiarazioni scritte ovvero l'assunzione di informazioni dal potenziale testimone che non rifiuti il contatto con il difensore; l'accesso ai documenti per i quali la pubblica amministrazione non respinga l'istanza; l'accesso ai luoghi pubblici o aperti al pubblico, nonché a quelli privati e non aperti al pubblico cui non abbia negato il consenso la persona che ne ha la disponibilità.

A margine degli strumenti indicati ve ne sono altri utilizzabili nel caso in cui il procedimento penale sia esaurito, quali le indagini che il difensore – evidentemente, della persona offesa o danneggiata dal reato – può compiere per sollecitare il pubblico ministero a richiedere un provvedimento di riapertura di indagini già archiviate ex art. 414 c.p.p., ovvero di revoca della sentenza di non luogo a procedere già pronunciata ex artt. 434 e ss. c.p.p., nonché le investigazioni attivabili dal difensore del già condannato – o del di lui tutore, erede o prossimo congiunto – per promuovere un giudizio di revisione ex artt. 629 e ss. c.p.p., ipotesi appositamente richiamata dallo stesso art. 327 *bis* comma 2 c.p.p..

La conclusione del procedimento penale a seguito di archiviazione, non luogo a procedere o condanna irrevocabile, espone alla difficoltà di stabilire quale sia l'autorità procedente per le indagini preventive. Con una forzatura interpretativa si è ritenuto di poterle collocare per analogia nella fattispecie delle indagini preventive *ex art. 391 nonies c.p.p.* nell'eventualità che si instauri nuovamente un procedimento penale¹⁴³. Tuttavia, in considerazione delle differenze che contraddistinguono le due tipologie di attività, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo di cui si è trattato pocanzi, tale interpretazione pare irragionevolmente restrittiva. Infatti, prendendo ad esempio la revisione, è la stessa norma a ricordarla come un momento “*procedimentale*” delle indagini difensive ordinarie (art. 327 *bis* comma 2 c.p.p.) e non preventive.

Sulla scorta di tali argomenti deve quindi ritenersi ingiustificata una simile limitazione che si espone a una duplice critica. Da un lato, la censura di incostituzionalità avuto riguardo ai parametri di cui all'art. 3 Cost. in tema di uguaglianza e ragionevolezza, dall'altro, il citato vuoto normativo in riferimento alla identificazione dell'autorità procedente alla quale il difensore debba riferirsi.

Passando ora al termine finale delle indagini preventive, non essendo normativamente definito occorre ricavarlo dalla fase conclusiva dell'incarico professionale laddove intervenga una causa di revoca o rinuncia, ovvero permanga ma sopravvenga uno specifico veto a investigare da parte dell'assistito, o ancora – in caso di indagini preventive – si esaurisca il contenuto dell'apposito mandato ricevuto o quest'ultimo venga revocato o rinunciato. Tralasciate queste ipotesi, deve ritenersi che l'indagine privata possa estendersi ad libitum, in quanto ai sensi dell'art. 327 comma 2 c.p.p. essa può esplicitarsi “*in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione*”.

Nella fase intermedia, invece, occorrono alcune considerazioni.

¹⁴³ Cfr. l'art. 2 comma 4 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, in base al quale “*Le disposizioni sull'attività investigativa preventiva si intendono applicabili, oltre che per l'eventualità che si instauri un procedimento penale, anche per le ipotesi: a) che possa essere richiesta la riapertura delle indagini preliminari dopo il decreto di archiviazione; b) che possa essere richiesta la revoca della sentenza di non luogo a procedere; c) che possa essere richiesta la revisione; d) che possano essere instaurati procedimenti davanti al giudice dell'esecuzione o alla magistratura di sorveglianza*”. Tale ultima regola, appare meno comprensibile in considerazione della possibilità di individuare un'autorità procedente sia nel giudice dell'esecuzione che nel magistrato o tribunale di sorveglianza.

All'interno della porzione procedimentale, infatti, l'accusa è gravata dalla sanzione di inutilizzabilità che colpisce gli atti – a eccezione di quelli sollecitati proprio dalla difesa a seguito di avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415 bis c.p.p.* – compiuti dopo la scadenza del termine originario o prorogato dal giudice *ex art. 407 comma 3 c.p.p.*, mentre altrettanto non si può dire per la difesa¹⁴⁴. Invero, non si rinviene alcun riferimento normativo che attribuisca alla parte privata una influenza sui termini di esercizio dell'azione penale o di richiesta di archiviazione. In buona sostanza, la sanzione di inutilizzabilità colpisce solamente gli atti compiuti dalla parte pubblica, senza interagire con quelli del difensore, a prescindere dal momento del loro compimento¹⁴⁵.

Peraltro, come il pubblico ministero, anche la parte privata può oggi giovare delle indagini suppletive¹⁴⁶, in quanto espressamente riconosciuta grazie alla soppressione del riferimento al solo pubblico ministero tra i destinatari dell'"invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio" contenuto nell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare indifferentemente notificato anche all'imputato, al suo difensore e alla persona offesa *ex art. 419 comma 3 c.p.p.* come modificato dalla l. n. 397 del 2000.

¹⁴⁴ Per un'apertura in tal senso, cfr. PIZIALI G., *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA. VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, p. 219, il quale osserva come sarebbe incongruo riconoscere al difensore della persona offesa un potere precluso al pubblico ministero, alla luce altresì di un Titolo VI *bis* che appartiene al medesimo Libro V del codice di rito ove è fissata la regola generale di limitazione temporale delle indagini.

¹⁴⁵ Concordemente, cfr. PIZIALI G., *Profili temporali dell'attività investigativa*, cit., p. 220.

¹⁴⁶ Cfr. Cass. Pen. sez. V, del 10 aprile 2006, n. 23706, secondo la quale "È illegittimo il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dichiara l'inutilizzabilità delle indagini difensive depositate il giorno successivo alla prima udienza considerato che il principio della continuità investigativa trova applicazione anche con riguardo alla parte privata, con la conseguenza che - in virtù del combinato disposto degli art. 327 bis, comma 2, 442, comma 1 bis, 419, comma 3, 421, comma 3, e 391 octies c.p.p. - le indagini difensive possono essere svolte in qualsiasi stato e grado del procedimento, costituire oggetto di indagini suppletive ed essere prodotte "in limine" e nel corso dell'udienza preliminare, fatto salvo il diritto delle controparti di esercitare il contraddittorio sulle prove non oggetto di preventiva "discovery".

Al più, si ravvisa per il difensore l'onere di depositare entro la discussione in udienza preliminare le risultanze suppletive le quali, in caso contrario, non entrerebbero nel fascicolo del difensore divenendo così inutilizzabili¹⁴⁷.

Dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio¹⁴⁸, invece, anche il difensore potrà effettuare un'attività integrativa di indagine orientata alle richieste al giudice per il dibattimento, pur dovendosi calibrare sulle preclusioni al compimento di atti che importino la partecipazione dell'imputato o del suo difensore *ex art. 430 comma 1 c.p.p.*, quali – rispetto all'inchiesta privata – la ricezione di dichiarazioni o l'assunzione di informazioni dalle persone di cui all'art. 210 c.p.p., *ex art. 391 bis comma 5 c.p.p.*, ovvero l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico di cui costoro abbiano la disponibilità *ex art. 391 septies c.p.p.*

Curiosamente, infrangendo il principio di assoluta discrezionalità che permea l'intera strategia difensiva, l'art. 430 comma 2 c.p.p. costringe il difensore all'immediato deposito nella segreteria del pubblico ministero degli elementi integrativi raccolti¹⁴⁹, con facoltà per le parti di prenderne visione ed estrarne copia. Si tratta di una *discovery* che impone la comunicazione dell'attività svolta a prescindere dai risultati, e per tale ragione forieri di risultare appesantiti da elementi a carico del proprio assistito.

Il dato normativo si presenta slegato dal contesto e in contrasto con il principio del *nemo tenetur*. In questa ipotesi viene in aiuto la mancanza di sanzioni processuali che colpiscano gli atti del difensore che ometta o ritardi il deposito degli atti frutto dell'investigazione integrativa, lasciando intonsa da sanzione la raccolta effettuata per valersene *melius re perpensa* in un secondo momento o in altra sede. Infatti, presentazione ed utilizzazione del materiale raccolto permangono dissociati dal momento della sua formazione.

¹⁴⁷ Cfr. ROMBI N., *L'indagine suppletiva del difensore*, cit. p. 415; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 179.

¹⁴⁸ L'art. 430 c.p.p., titolato "*Attività integrativa di indagine del pubblico ministero e del difensore*" grazie alla novella della l. 7 dicembre 2000, n. 397, è stato capace di inglobare gli spunti giurisprudenziali e dottrinali aperti alla sua estensione già in epoca anteriore alla riforma. Cfr. TRIGGIANI N., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 181.

¹⁴⁹ Con una restrizione interpretativa della norma, PIZIALI G., *Profili temporali dell'attività investigativa*, cit., p. 221. *Contra*, TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 183.

Nella fase dibattimentale deve ritenersi altrettanto legittima l'opera del difensore che intenda offrire al giudice elementi per ovviare alle deficienze probatorie emerse durante il processo *ex art. 506 c.p.p.*¹⁵⁰.

Ancora, le indagini difensive sono azionabili per tutta la fase dell'impugnazione avuto riguardo al rinvenimento di "nuove prove" sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, utili a sostenere una richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a norma dell'art. 603 c.p.p..

Infine, posto che il giudice dell'esecuzione e la magistratura di sorveglianza – nei rispettivi ambiti di competenza – rappresentano le autorità procedenti alle quali il difensore è abilitato a rivolgersi per rimuovere eventuali ostacoli incontrati nell'espletamento della propria inchiesta¹⁵¹, anche la fase esecutiva e quella penitenziaria¹⁵² non debbono costringere l'indagine privata a innaturali limitazioni.

Per quanto concerne, invece, il giudizio di revisione, in vista dell'art. 327 *bis* comma 2 c.p.p., il legislatore ha esplicitamente ammesso le indagini difensive senza tuttavia riempire il vuoto dell'autorità precedente, in caso di necessità, traducendo una attribuzione piena ed assimilabile alle investigazioni ordinarie, a quella più circoscritta delle indagini preventive¹⁵³.

¹⁵⁰ Cfr. TRANCHINA G., *L'investigazione difensiva*, cit., p. 161, il quale ritiene priva di controindicazioni normative l'attività integrativa d'indagine contemporanea allo svolgimento del dibattimento. Favorevole anche la giurisprudenza, cfr. C. cost., 3 febbraio 1994, n. 16, in *Giur. cost.*, 1994, p. 120 e Cass., sez. II, 9 dicembre 1998, p.m. in proc. Caronfolo, CED 213022.

¹⁵¹ Fra questi vi sono gli incidenti di esecuzione, quali, ad esempio, quelli relativi a dubbio sull'identità fisica *ex art. 667 c.p.p.*, errore di nome *ex art. 668 c.p.p.*, questioni sul titolo esecutivo *ex art. 670 c.p.p.*, applicazione della disciplina del reato continuato *ex art. 671 c.p.p.*, dichiarazione di falsità di documenti *ex art. 675 c.p.p.* e la richiesta di confisca o di restituzione dei beni sequestrati *ex art. 676 c.p.p.*.

¹⁵² In considerazione delle limitazioni in termini di potere istruttorio della magistratura di sorveglianza, le indagini difensive possono comunque indirizzarsi all'acquisizione di documenti da produrre in questa fase o acquisire dichiarazioni finalizzate all'ammissione alle misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354).

¹⁵³ Nondimeno, il giudizio di revisione vede un'"autorità precedente" nella Corte d'appello competente e il procuratore generale presso la stessa, evitando alle indagini difensive di qualificarsi come "preventive", cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 58. Tuttavia si tratta di una tesi che non viene qui condivisa in quanto basata sul presupposto che la richiesta di revisione sia stata inoltrata, esponendo il difensore ed il suo assistito alla carenza di copertura nell'ipotesi nella quale la richiesta di revisione non sia ancora stata presentata.

22. Il confine territoriale.

Se, da un lato, l'ambito temporale si presenta avulso da artificiosi sbarramenti sia iniziali che finali che esulino dal mero conferimento dell'incarico, dall'altro, il confine spaziale soffre una compressione all'interno del territorio nazionale nel quale, peraltro, l'indagine si può esprimere senza attenuazioni di sorta¹⁵⁴.

Priva di riferimenti normativi, l'indagine privata all'estero subisce il chiarimento della giurisprudenza la quale ne ha spento – in anni recenti – le ambizioni. Certo è possibile argomentare che si tratti di una lacuna frutto di una precisa scelta normativa che disconosce entrambe le indagini all'estero, tanto quella privata quanto quella pubblica, tuttavia non si tratta di un bilanciamento esatto. Infatti, lo strumento processuale della rogatoria internazionale utilizzabile per acquisire gli elementi di prova rintracciabili all'estero, non è attivabile dallo stesso difensore in quanto riservato per definizione alle richieste intercorrenti tra “*autorità straniere*”, come riferisce la rubrica dell'art. 727 c.p.p. in materia di trasmissione di rogatorie all'estero. Fra questi, sono legittimati i giudici (per le indagini preliminari, dell'udienza preliminare e del dibattimento) ed i magistrati del pubblico ministero, le cui richieste vengono canalizzate sul ministro della giustizia, incaricato di inoltrarle per via diplomatica, salvo ravvisi un potenziale pregiudizio per la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato *ex art. 727 commi 1 e 2 c.p.*

La parte privata, che intendesse procedere all'acquisizione del materiale collocato all'estero, dovrebbe quindi indirizzarsi alla parte pubblica

¹⁵⁴ Cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA. VV., *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI L., Padova, 2001, p. 239, secondo il quale si rilevavano delle incongruità nelle allora vigenti Regole deontologiche delle Camere Penali del 30 marzo 1996, in cui si prevedeva che il difensore dovesse procedere all'assunzione di eventuali dichiarazioni presso il proprio studio ovvero presso la Camera Penale o il Consiglio dell'ordine forense, limitazioni asseritamente funzionali alla correttezza dell'atto, prive di corrispondenze in analoghe prescrizioni per le indagini dell'accusatore. Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive oggi vigenti, peraltro, sono prive di disposizioni in tal senso. *Contra*, KALB L., *La documentazione delle indagini difensive*, in AA. VV., *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di FERRAIOLI M., Milano, 2002, p. 247, secondo il quale la predisposizione di locali presso gli ordini professionali avrebbe tutelato tanto il decoro professionale del professionista quanto il soggetto convocato.

competente¹⁵⁵. Fin qui, con specifico riferimento al reperimento di “prove” durante la fase dibattimentale, tutto bene, in quanto si tratta di una scelta condivisibile. Ma in relazione alla fase preliminare quando è maggiormente necessario godere di autonomia nella identificazione della strategia, appare irragionevole formulare una siffatta disparità di trattamento fra l'accusatore, capace autonomamente di autodeterminarsi sull'utilità della richiesta di rogatoria¹⁵⁶, ed il difensore, forzato a delegare il proprio destino investigativo alle decisioni di un giudice ovvero – addirittura – allo stesso pubblico ministero.

Nondimeno, proprio in tale fase il giudice, per sua stessa natura, non è dotato di poteri conoscitivi di ufficio, né appare chiaro a quali elementi potrà agganciare la propria valutazione, né, infine, quale possa essere il rimedio esperibile nell'ipotesi di rigetto della richiesta avanzata.

Poco rileva che si sia dato spazio alla possibilità di delegare un soggetto abilitato all'esercizio della professione forense presso lo Stato nel quale si intende raccogliere il materiale probatorio. Tale esercizio impone, peraltro, il rispetto delle formalità che il nostro sistema richiede in termini di modalità di svolgimento e forme di documentazione¹⁵⁷. Tesi prontamente smentita dalla giurisprudenza¹⁵⁸, che ha inteso escludere l'ipotesi di un difensore capace di formare unilateralmente le “prove” all'estero, bypassando lo strumento predisposto dal legislatore per l'acquisizione probatoria *extra moenia*.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. Pen. sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, che ha chiarito come il difensore non sia direttamente abilitato ad esperire le indagini *ex art. 391 bis c.p.p.* all'estero, ma debba rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché questa attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale.

¹⁵⁶ Cfr. CURTOTTI NAPPI D., *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, p. 14, che ritiene: “Superfluo dire che una situazione del genere dà luogo ad una notevole disparità di trattamento fra parti processuali, delle quali una (il pubblico ministero) è in grado di valutare discrezionalmente l'opportunità ed utilità della rogatoria, mentre l'altra (il difensore) è costretta a cedere nelle mani dell'antagonista ogni decisione in merito”.

¹⁵⁷ Cfr. BOVIO C., *L'attività espletabile*, in *AA. VV., Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, p. 194, il quale ritiene possano evidenziarsi problemi di coordinamento tra legge nazionale e *lex fori*.

¹⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 29 maggio 2007, K. E. S., rv. 236594. Tale interpretazione giurisprudenziale riferisce sull'inutilizzabilità del materiale raccolto all'estero dal difensore senza aver canalizzato la propria attività sul pubblico ministero ovvero sul giudice ai fini dell'attivazione della procedura di rogatoria internazionale all'estero.

23. Colloquio informale.

Si tratta, indubbiamente, di uno dei momenti maggiormente pregnanti di tutto il contesto investigativo.

Sprovvisto di poteri coercitivi, il difensore può fondare la ricerca operativa degli elementi favorevoli al proprio assistito su molteplici strumenti, senz'altro, ma il "contatto" con i potenziali testimoni, con i soggetti che sono depositari delle verità fattuali, rappresenta un tema principe, viepiù in considerazione dell'autonomia difensiva in termini di utilizzabilità del materiale raccolto.

Il "*colloquio non documentato*" statuito dall'art. 391 *bis* comma 1 c.p.p., ha lo scopo di sondare tre temi sostanziali: l'esistenza della potenziale fonte informativa, la portata del suo contributo conoscitivo e l'orientamento di tale contributo.

Qui, il taglio investigativo appare spiccatamente inquirente, distante dalle apparenze "istruttorie" che si sono finora censurate. Mosso dalla necessità di organizzare una strategia difensiva compiuta, l'avvocato avanza nel terreno vergine delle indagini esplorative senza conoscere l'esito di ciò che verrà. A distanza siderale dal dibattito e dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, l'inquirente è libero di verificare e ricercare¹⁵⁹ quanto emerso dal contatto con il proprio assistito e con gli elementi già formati nel procedimento di cui sia venuto a conoscenza.

Il momento è prodromico alla cristallizzazione delle informazioni rinvenute e fronteggia un trivio: se la fonte risulterà utile, il difensore procederà con altri strumenti per ancorare al procedimento il colloquio ottenuto, se, invece, ne risulterà un contributo inutile, potrà semplicemente rinunciare ad ogni ulteriore formalizzazione dell'incontro; infine, qualora dovessero emergere elementi contrastanti ovvero a carico del proprio assistito, potrà decidere se abbandonare il colloquio, oppure procedere egualmente con una ricezione di dichiarazione scritta

¹⁵⁹ In tema di "*investigazione preliminare*", cfr. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 190. Secondo l'autrice si tratta di un'attività intesa quale strumento propedeutico alla effettiva instaurazione di una indagine investigativa *tout court*, idonea a essere a sua volta preceduta da un'ulteriore "*ricerca preliminare*" volta a verificare se le persone individuate, prima di essere tecnicamente interpellate, siano in condizioni di offrire i dati conoscitivi ricercati.

ovvero con la verbalizzazione del colloquio riservandosi ogni decisione sulla loro utilizzazione¹⁶⁰ in momento successivo.

Da un punto di vista prettamente soggettivo, sono abilitati al colloquio tanto il difensore quanto il sostituto, ma anche i consulenti tecnici incaricati e l'investigatore privato autorizzato¹⁶¹, sia nella fase procedimentale che in quella preventiva. Rimane logicamente esclusa l'ipotesi di acquisire informazioni in sede condivisa con il pubblico ministero ovvero la possibilità di provocare un incidente probatorio, stante l'impossibilità di adire un'autorità procedente che superi il rifiuto dell'interpellato al colloquio.

Inoltre, tali vie sono patologicamente affette dal pericolo di sondare un terreno sconosciuto – quindi potenzialmente ostile – alla presenza della propria controparte processuale, o, peggio, dell'organo giudicante.

Posto che il colloquio per sua natura ha forma libera, deve senz'altro essere preceduto dalla formulazione degli avvertimenti preliminari¹⁶² ai sensi dell'art. 391 *bis* comma 3 c.p.p..

Il congegno normativo del colloquio, tuttavia, sebbene non ammetta eccezioni al dovere di fornire i dovuti avvertimenti, è sprovvisto di qualsiasi sanzione processuale in caso di omissione – riservata, sub specie di inutilizzabilità, alle “dichiarazioni ricevute” e alle “informazioni assunte” ex art. 391 *bis* comma 6 c.p.p. – essendo eventualmente configurabile una violazione disciplinare, qualora l'inquirente abbia contattato la fonte senza fornirle i necessari avvisi¹⁶³.

¹⁶⁰ Cfr. BRICCHETTI R., *La disciplina e i limiti della investigazione privata*, in BRICCHETTI R. – RANDAZZO E., *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Milano, 2001, p. 44.

¹⁶¹ Cfr. FRIGO G., *Indagine difensiva per il processo e deontologia*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2233, il quale evidenzia come la necessità di ricercare ed individuare possibili fonti di prova debba considerarsi il primo spunto investigativo per una difesa attiva.

¹⁶² Cfr. TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 282 e VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 81, i quali ritengono che gli avvertimenti preliminari debbano essere forniti anche sede di colloquio informale.

¹⁶³ Nel prescrivere gli avvertimenti in modo generico alle “*persone interpellate*”, l'art. 9 comma 1 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, potrebbe intendersi come comprensivo altresì di quelle con cui conferire in via informale. Cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 211, il quale esclude che si debbano attribuire conseguenze processuali all'omissione degli avvisi.

Infatti, in considerazione del fatto che gli avvisi potrebbero essere forniti anche oralmente, la forma scritta si connoterebbe dotata di una funzione dimostrativa *ad probationem* nel caso di contestazione disciplinare che rilevi un contatto informale fra il difensore incaricato di indagini difensive e la fonte dichiarativa, carente delle dovute comunicazioni preventive¹⁶⁴.

Parte della dottrina ha ritenuto suggerire la forma scritta per quanto concerne l'invito al colloquio, contenente, fin da subito, tali avvertimenti. Si tratta di un appesantimento che appare irragionevole in quanto, per sua stessa natura, il colloquio nasce informale e destinato a scopi esplorativi. Gravarlo di premesse scritte che ne fissino la richiesta e gli adempimenti di legge snaturerebbe irragionevolmente l'istituto che si deve ritenere, pertanto, a forma libera¹⁶⁵ sia nel contenuto del colloquio, tanto nell'eventuale convocazione, quanto, infine, negli avvertimenti.

Il contenuto dei preavvisi risponde a molteplici esigenze, ma la "necessità" di fornirli sempre e comunque viene ricollegata alle eventuali limitazioni modali allo svolgimento del colloquio – financo non documentato – riconnessi alle qualità della persona interpellata e capaci di impedirne lo svolgimento ovvero di richiedere, vietare o consentire la presenza all'audizione di altri soggetti.

In particolare, viene in rilievo l'art. 391 *bis* comma 1 c.p.p. per quanto concerne il colloquio non documentato fra difensore e le persone incompatibili con l'ufficio di testimone *ex art.* 197 comma 1 lett. *c* e *d* c.p.p.. Si tratta di un'attenzione del Legislatore che non si presenta testimone di questioni processuali evidenti, posto che trattasi di un'attività solo esplorativa, avulsa da forme scritte e assolutamente inadatte a qualsivoglia ipotesi di utilizzazione dibattimentale, pertanto inabile ad aggirare il novero delle incompatibilità a testimoniare.

¹⁶⁴ Cfr. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 192, che riferisce sulla "gravezza" degli avvisi.

¹⁶⁵ Cfr. art. 9 comma 7 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, privo di alcuna prescrizione di forma scritta per l'invito a qualsiasi ipotesi di colloquio, prevista espressamente soltanto dal successivo art. 10 in relazione alla possibile audizione della persona offesa dal reato. *Contra*, cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit. p. 62, il quale considera estensibile la regola dettata dall'art. 142 disp. att. c.p.p. all'atto di convocazione da parte del difensore.

Peraltro, occorre rilevare che la lett. *c* dell'articolo citato si riferisce al responsabile civile ed al civilmente obbligato per la pena pecuniaria, ovvero a soggetti potenzialmente inaffidabili in quanto legati, quantomeno per sorte, all'imputato. Negarne il contatto con il difensore dell'imputato a priori e senza che ciò abbia riflessi probatori sul procedimento penale, limita il suo diritto alla difesa in quanto impedisce l'accesso a soggetti portatori di informazioni potenzialmente utili per la strategia difensiva. Piuttosto, pare legittimo ritenere che l'accesso a questi soggetti possa essere foriero di aperture strategiche per il legale che ne sappia cogliere il potenziale, utilizzando le eventuali notizie ricevute quali nuovi temi di investigazione, senza per questo ricorrere alla testimonianza o alle dichiarazioni scritte di fonte incompatibili con l'ufficio di testimone.

Invero, il corredo informativo del difensore trova nel colloquio informale uno strumento tipico dell'inquirente. Mediante la formalizzazione scritta esso si tradurrebbe – nuovamente ed in modo non condivisibile – in un metodo istruttorio che risulta contrario a quell'affrancamento dalle forme, che risponde all'esigenza di garantire la libertà delle scelte tattiche del difensore¹⁶⁶ *a fortiori* se al colloquio segue una formalizzazione mediante ricezione di dichiarazioni scritte ovvero l'assunzione di informazioni¹⁶⁷.

Riprendendo il tema delle incompatibilità, non appare necessario far ricadere il difensore, il sostituto, il consulente tecnico ovvero l'investigatore privato autorizzato, che abbiano effettuato un mero colloquio informale nel novero della lett. *d* dell'art. 197 comma 1. Infatti, poiché tale contatto ufficioso non viene tradotto in un atto investigativo “procedimentalizzato” e, quindi, foriero di entrare nel procedimento, non si rinvengono lesioni al principio del contraddittorio nella formazione della prova che ne giustifichino l'incompatibilità di cui alla lettera *d*.

Allargando il tema alla parte pubblica, deve senz'altro rilevarsi una verosimiglianza fra quanto testé affermato e l'art. 195 comma 4 c.p.p. in tema di testimonianza indiretta da parte della polizia giudiziaria.

¹⁶⁶ Cfr. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 191.

¹⁶⁷ Cfr. DI MAIO A., *Le indagini difensive*, cit., p. 217. *Contra*, RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 192.

Infatti, pur con le cautele necessarie per evitare che mediante il veicolo della testimonianza indiretta di chi ha svolto le indagini si possa corrompere il cardine del sistema accusatorio del nostro processo penale, imponendo inutili e pericolose derive inquisitorie, anche gli ufficiali ed agenti della polizia giudiziaria possono deporre *de relato* in relazione a notizie acquisite senza alcuna forma di documentazione, in quanto apprese al di fuori delle ipotesi per cui la legge prescrive doveri di verbalizzazione, salvo il limite di indicazione della fonte e di sua eventuale o doverosa citazione ad opera del giudice.

Quindi, esonerato il colloquio informale da timori di lesione al principio del contraddittorio, deve ritenersi che i soggetti che lo abbiano esperito possano, salvo diversa limitazione, assumere l'ufficio di testimone.

24. Ricezione di dichiarazione scritta.

Se da un lato il colloquio informale fornisce al difensore un'apertura informativa, dall'altro esso rimane sterile dal punto di vista probatorio.

Solo procedendo oltre, il difensore può riporre nel proprio arsenale difensivo elementi suscettivi di divenire prova. Il passo successivo al colloquio è la ricezione di una dichiarazione scritta, da formalizzare secondo il combinato disposto dagli artt. 391 *ter* e 391 *bis* comma 2 c.p.p..

L'atto nasce solitario e privo del conforto di altre parti o soggetti processuali, che con il loro intervento possano consolidarne la genuinità e garantirne il principio del contraddittorio. Unilaterale e autonoma, frutto di una scelta del difensore che sollecita il rilascio di dichiarazioni prive di mediazioni difensive, la ricezione di dichiarazione scritta si colloca in una posizione intermedia fra il mero colloquio informato e la sua verbalizzazione formale.

Di primo acchito essa può sembrare dotata di maggiore affidabilità, ma non è così.

Infatti, proprio perché solitamente ricevuta a seguito di un colloquio informale, la dichiarazione resa per iscritto da un soggetto informato sui fatti si presta maggiormente ad essere ritagliata a misura difensiva, sia perché connessa al

colloquio ed ai fatti in esso emersi, sia perché soggettivamente conformata dalla stessa fonte. Quindi, gli elementi contrastanti o a carico della parte per la quale opera il difensore vengono naturalmente lasciati a margine in quanto l'avvocato durante il colloquio avrà cura di ricercare i soli temi di favore.

Inoltre, la dichiarazione scritta ha una natura composita¹⁶⁸: da un lato, la richiesta del difensore a sua volta preceduta dagli avvertimenti iniziali e seguita dalle questioni sottoposte all'attenzione della fonte testimoniale, dall'altro, il rilascio della dichiarazione stessa da parte della soggetto interpellato¹⁶⁹.

L'ipotesi per la quale la fonte renda una dichiarazione redatta autonomamente, senza alcuna sollecitazione del difensore, deve intendersi – egualmente – ricompresa nel novero della ricezione di dichiarazione scritta.

Viceversa, laddove il difensore richieda una dichiarazione scritta senza ottenere reazioni, l'istanza difensiva rimasta priva di risposta potrà non rivestire la forma scritta.

Il combinato disposto dagli artt. 391 *ter* e 391 *bis* comma 2 c.p.p., si riferisce, infatti, alla sola ricezione e non anche all'atto di sollecitazione, lasciando così intendere che quest'ultima possa essere avanzata anche oralmente¹⁷⁰, consentendo l'abbandono della forma scritta inutile tanto *ad probationem* quanto *ad substantiam*¹⁷¹.

Per quanto concerne la forma della dichiarazione, invece, deve ritenersi utilizzabile tanto quella dattiloscritta quanto quella autografa ovvero manoscritta da altri purché sottoscritta dal dichiarante¹⁷² ai sensi dell'art. 391 *ter* comma 1 c.p.p..

¹⁶⁸ Cfr. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 193, la quale riferisce in tema di fattispecie a formazione successiva.

¹⁶⁹ Cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 214.

¹⁷⁰ In senso contrario, RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 193.

¹⁷¹ Occorre tenere presente che la convocazione per iscritto non è richiesta neppure dalle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, che la limitano soltanto alle ipotesi di interpello della persona offesa. In senso contrario, cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit. p. 62, il quale allarga la disciplina in tema di citazione del testimone di cui all'art. 142 disp. att. c.p.p. all'atto di convocazione da parte del difensore, pur ammettendo che la richiesta di dichiarazione possa avvenire anche oralmente.

¹⁷² Cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 214.

La natura della dichiarazione scritta, idonea a migrare nel dibattimento, richiede una garanzia di genuinità che si è tradotta, per scelta normativa, nell'attribuzione della facoltà di riceverla soltanto al difensore ed al sostituto, ma non anche al consulente tecnico ed all'investigatore privato autorizzato ai sensi dell'art. 197 comma 1 lett. *d* c.p.p..

L'incompatibilità viene legata al compimento di una delle tre attività rilevanti nel caso di specie e suscettive di attualizzare la preclusione all'ufficio di testimone, ovverosia la ricezione della dichiarazione, la sua autenticazione nonché la redazione della relazione di accompagnamento. Tanto in riferimento al compimento dell'atto, quanto alla ricezione della dichiarazione, quanto ancora alla sua documentazione, sia nella forma della autenticazione della dichiarazione che nella redazione della relazione, sia per quanto concerne il difensore che per il sostituto che abbia compiuto l'atto pur disinteressandosi alla sua documentazione¹⁷³.

Come per il colloquio, anche in questa ipotesi occorre precedere la ricezione della dichiarazione dagli avvisi indicati dall'art. 391 *bis* comma 3 c.p.p., pena l'inutilizzabilità della dichiarazione ricevuta *ex art.391 bis* comma 6 c.p.p..

Come anticipato, non appare indispensabile la forma scritta in quanto la sanzione non interviene per l'assenza di tale formalità, bensì in ragione della mancata comunicazione degli avvisi. Tuttavia, si deve certamente sottostare al vincolo cartaceo quale mera tutela dell'atto ricevuto da eventuali contestazioni circa il mancato adempimento preventivo della comunicazione degli avvisi, sottraendosi così al rischio di inutilizzabilità dell'atto¹⁷⁴, ed allo scopo di prevenire l'insorgere di un procedimento disciplinare nei confronti dell'avvocato che abbia fornito tali avvisi solo oralmente.

¹⁷³ *Contra*, CONTI C., *Due nuove ipotesi di incompatibilità a testimoniare*, cit., p. 33 e ss., il quale ritiene che l'incompatibilità a testimoniare del sostituto debba emergere soltanto nelle ipotesi nelle quali questi abbia contribuito a formare la documentazione.

¹⁷⁴ Si tratta di forma scritta *ad probationem*, la quale non condiziona la validità dell'atto. Peraltro, le stesse norme deontologiche, all'art. 9 comma 7 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive approvate il 14 luglio 2001 con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, prevedono che gli avvisi "*possano essere dati oralmente, ma devono comunque precedere l'atto*". Possibilista sulla legittimità degli avvertimenti somministrati oralmente, FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 196, il quale tuttavia reputa opportuno apprestarne una forma di documentazione onde prevenire contestazioni disciplinari.

25. Colloquio documentato.

La norma sulle indagini difensive ha rappresentato un'evoluzione che trova nel colloquio documentato il massimo potere inquirente, foriero tanto di allargare i temi di investigazione, quanto – soprattutto – di tradursi in prova in sede dibattimentale.

Finalmente l'agire dell'inquirente privato non si limita al mero colloquio informale, né alla supina ricezione di una dichiarazione scritta, ma si muove nel terreno più consono alla polizia giudiziaria – e, quindi, alla vera attività di indagine – nel quale interagire con la fonte informativa, guidare l'andamento del rapporto e definire l'esito degli elementi informativi raccolti in una verbalizzazione redatta secondo le modalità previste dall'art. 391 *ter* c.p.p., utilizzabile nelle successive fasi processuali.

In contrasto al principio del contraddittorio, l'intervista non è scandita dalle regole dell'esame testimoniale che vedono le parti intervenire sui temi delle risposte secondo il metodo di esame, controesame e riesame, bensì vengono dispoticamente lasciate alle scelte di chi conduce l'indagine privata alla stregua di quanto accade alla polizia giudiziaria laddove assuma a sommarie informazioni testimoniali un soggetto informato sui fatti ai sensi dell'art. 351 c.p.p., ovvero del pubblico ministero *ex art.* 362 c.p.p..

Qui, l'indagine si fa istruzione.

Infatti, la verbalizzazione del colloquio documentato, in ossequio alle eccezioni al principio del contraddittorio, è capace di migrare verso il fascicolo del dibattimento e, comunque, di pervenire all'interno della piattaforma utilizzabile dall'organo giudicante per le proprie valutazioni in merito all'imputazione.

La genuinità del materiale prodotto soffre così un momento di crisi.

Solo un rigido protocollo proveniente da norma e giurisprudenza può consentire di prevenirne le connaturate patologie.

Sebbene tanto gli atti della polizia giudiziaria quanto quelli del pubblico ministero godano già da tempo del potere di approdare al dibattimento, il

difensore non ha mai avuto – prima dell'intervento normativo sulle indagini difensive – la facoltà di compulsare autonomamente una fonte informata sui fatti e di provvederne in autonomia alla verbalizzazione degli esiti. Anzi, il contatto diretto fra il difensore ed il potenziale testimone è stato a lungo osteggiato, in quanto l'agire del difensore, diversamente dalle parti pubbliche, non si muove nell'interesse della giustizia bensì nell'esclusivo favore del proprio assistito.

Il timore di lesioni alla genuinità delle risposte ottenute e, quindi, di lasciare che l'organo giudicante possa ricevere – tramite le citate eccezioni statuite in via generale dall'art. 111 comma 5 Cost. – elementi di prova affetti da influenze di parte, ha limitato l'attribuzione della facoltà di effettuare il colloquio documentato al solo difensore ed al suo sostituto, escludendo dal novero dei soggetti abilitati il consulente tecnico e l'investigatore privato autorizzato.

Invero, i timori che affliggono il Legislatore e gli interpreti, prima ancora che poggiare sui reali pericoli che il difensore nell'effettuare le indagini incorra in responsabilità penali, traviando, in siffatta maniera, il materiale raccolto, si appuntano sulla possibilità che questi, calibrando opportunisticamente le domande formulate alla persona informata sui fatti, possa così evitare risposte che rivelino elementi sfavorevoli o equivoci per il proprio assistito¹⁷⁵.

Per quanto concerne la legittimazione soggettiva, come anticipato, essa viene limitata al difensore ed al suo sostituto richiamando le considerazioni svolte *ut supra* in ordine all'assenza di limiti temporali sia delle indagini ordinarie che di quelle preventive; alla facoltà di convocazione anche orale della persona da intervistare; alla doverosa formulazione degli avvertimenti preliminari di cui all'art. 391 *bis* comma 3 c.p.p., la cui forma scritta può rapportarsi unicamente all'onere dimostrativo dell'effettiva enunciazione onde premunirsi a fronte della sanzione di inutilizzabilità derivante dalla loro omissione *ex art.* 391 *bis* comma 6 c.p.p., oltre che di un'eventuale contestazione disciplinare; all'incompatibilità a testimoniare di cui al novellato art. 197 comma 1 lett. d c.p.p. che investe tanto il difensore quanto il suo sostituto e, quest'ultimo, non soltanto allorché abbia

¹⁷⁵ Sulla responsabilità penale nella quale incorre il difensore che documenta e poi utilizza processualmente le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili alla attività investigativa verbalizzate in modo incompleto o non fedele, cfr. Cass. Pen. sez. Un., 27 giugno 2006, n. 32009, la quale ha sostenuto che, in tali circostanze, venga integrato il reato di falsità ideologica in atto pubblico *ex art.* 479 c.p..

formato la documentazione delle informazioni assunte, bensì anche qualora fosse incaricato in prima persona del compimento dell'atto ma non abbia materialmente curato la redazione della verbalizzazione.

Inoltre, secondo il dettato dell'art. 391 *bis* comma 8 c.p.p.¹⁷⁶, all'assunzione di informazioni non possono “*assistere*” la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private e che, laddove emergano indizi di reità a carico del dichiarante che non sia già indagato o imputato, il difensore o il sostituto interrompono l'assunzione di informazioni, rimanendo inutilizzabili le precedenti dichiarazioni contro la persona che le ha rese *ex art.* 391 *bis* comma 9 c.p.p.¹⁷⁷.

Si tratta di una notazione normativa che trova un parallelo con quanto predisposto dal Legislatore per l'audizione esperita dalla autorità giudiziaria e dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 63 c.p.p., laddove si riferisce che in caso emergano indizi di reità a loro carico, “*l'autorità procedente ne interrompe l'esame*” avvertendoli che “*a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini*” nei loro confronti, a salvaguardia del *nemo tenetur se detegere* e del connesso rischio di autoincriminazione.

Peraltro, si tratta di un freno che impedisce al difensore di giovare di elementi conoscitivi virtualmente utili per il proprio assistito proprio in quanto assunti *contra alios*, ancorché acquisite con la più formidabile delle garanzie a salvaguardia del *nemo tenetur* in favore del dichiarante, *id est* l'incondizionato diritto al silenzio.

¹⁷⁶ La norma è tesa a evitare i rischi di condizionamenti o pressioni psicologiche sulla fonte dovuti alla presenza del soggetto interessato al compimento dell'atto. La sua violazione, attesa l'assenza di una espressa sanzione processuale – poiché l'art. 391 *bis* comma 6 c.p.p. la limita all'inosservanza dei soli “*commi precedenti*” – consente di ritenere operativa la sanzione generale di cui all'art. 191 c.p.p. allorché volesse farsi di quella dichiarazione uso probatorio, pur non chiarendo quale possa essere la sorte dell'atto prodotto in contesti differenti da quelli tecnicamente probatori.

¹⁷⁷ L'operatività della previsione viene limitata – dalla dottrina maggioritaria – alla sola forma di indagine dichiarativa rappresentata dall'assunzione di informazioni. Cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 182; PAOLOZZI G., *Fase prodromica della difesa ed efficacia degli elementi di prova*, cit., p. 32. Occorre rilevare che se l'atto viene proseguito nonostante il dovere di interruzione, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ulteriori si tramute in assoluta e non più soggettivamente relativa, così come si verifica allorché il soggetto, già indagato o imputato, non sia stato sentito dal difensore con le formalità prescritte dall'art. 391 *bis* comma 5 c.p.p., vale a dire *ab initio* con la necessaria presenza del suo difensore.

Tuttavia, tornando all'ipotesi prevista dal citato comma 8 per il difensore, deve certamente ritenersi un presidio sterile vista la totale assenza di poteri coercitivi in capo al soggetto che conduce l'indagine privata, e, in caso di adesione al colloquio documentato, della possibilità di non rispondere attribuita anche alle persone meramente informate dei fatti e non già indagate o imputate.

26. Avvertimenti preliminari.

Il corredo degli adempimenti preliminari, assimilato da taluni al consenso informato¹⁷⁸, pone le necessarie premesse all'assunzione sia del colloquio informale, che alla ricezione di dichiarazione scritta, che, infine, al colloquio documentato, legittimando le attività investigative del difensore inquirente – istruttore.

La regola è fissata dal combinato disposto dei commi 6 e 3 dell'art. 391 *bis* c.p.p., la quale subordina l'utilizzabilità procedimentale del materiale raccolto alla comunicazione – necessaria – di una sequela di avvisi¹⁷⁹ che hanno lo scopo di informare il dichiarante della qualità dell'inquirente e dello scopo del colloquio (lett. a); della natura informale o formale del contatto e delle relative modalità di svolgimento e di documentazione (lett. b); dell'obbligo di dichiarare il proprio coinvolgimento quale indagato o imputato nel medesimo procedimento, o in altro connesso o collegato (lett. c); della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione (lett. d); del divieto di rivelare le domande formulate da pubblico ministero o polizia giudiziaria e le risposte date in eventuale precedente audizione (lett. e); delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione (lett. f).

Si tratta di una pletora di informazioni complesse¹⁸⁰ che hanno l'obbiettivo formale di aggiornare l'interpellato sulle varie questioni processuali che

¹⁷⁸ Così, MAGI R., *Le indagini difensive*, cit., p. 50.

¹⁷⁹ Sulla necessità che gli avvertimenti preliminari risultino analiticamente verbalizzati, cfr. Cass. Pen. sez. fr., 25 luglio 2003, n. 34554. In merito alle ragioni per le quali appare insufficiente la mera attestazione di aver rivolto gli avvertimenti preliminari, cfr. Cass. Pen. sez. III, 15 luglio 2003, n. 2017.

¹⁸⁰ Cfr. CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 109. L'autore pone l'accento sul fatto che "se si vuol evitare che il rischio che gli avvertimenti dovuti possano ridursi ad un rosario

connotano l'incontro. Deve rilevarsi tuttavia una evidente difformità con l'assunzione di informazioni da parte del pubblico ministro e della polizia giudiziaria, sgravati da simili incumbenti. Infatti, l'effetto sostanziale degli avvertimenti, oltre a responsabilizzare il dichiarante, si traduce in un impatto psicologico che si protrae ben oltre la sequela degli avvisi.

Essa si traduce in una raffica di comunicazioni giuridiche – alcune delle quali, quantomeno per l'uomo comune, meriterebbero note didascaliche che ne lascino più compiutamente trasparire il senso – capaci di interferire con lo stato d'animo dell'interlocutore, spesso disorientandolo¹⁸¹ per tutta la durata del colloquio, e rendendolo timoroso di incorrere in dichiarazioni compromettenti.

Come più volte affermato durante la descrizione delle varie forme dichiarative, gli avvertimenti possono essere somministrati anche in via meramente orale, non essendo normativamente imposti nella forma scritta. Essi tuttavia si impongono quale onere formale che risponde all'esigenza di scongiurare il rischio di inutilizzabilità connessa all'impossibilità di dimostrarne l'effettiva comunicazione all'interpellato.

Fatta tale premessa, è di palmare evidenza che essi debbano pervenire, quale che sia la scelta effettuata, se oralmente o per iscritto, “prima” del compimento dell'atto¹⁸². Una comunicazione posteriore, infatti, non consentirebbe di accogliere le prescrizioni modali anche in considerazione delle ulteriori presenze durante il colloquio, siano esse consentite, vietate ovvero obbligate.

incomprensibile e sfuggente, occorre interpretarne, esporne e chiarirne il contenuto in forma elementare, senza nulla concedere all'intuitivo e al sottinteso”.

¹⁸¹ Provvido di censure CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 108, per il quale “*se il legislatore (quod Deus avertat!) avesse voluto indurre la persona informata dei fatti a sottrarsi dal dovere di far giungere alla Giustizia, tramite il difensore, le notizie a sua conoscenza, non avrebbe potuto essere più efficace*”. Cfr. PAOLOZZI G., *Fase prodromica della difesa ed efficacia degli elementi di prova*, cit., p. 29, secondo il quale una tale verbosità preliminare crea una sensazione di preconcetta diffidenza da parte del dichiarante.

¹⁸² Cfr. art. 9 comma 7 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, per cui gli avvertimenti previsti dalla legge e dalle norme deontologiche “*devono comunque precedere l'atto*”. Piuttosto, appare irragionevole chiederne la formulazione anticipata già con l'invito a colloquiare in ragione delle conseguenze potenzialmente negative che potrebbero derivarne. La fonte interpellata, infatti, venendo informata di tale facoltà, potrebbe avvalersene immediatamente. Tuttavia la mera indicazione dei rimedi processuali forniti avverso tale ipotesi, quali l'audizione condivisa o incidente probatorio attivabili in caso di rifiuto, dovrebbe fornire una opposta forma di pressione. Ne risulta una – legittima – stimolazione della fonte compulsata ad aderire alla richiesta della difesa.

Dotata di particolare rilievo è l'ipotesi che impone al dichiarante di esplicitare la qualità di indagato o imputato nello stesso procedimento o in altro connesso o collegato, per consentire al difensore, in caso positivo, di preavvisare la difesa dell'interpellato “*almeno*” ventiquattro ore prima del compimento dell'atto.

Il Legislatore ha predisposto una tutela così forte da richiedere, nel caso in cui l'interpellato non disponga di difesa tecnica, di provvedere alla nomina di un difensore d'ufficio ad opera del giudice su richiesta dello stesso patrocinatore che procede alle investigazioni *ex art. 391 bis* comma 5 c.p.p.¹⁸³.

Appare innegabile come ottemperare all'obbligo dichiarativo imposto all'interpellato sia opera non semplice.

Infatti, anche nel caso in cui il difensore si attivasse compiutamente per spiegare il significato tecnico della dicitura normativa, la fonte potrebbe di fatto essere all'oscuro circa la propria posizione processuale e, pertanto, impedire l'attivazione dei meccanismi finalizzati all'intervento del suo stesso difensore con effetti inattesi sul destino – utilizzabile o meno – dell'atto investigativo assunto senza la presenza di tale soggetto che la legge qualifica “*necessaria*”.

Fra le comunicazioni di cui all'art. 391 *bis* comma 3 c.p.p., il divieto imposto dalla citata lett. *e* deve riconnettersi in via preventiva al divieto per il difensore di richiedere notizie sulle domande formulate o sulle risposte date alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero *ex art. 391 bis* comma 4 c.p.p.¹⁸⁴, fermo restando che il divieto non copre le ipotesi in cui l'intervistato ripeta le medesime dichiarazioni, già rilasciate ai pubblici inquirenti, ma in forza di domande autonomamente poste dal difensore.

Curiosamente, nonostante un bagaglio comunicativo imponente, fra gli avvisi non trova collocazione la situazione di incompatibilità di cui alla lett. *c* e *d* dell'art. 197 c.p.p. che potrebbe verificarsi in capo all'interpellato.

¹⁸³ Escludendo, in tal modo, la possibilità di compiere tale audizione in sede di indagini difensive preventive in assenza di un'autorità procedente a cui inoltrare la relativa richiesta di nomina di un difensore d'ufficio.

¹⁸⁴ In corrispondenza a tale norma, vedasi l'identico divieto che opera, *mutatis mutandis*, per le informazioni assunte dal pubblico ministero *ex art. 362* c.p.p. e, mercé l'apposito rinvio a quest'ultima disposizione incorporato nell'art. 351 c.p.p., per quelle assunte dalla polizia giudiziaria.

Pertanto, a prescindere dall'assenza di un riferimento normativo nell'ambito degli avvertimenti da premettere alle attività indicate dall'art. 391 *bis* c.p.p., pare legittimo e precauzionale suggerire una sua enunciazione, al fine di evitare che l'audizione di un soggetto che non potrà assumere l'ufficio di testimone¹⁸⁵, si traduca nell'inutilizzabilità dell'atto prodotto.

Volendo rinvenire ulteriori connessioni, si nota una attinenza fra l'avvertimento di cui alla lett. *d* – concernente la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione – e quello di cui alla lett. *f* – relativo alla responsabilità penale conseguente alla falsa dichiarazione al difensore, nuova fattispecie criminosa punita dal neo introdotto art. 371 *ter* c.p..

In proposito deve ritenersi che soltanto l'omissione del primo avvertimento possa limitare la potenziale contestazione di false dichiarazioni al difensore – che presuppone, quale elemento negativo della condotta, il non essersi “*avvalso della facoltà di cui alla lett. d comma 3*” dell'art. 391 *bis* c.p.p. e, quindi, che il soggetto si trovasse nella possibilità di usufruirne grazie al preventivo avvertimento –; altrettanto non può dirsi, di contro, in ordine alla mancata rappresentazione delle eventuali conseguenze penali della falsa dichiarazione, ininfluente sulla conoscibilità del precetto penale nei limiti dell'*ignorantia legis* inescusabile ed evitabile di cui all'art. 5 c.p..

Ciò posto, deve altresì osservarsi come la categoria degli avvisi indicati dall'art. 391 *bis* c.p.p. non sia esauriente, ben potendo il difensore rinforzare la propria indagine privata con fondamenta¹⁸⁶ che le attribuiscono una protezione contro i rischi di inutilizzabilità degli atti, ben superiore a quella – minima – voluta dal Legislatore.

¹⁸⁵ Cfr. l'art. 9 comma 2 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007.

¹⁸⁶ Cfr. art. 9 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, segnatamente i commi 2-6 e cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 196. Occorre tuttavia ricordare che la regola deontologica identifica una pletora di avvertimenti che non si rinvencono nella norma del codice di rito.

Infine, a norma del comma 7 dell'art. 391 *bis* c.p.p., il difensore che intenda conferire con un soggetto detenuto¹⁸⁷ dovrà occuparsi di premettere al colloquio una serie di attività che ne fungono da presupposti formali.

Infatti, per accedere a tali – delicate – fonti informative, sarà necessario munirsi “*di specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero*”, riferendosi al giudice per le indagini preliminari durante la fase delle indagini preliminari e, durante l'esecuzione della pena, al magistrato di sorveglianza.

27. Audizione mediata.

Il contatto fra il difensore e la fonte dichiarativa è caratterizzato dall'assenza di strumenti coercitivi atti a stimolare il testimone che eserciti il diritto di non rispondere alla parte privata.

A parziale rimedio di tale lacuna, il legislatore ha concesso due strumenti.

Mediante una rinnovata “*canalizzazione*” delle indagini, il difensore può appellarsi al pubblico ministero *ex art. 391 bis* comma 10 c.p.p., per ottenere un'audizione che deve essere disposta da quest'ultimo entro 7 giorni dalla richiesta.

Si tratta di una regola che, da un lato, attribuisce al difensore la possibilità di entrare in contatto con la fonte, dall'altro, espone la difesa alla condivisione delle informazioni con la propria controparte pubblica, esautorando ogni strategia e costringendo il difensore ad appellarsi a tale strumento solo quale ultima *ratio*.

Infatti, per questa via si impone una esposizione del patrimonio informativo della fonte al pubblico ministero, con la conseguenza che laddove emergessero elementi a carico non potrebbero più essere celati alla sua vista.

Inoltre, il testimone riottoso¹⁸⁸ al contatto con il difensore ben difficilmente si rivelerà altro che ostile, riducendo così il novero dei soggetti che possono essere

¹⁸⁷ Secondo DI MAIO A., *Le indagini difensive*, cit., p. 228, anche per sentire i soggetti sottoposti agli arresti domiciliari ovvero in stato di detenzione domiciliare, è necessaria l'autorizzazione del giudice, in relazione al dispositivo di cui all'art. 284, comma 5, c.p.p..

sentiti mediante audizione a fronte dei rischi processuali che ne derivano. D'altronde, tale elenco risulta già limitato nei casi in cui il soggetto interpellato rivesta la qualità di indagato o imputato nel medesimo procedimento o in altro connesso o collegato, eventualità sulla quale potrà portare effettiva chiarezza proprio il pubblico ministero destinatario della richiesta di audizione, sul quale dunque si pone un onere di vagliare ufficialmente l'eventuale esistenza di iscrizioni a carico del soggetto da sentire.

L'art. 391 *bis* comma 10 c.p.p. fissa il presupposto oggettivo all'esercizio della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione, con una dicitura idonea a comprendere sia la manifestazione espressa della volontà di non rendere alcuna intervista che il rifiuto implicito nella mancata presentazione a seguito di convocazione¹⁸⁹, sia il diniego di proseguire un colloquio già utilmente iniziato¹⁹⁰, sia la sottrazione a intermittenza su singole domande¹⁹¹.

Ciò posto, la norma evita di imporre l'onere di indicare l'esercizio, da parte della fonte, della facoltà di non rispondere, lasciando così il difensore libero di evitare adempimenti¹⁹² aggiuntivi, relegando la formalità della convocazione scritta ed inviata mediante raccomandata con avviso di ricevimento, al mero adempimento burocratico teso a facilitare¹⁹³ la dimostrazione dell'infruttuosità del tentativo.

¹⁸⁸ Occorre precisare che durante l'audizione condivisa la fonte informata deve ottemperare all'obbligo di rispondere evitando reticenza e mendacio *ex* comma 3 nell'art. 371 bis c.p., introdotto dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, che punisce a titolo di false informazioni al pubblico ministero la condotta di chi «*tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito*» anche «*nell'ipotesi prevista dall'art. 391 bis comma 10 c.p.p.*» quando «*le informazioni ai fini delle indagini sono richieste dal difensore*».

¹⁸⁹ Cfr. BERNARDI F., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Le attività di indagine*, cit., p. 216; VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 85

¹⁹⁰ Cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 85.

¹⁹¹ Diversamente, cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 229, il quale circoscrive il perimetro operativo della norma alla facoltà di non rispondere, salvo che il numero delle mancate risposte alle domande poste dal difensore siano così numerose da corrispondere, nella sostanza, alla totale reticenza.

¹⁹² Critico sulla necessità di un invito scritto e ufficiale, cfr. RANDAZZO E., *Casi e quesiti*, in *AA. VV., Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, p. 312.

¹⁹³ Cfr. VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 63, che considera l'ipotesi di una notifica effettuata tramite ufficiale giudiziario.

Nondimeno, la connotazione formale della chiamata decade senz'altro in svariate occasioni.

Ad esempio, laddove il soggetto sia privo di fissa dimora o quando risulti impossibile documentare l'esercizio della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni come nell'ipotesi di un colloquio informale nel quale il soggetto si rifiuti di attestare lo stesso diniego.

Viceversa, appare ragionevole ritenere che una corretta strategia difensiva imponga al difensore di evitare la documentazione del rifiuto, poiché in siffatta maniera dovrebbe condividersi la fonte informativa, peraltro già dimostratasi ostile, con la controparte pubblica. Quindi, pare lecito ritenere che la mera indicazione di tale circostanza legittimi la richiesta di audizione condivisa.

Da un punto di vista temporale la norma evita di indicare limitazioni, lasciando pertanto intatta l'opportunità di richiedere l'audizione della fonte¹⁹⁴ anche a distanza di molto tempo dal primitivo rifiuto del soggetto informato ad essere sentito dal difensore.

La norma, formulata mediante un precetto che impone al pubblico ministero di dare corso all'audizione entro il termine ordinatorio¹⁹⁵ di sette giorni, rimane priva di sostanza in quanto non risulta presidiata da alcuna sanzione in caso di inerzia del pubblico ministero¹⁹⁶. Egli viene lasciato – apparentemente – alla “mercé” del volere difensivo poiché il legislatore usa l'espressione “*dispone*”, introducendo una sorta di automatismo fra la richiesta difensiva e l'agire della parte pubblica, escludendo ogni vaglio di ammissibilità¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Come già indicato, in mancanza di un'autorità procedente tale procedura non può essere instaurata nella fase delle indagini preventive.

¹⁹⁵ Cfr. BOVIO C., *L'attività espletabile*, cit., p. 184, ma anche CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 89.

¹⁹⁶ Sul punto, cfr. BOVIO C., *L'attività espletabile*, cit., p. 184, il quale, in caso di ritardo nella risposta, considera l'ipotesi di una responsabilità disciplinare del magistrato. In tale evenienza, il difensore potrà revocare l'originale istanza al fine di richiedere l'incidente probatorio.

¹⁹⁷ Riferiscono in tema di automatismo e di assenza di discrezionalità, FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 229; SPANGHER G., *I profili soggettivi*, cit., p. 161; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 310.

Tuttavia, deve comunque riconoscersi un limitato potere¹⁹⁸ di apprezzamento¹⁹⁹ del pubblico ministero²⁰⁰ sulle richieste del difensore, pur in assenza di qualsiasi parametro di riferimento in merito a tale valutazione.

Inoltre, nel caso in cui il pubblico ministero rimanga silente alla richieste difensive, l'unica "sanzione" – assai poco utile alla strategia difensiva – si ravvisa nel profilo di responsabilità disciplinare *ex art. 124 c.p.p.* nonché penale *ex art. 328 c.p.*, ove il pubblico ministero ometta senza giustificato motivo il compimento dell'atto richiesto dal difensore.

Da un punto di vista pratico, si rileva l'applicazione delle disposizioni di cui al richiamato art. 362 c.p.p.²⁰¹ con la peculiarità della presenza del difensore "*che per primo formula le domande*" *ex art. 391 bis comma 10 c.p.p.*

Peraltro, nulla esclude che in seguito all'audizione condivisa il pubblico ministero possa procedere al compimento dell'atto senza la presenza del difensore, onde rivolgere al soggetto tutte le domande che non abbia ritenuto di porre innanzi anche al difensore, potendo anzi giovare di quanto emerso in quella sede per approfondire con la dovuta tranquillità eventuali ulteriori aspetti di indagine da sviluppare con il dichiarante. Al contrario, sarebbe senz'altro censurabile la condotta del pubblico ministero che, appresa la notizia dell'esistenza della fonte a seguito di istanza di audizione condivisa da parte del difensore, prima di dare corso alla procedura richiesta provveda di propria iniziativa all'assunzione di informazioni; anche se è appena il caso di rilevare come la legge non colleghi alcuna sanzione processuale per l'atto assunto in

¹⁹⁸ Trattasi di questione già sfociata nelle aule giudiziarie, aggravando la situazione in cui versa l'indagine del difensore.

¹⁹⁹ Favorevoli ad ammettere il legittimo diniego del pubblico ministero nel solo caso in cui abbia esercitato il potere di segretezza, BRICCHETTI R., *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1, p. 47; FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 229; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 312.

²⁰⁰ In senso critico sul mancato riconoscimento di discrezionalità per il pubblico ministero nell'accoglimento della richiesta, cfr. CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 897; CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 90.

²⁰¹ Atto che il pubblico ministero può delegare anche alla polizia giudiziaria *ex art. 370 c.p.p.* In questo senso, recentemente, cfr. Cass., Sez. III, 27 febbraio 2007, in GERACI C., in *Guida dir.*, 2007, n. 28, p. 65. *Contra*, in dottrina cfr. VENTURA P., *Il verbale delle dichiarazioni rese non va nel fascicolo dell'avvocato*, in *Guida dir.*, 2007, n. 28, p. 69 e ss., dubbioso altresì in ordine alla possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo del dichiarante.

violazione di tale regola di correttezza la quale, per vero, non integra un autentico divieto rilevante in termini di inutilizzabilità generale ai sensi dell'art. 191 c.p.p..

La documentazione redatta, in assenza di una chiara previsione, si ritiene debba convogliarsi all'interno del fascicolo delle indagini preliminari, in ragione del rinvio alla disciplina degli atti compiuti ai sensi dell'art. 362 c.p.p., lasciando tuttavia emergere due questioni: in primo luogo, la necessità di formulare in sede di audizione, *ex art. 391 bis* comma 3 c.p.p., gli avvertimenti di rito, e, successivamente, la facoltà attribuita al difensore di produrre il connesso verbale all'interno del procedimento penale.

28. Incidente probatorio.

Il difensore che si trovi di fronte a una persona informata sui fatti ovvero di indagato o imputato nel medesimo procedimento o in altro connesso o collegato che si avvalga della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni, può, nella prima ipotesi, chiedere che si proceda mediante incidente probatorio.

Si tratta di un rimedio che produce effetti assai diversi.

Infatti, se il colloquio investigativo tradotto nella verbalizzazione di dichiarazioni può essere variamente utilizzabile in seno al procedimento penale ai sensi dello statuto sulle investigazioni difensive, l'incidente probatorio di cui all'art. 391 *bis* comma 11 c.p.p. permane teso alla formazione anticipata della prova con la sola caratteristica di utilizzare quale fonte il soggetto rimasto silente dinanzi alle richieste del difensore²⁰².

Si tratta di un'ipotesi specifica individuata per il solo difensore e concessa dal legislatore anche – e, diremmo, soprattutto – al di fuori del perimetro di cui all'art. 392 comma 1 c.p.p., che, pertanto, lascia aperti due interrogativi.

Il primo attiene alla finestra temporale all'interno della quale sia possibile attivare tale strumento processuale. A rigor di logica, il parallelo con l'ordinaria disposizione dell'art. 392 c.p.p. ne consente l'attivazione anche nella fase

²⁰² Cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 231.

dell'udienza preliminare, quale diretta conseguenza della nota pronuncia²⁰³ della Consulta del 1994.

Per quanto concerne, invece, la possibilità di esercitare tale strumento in parallelo a tutto l'arco temporale durante il quale vengono concessi al difensore i poteri dell'indagine privata, occorre una premessa. Posto che si tratta di una facoltà difensiva straniera al corredo delle esigenze classiche dell'incidente probatorio, che nulla condivide con il carattere della non rinviabilità della prova, deve – altrettanto logicamente – vedersi rimosso ogni limite statuito dall'art. 393 c.p.p. e dalla sentenza della Consulta del 1994, lasciando libero il difensore di abolire le resistenze della fonte silente mediante il ricorso a tale strumento.

Così ragionando, tuttavia, non soltanto deve considerarsi aperta la finestra temporale di utilizzabilità dell'incidente probatorio di cui all'art. 391 *bis* comma 1 c.p.p. alla fase procedimentale, bensì estesa alla momento dell'esecuzione o laddove si intenda richiedere la revisione²⁰⁴ ex art. 633 c.p.p..

Chiarita l'estensione temporale, deve analizzarsi una seconda questione attinente ai soggetti legittimati a proporre la richiesta.

L'istituto dell'incidente probatorio vede nell'art. 394 c.p.p. una limitazione che costringe la persona offesa a formulare una richiesta “indiretta” attraverso il pubblico ministero. Tuttavia, si ritiene che lo statuto sull'indagine privata attribuisca naturalmente – ed in deroga alla citata barriera – la facoltà di cui all'art. 391 *bis* comma 11 c.p.p. anche al difensore della persona offesa, fatta salva l'esigenza di compulsare²⁰⁵ per tale via la sola fonte rimasta silente.

Pari integrazione interpretativa si pone in merito alle modalità operative, posto che il rinvio alle forme stabilite per il dibattimento contenuto nell'art. 401 comma

²⁰³ Cfr. C. cost., 10 marzo 1994, n. 77, in *Giur. cost.*, 1994, p. 776, con nota di DEAN G., *Nuovi limiti cronologici dell'incidente probatorio (ivi, p. 780)*.

²⁰⁴ Peraltro, senza nulla rilevare il momento in cui si verifica tale circostanza, come ricorda FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 229. La norma prevedeva inizialmente la facoltà di ricorrere al “giudice” omettendo di ricordare l'incidente probatorio, agibile soltanto nella fase predibattimentale, comprimendo – per questa via – il diritto di difesa.

²⁰⁵ Favorevole BERNARDI F., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Le attività di indagine*, cit., p. 216; FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 233; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., 323.

5 c.p.p. impone di legittimare alla conduzione dell'esame il soggetto richiedente – vale a dire il difensore – e quindi anche il legale della persona offesa.

Nel caso in cui il pubblico ministero eserciti la facoltà di segretazione della fonte ai sensi dell'art. 391 *bis* comma 5 c.p.p., sia prima della richiesta del difensore di ammissione dell'incidente probatorio²⁰⁶, che in seguito ad essa perché venuto a conoscenza di tale fonte proprio dalla richiesta difensiva e determinatosi a proteggerla²⁰⁷, il compendio di esigenze opposte affronterà nella sede naturale il vaglio giudiziale per l'ammissibilità della procedura incidentale.

Più in generale, la diversità di trattamento fra accusa²⁰⁸ e difesa, per una volta dichiaratamente in favore della difesa, non sembra sollevare concrete questioni di illegittimità costituzionale, anche tenuto conto del fatto che difficilmente un difensore sarà tentato di affrontare un testimone potenzialmente ostile senza avere la possibilità di lasciare inutilizzate le eventuali dichiarazioni a carico del proprio assistito.

In ogni caso, persino nell'ipotesi in cui il pubblico ministero possa avervi comunque interesse, sarebbe stato alquanto incongruo – per non dire anticostituzionale – prevedere un potere del pubblico ministero di compulsare unilateralmente la fonte e poi, una volta appurata l'entità del suo patrimonio conoscitivo, consentirgli di attivare l'incidente probatorio onde cristallizzare una prova di reità non soggetta a volatilizzazione²⁰⁹.

29. Segretazione del pubblico ministero.

²⁰⁶ Evenienza che dovrà essere rappresentata in sede di deduzioni *ex art.* 396 c.p.p. a cura del pubblico ministero. Sul punto vedasi FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 234.

²⁰⁷ In senso contrario al differimento dell'incidente probatorio, FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 234.

²⁰⁸ D'altronde, il pubblico ministero non soffre del medesimo rischio di interpellare un testimone silente, potendo, laddove ciò si verifici, perseguire la fonte a norma di legge.

²⁰⁹ *Contra*, favorevole all'attribuzione al pubblico ministero della medesima facoltà di accedere all'incidente probatorio di cui gode oggi il difensore, cfr. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, cit., p. 234.

Il dispositivo dell'art. 391 *quinquies* c.p.p. consente al pubblico ministero di vietare alle persone già sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza allorché ricorrano “*specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine*”, mediante decreto motivato e per un periodo non superiore a due mesi.

La norma così definita attribuisce all'accusa il potere di ergere un muro invalicabile per la difesa²¹⁰, isolando la fonte e trattenendo – in esclusiva – ogni suo contributo dichiarativo. Regola che trova naturale sponda nel corrispondente art. 391 *bis*, comma 4, c.p.p., laddove il legislatore ha voluto arginare il – solo – vaglio difensivo, impedendogli di sondare la fonte sulle domande formulate dal pubblico ministero ed alle risposte a lui date.

Tuttavia l'opera di sintesi normativa si presenta debole in quanto offre facile spunto alla identificazione di “*specifiche esigenze*” di indagine, lasciando così nelle mani del pubblico ministero un'ampia gamma di motivazioni²¹¹ utilizzabili strumentalmente, senza che la difesa possa godere di un sistema di impugnazione avverso il decreto dell'accusa²¹².

Il limite temporale, confinato a due mesi, sembra giustificare un'esigenza dal contenuto definito, non reiterabile e connesso – in buona sostanza – più alle scelte dell'accusa che non alle necessità delle indagini. Tuttavia, emerge chiaramente l'ampio spettro della segretezza che si lascia espandere²¹³ sino a ogni circostanza nella quale la fonte informata sui fatti potrebbe venire chiamata a riferire su quanto a sua conoscenza, costringendola al silenzio, pena l'integrazione del reato di cui all'art. 379 *bis* c.p. che punisce – tra le altre – la condotta della “*persona che, dopo avere rilasciato dichiarazioni nel corso delle indagini*”

²¹⁰ Sull'idoneità del potere del pubblico ministero di estendere, mediante la segregazione, la sanzione penale a chiunque comunichi notizie che attengano all'oggetto dell'indagine, cfr. Cass. Pen. sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 20105.

²¹¹ Cfr. CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 19.

²¹² Peraltro, trattandosi di una chiusura completa, si paventano profili di incostituzionalità della disposizione, sotto il profilo della disparità di trattamento tra accusa e difesa. Cfr. sul punto TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 257.

²¹³ In effetti, la tecnica normativa di tale disposizione si presta a censure in quanto si potrebbe immaginare che la fonte debba ritenersi gravata da un obbligo di segreto da opporre – financo – alla polizia giudiziaria che procedesse di propria iniziativa all'assunzione di sommarie informazioni.

preliminari, non osserva il divieto imposto dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 391 quinquies del codice di procedura penale”.

Chiarite le conseguenze penali statuite per la fonte che violi il silenzio, la cui perseguibilità – ai sensi dell'art. 5 c.p. per inescusabilità dell'ignoranza della legge penale – sopravvive anche nell'ipotesi di mancata comunicazione da parte del pubblico ministero delle conseguenze di tali rivelazioni oggetto di segretazione, permane l'incognita riguardo l'utilizzabilità dei contributi dichiarativi così forniti.

Non risultando alcuna previsione espressa, essi dovranno ritenersi inutilizzabili²¹⁴ in ragione della genesi illecita del materiale probatorio assunto in violazione della legge penale.

30. Acquisizione di documentazione.

Nel compendio delle forme reali, per loro stessa natura sciolte da pastoie legislative tese a proteggerne l'autenticità, si rinviene l'acquisizione di documenti presso la pubblica amministrazione.

Trattandosi di prova ontologicamente preconstituita, infatti, assai minori – se non addirittura inesistenti – sono i pericoli di inquinamento dell'elemento probatorio che trova la sua origine all'esterno del procedimento penale.

La ricerca, pur essendo azionata da una singola parte, non suggerisce diffidenza poiché espressione di un potere che nulla può, se non in violazione deliberata di regole penali e deontologiche, in termini di produzione del materiale probatorio.

Lo statuto sulle investigazioni difensive consente al difensore e, ai sensi dell'equiparazione espressa dall'art. 102 c.p.p., anche al sostituto incaricato²¹⁵ di

²¹⁴ Contra, cfr. FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, cit., p. 186.

²¹⁵ Cfr sul punto, TRANCHINA G., *L'investigazione difensiva*, cit., p. 168; TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 343 e SPANGHER G., *I profili soggettivi*, cit., p. 155. Viceversa, isolano l'attività in questione al solo difensore GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 172 e IADECOLA G., *Le nuove indagini investigative da parte dell'avvocato*, in *Giur. merito*, 2001, p. 565. Estende infine la facoltà di accesso a tutti i soggetti dell'indagine, VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 124.

chiedere alla pubblica amministrazione che ha formato i documenti oggetto di interesse difensivo o che li detiene stabilmente, di estrarne copia a sue spese, *ex art. 391 quater c.p.p.*

A ben guardare il panorama dei poteri difensivi, si rinvengono altre facoltà attribuite al difensore – e non solo – quale il potere di richiedere documenti alla pubblica amministrazione in forza dell'art. 22 della l. 7 agosto 1990, n. 241²¹⁶ e del generale diritto di accesso ai documenti amministrativi ivi riconosciuto “*a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*”. Posto che le finalità di tali strumenti sono distinte, nulla si oppone al loro utilizzo processuale una volta che i documenti ricercati siano legittimamente acquisiti.

Diversamente dalle guarentigie poste a tutela dell'autenticità dei contributi dichiarativi, la forma della richiesta documentale non deve soddisfare alcun presupposto se non quello di presentazione delle ragioni dell'istanza – in effetti, assai stringate – dell'incarico difensivo ricevuto e del riferimento al procedimento penale²¹⁷, né soffre di particolari limitazioni temporali allineandosi alla finestra all'interno della quale sono consentite le indagini difensive²¹⁸.

Piuttosto, nel caso in cui la pubblica amministrazione rifiuti di consentire l'accesso – estrazione di copia dei documenti, il difensore potrà esercitare, ai sensi dell'art. 391 *quater*, comma 3, c.p.p., il potere²¹⁹ di chiedere l'apposizione del vincolo di sequestro sui documenti, di cui l'amministrazione ha impedito l'ostensione, al pubblico ministero il quale, in caso di mancato accoglimento, trasmette con il proprio parere l'istanza al giudice per le indagini preliminari per la decisione.

²¹⁶ Per un chiarimento giurisprudenziale sulla diversità motivazionali fra le due tipologie di istanze (*ex artt. 391 quater c.p.p. e 22 della l. 7 agosto 1990, n. 241*), cfr. Cass. Pen. sez. IV, 26 aprile 2007, n. 1896.

²¹⁷ Per tali motivi, non sembra perentoria l'indicazione proveniente dalla dottrina in ordine alla necessaria esibizione del mandato professionale, alla indicazione del procedimento pendente in corso, all'esplicazione dell'oggetto di questo nonché ai motivi di rilevanza del documento richiesto. Cfr. BOVIO C., *L'attività espletabile*, cit., p. 198; GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 173; TRIGGIANI N., *L'indagine difensiva*, cit., p. 344; VENTURA P., *L'indagine difensiva*, cit., p. 126.

²¹⁸ Cfr. *ut supra*, nel capitolo dedicato ai termini temporali, pg. 75.

²¹⁹ Sul punto vedasi DI CHIARA G., *Le linee prospettive del “difendersi ricercando”*, cit., p. 17, che osserva la scarsa rilevanza della novità introdotta, potendo il difensore attivare la medesima procedura già prima dell'introduzione dell'espressa previsione, in forza degli stessi artt. 367 e 368 c.p.p.

Posto che la novità rispetto al provvedimento cautelare consiste nella possibilità di azionare tale strumento anche al di fuori delle ipotesi che ordinariamente ne consentirebbero l'emissione, vale a dire anche nei casi in cui il documento non costituisca²²⁰ corpo del reato né cosa pertinente al reato, si tratta di una procedura *de plano* che non viene assistita da termini perentori né ordinatori. Né, peraltro, tale giudizio risulta soggetto a censure poiché la decisione del giudice adito sulla necessità di procedere al sequestro probatorio, *ex art.* 368 c.p.p., è sottratta ad ogni mezzo di impugnazione in applicazione del principio di tassatività fissato dall'art. 568 c.p.p.²²¹.

Certo, il diniego del Gip potrà essere argomento di doglianza futura in ordine alla mancata assunzione della prova, ma soltanto con riferimento a future e distinte impugnazioni.

L'esistenza di un rimedio per contrastare il rifiuto della pubblica amministrazione a "concedere" i documenti in suo possesso, tuttavia, non soddisfa pienamente i principi che sottendono le indagini difensive lasciando che gli echi della teoria della canalizzazione si riaffaccino nuovamente per decretare un diritto concesso in forma attenuata.

Diverso è il caso della documentazione in possesso dei soggetti privati fra i quali, da citarsi per l'incidenza e la rilevanza statistica, gli istituti di credito.

Qui, assente ogni diritto²²² a ottenere i documenti ricercati, permane la facoltà di richiedere il sequestro²²³ a norma degli artt. 367 e 368 c.p.p. di cui si è detto, ma con specifico riferimento al solo corpo del reato ovvero cosa pertinente al reato.

Più in generale, dallo scarno dispositivo dell'art. 391 *quater* c.p.p. ne discende un diritto di acquisire documenti che appare mutilato nei confronti della pubblica amministrazione e periglioso nei confronti dei privati.

²²⁰ In questo senso, cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 176.

²²¹ Cfr. Cass. Pen. sez. III, n. 42969/2007.

²²² Si tratta evidentemente di un'irragionevole diversità di trattamento rispetto alla disciplina dettata con riferimento al diritto di accedere ai luoghi privati o non aperti al pubblico.

²²³ Cfr. Cass. Pen. sez. II, 12 ottobre 2005, n. 42588, la quale ha chiarito come il semplice accesso autorizzato dal giudice non sia sufficiente per consultare la documentazione custodita dagli istituti di credito, da considerarsi "*off limits*".

Infatti, si tratta di precetti collegati a rimedi processuali inabili a fornire un vero diritto. Di fronte al rifiuto del soggetto possessore dei documenti, sia esso pubblica amministrazione che privato, il legislatore ha statuito che il difensore tornasse a rivolgersi al pubblico ministero, e, in caso di un secondo rifiuto, al Gip, senza che quest'ultima – ma prima decisione giudiziale – venisse assistita da un regime di impugnazioni.

Nondimeno si tratta di operazioni tese a cercare elementi probatori dei quali non si ha contezza, potenzialmente deleteri per la difesa, la cui canalizzazione verso il pubblico ministero “spunta” uno strumento processuale che dovrebbe godere di maggiore autonomia, anche in considerazione del fatto che nasce come prova precostituita sulla cui autenticità, come detto, non gravano pregiudizi.

Come si discorrerà più oltre, ben più fruttuosa sarebbe l'eliminazione della distinzione fra soggetti detentori del documento e il convogliamento delle richieste, in caso di loro rifiuto all'estrazione di copia, direttamente al Gip, lasciando che la controparte pubblica sia – giustamente – all'oscuro delle attività difensive.

31. Accesso ai luoghi.

Lo visione e la documentazione dello stato delle cose nel luogo ove è stato commesso il reato²²⁴, sia in prossimità degli eventi che lo hanno determinato, ma anche in seguito, rappresenta il nucleo centrale delle indagini²²⁵, tanto dell'accusa quanto della difesa.

²²⁴ Tuttavia LORUSSO S., *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 268, segnala che la norma copre “un'area più ampia di quella del sopralluogo in senso stretto ben potendo l'accesso operato dalla difesa riguardare un luogo diverso dalla scena del crimine”. Nello stesso senso CONFALONIERI A. *La ricostruzione della scena del delitto ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del “sopralluogo giudiziaria della difesa”*, in *Dir. Pen. Proc.* 2007, p. 809, che mette in luce la necessità di estendere l'indagine ben oltre il *locus commissi delicti*, per accedere a “qualsiasi luogo che offra al difensore la possibilità di reperire elementi probatori a discarico”.

²²⁵ Ciononostante, come sottolinea LORUSSO S., op. cit., p. 270, la normativa “non si segnala certo per rigore e precisione, collocandosi in quella scia di tentennamenti e carenze normative che denota uno scarso interesse del legislatore per la materia, traducendosi in assenza di regole chiare sulla conservazione dello stato dei luoghi e che evitino la dispersione o l'alterazione delle tracce del reato, di ogni specificazione di ciò che è consentito e di ciò che è vietato al team

A dispetto dei ben più invasivi poteri concessi al pubblico ministero, il difensore, il suo sostituto, il consulente e l'investigatore privato a ciò incaricati, possono accedere a tali luoghi *“per prendere visione dello stato dei luoghi o delle cose”* ovvero *“per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi”* con riferimento sia ai luoghi pubblici o aperti al pubblico *ex art. 391 sexies c.p.p.*, sia a quelli privati o non aperti al pubblico *ex art. 391 septies c.p.p.*²²⁶.

Si tratta di due ipotesi fra loro naturalmente distinte, in quanto la prima è accessibile al pubblico con o senza limitazioni per tutto l'arco delle indagini difensive, mentre la seconda è oggetto delle restrizioni che presidiano la proprietà privata e, laddove manchi il consenso dell'avente diritto, con esclusione della fase delle indagini preventive.

Sebbene per quanto concerne i luoghi pubblici o aperti al pubblico, il pubblico ministero possa isolare o cristallizzare gli ambienti mediante il loro sequestro al fine di preservare la scena del crimine, il difensore e i suoi incaricati possono senz'altro accedervi²²⁷ per le esigenze difensive.

Permane la regola dettata dall'art. 354 c.p.p., che impone alla polizia giudiziaria di curare che *“che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi non venga mutato”* (comma 1), ovvero a compiere *“i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi o delle cose”* se *“vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modifichino”* (comma 2).

difensivo nella sua azione sulla scena del crimine e, in particolare, dell'indicazione espressa di quali siano le operazioni e gli accertamenti validamente eseguibili dalla difesa in loco e sui reperti individuati, così come delle cautele che devono accompagnare l'apprensione e la conservazione degli stessi”.

²²⁶ Peraltro, come chiarito dalla giurisprudenza, il potere di accedere ai luoghi – siano essi pubblici o aperti al pubblico *ex art. 391 sexies c.p.p.*, ovvero privati o non aperti al pubblico *ex art. 391 septies c.p.p.* – prevede per il difensore esclusivamente la possibilità di ispezione dei luoghi *“ma non i poteri di perquisizione al fine di acquisire documentazione”*, in quanto tale ultima attività è disciplinata dall'art. 391 *quater c.p.p.*, cfr. Cass. Pen. sez. II, 12 ottobre 2005, n. 42588.

²²⁷ Si tratta di un diritto che trova un limite nell'eventuale apposizione dei sigilli indicanti il sequestro operato dall'autorità procedente; barriera questa che non potrà essere superata mediante l'invocazione della facoltà di accedere ai luoghi sottoposti a sequestro. Il difensore, invece, dovrà fare riferimento alle norme in tema di sequestro, rivolgendo istanza al pubblico ministero per ottenere la rimozione dei sigilli al fine accedere legittimamente ai luoghi sottoposti a vincolo reale, ovvero, nel caso in cui l'oggetto dell'indagine privata sia un bene, giovandosi dell'art. 233 commi 1 *bis* e 1 *ter c.p.p.*, per procedere all'esame delle cose sequestrate.

A tal fine sarà fortemente presumibile che i due percorsi di indagine, l'uno del difensore teso a ricercare elementi a discarico – pur nel rispetto della scena crimine²²⁸, – e l'altro della polizia giudiziaria, preoccupata di un inquinamento probatorio (che si vuole assumere come rischio determinato da comportamenti involontari), siano fra loro collegati al momento dell'accesso di una zona sottoposta a sequestro penale, anche soltanto per procedere alla rimozione e riapposizione dei sigilli che ne annunciano il sequestro.

Da un punto di vista prettamente temporale, laddove le indagini vengano invece azionate contemporaneamente, parte della dottrina²²⁹ ritiene che debba attribuirsi alla polizia giudiziaria in ragione delle sue funzioni pubbliche tese a *“prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale”*, come disposto dall'art. 55 comma 1 c.p.p., non fosse altro per il potere di sequestrare il corpo del reato e le cose a questo pertinenti, *“se del caso”* ex art. 354 comma 2 c.p.p..

La questione appare meno chiara se viene sottoposta alla cartina tornasole del principio della parità delle armi fra accusa e difesa.

Da questo punto di vista, la disciplina in mano agli operatori si rivela incompleta, inopportuna sbilanciata a favore della parte pubblica. La distinzione fra pubblica amministrazione e privato non appare insuperabile e, al contempo, il vaglio sui presupposti degli accessi troverebbe una valutazione imparziale solo se le istanze venissero confluite direttamente al Gip ovvero al giudice investito della decisione sul merito dell'imputazione.

Pur meno probabile, presenta della complessità l'ipotesi di un difensore prontamente avvisato dal proprio assistito che intervenga nel luogo dei fatti in anticipo rispetto alla polizia giudiziaria.

Egli si troverà di fronte a due opposte tensioni.

²²⁸ Cfr. art. 14 comma 1 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007.

²²⁹ In questo senso, TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 356.

Da un lato, sarà libero da vincoli in quanto non previsti dal codice di rito, ben potendo agire al meglio per il proprio assistito in una scena del crimine priva di contaminazioni.

Dall'altro, proprio quella libertà operativa costituirà fonte di pericoli imprevisti.

Una qualsivoglia alterazione dello stato dei luoghi o delle cose potrebbe vederlo imputato nel reato di frode processuale *ex art. 374 c.p.*, ovvero di favoreggiamento personale *ex art. 378 c.p.*, delitti che – richiedendo il dolo dell'autore – non forniscono però alcuna garanzia di salvaguardia dell'ambiente rispetto a condotte imprudenti o imperite.

Ovviamente, non si rilevano distinzioni di metodo nell'accesso ai luoghi privati ovvero non aperti al pubblico. L'art. 14 comma 2 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, infatti, prevede la formulazione di taluni avvertimenti preliminari all'accesso in tali luoghi, segnatamente che “*i soggetti della difesa, nel richiedere il consenso di chi ne ha la disponibilità, lo avvertano 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*”.

Tale ultima prescrizione rende impraticabile, sotto il profilo deontologico, la prospettiva delineata in dottrina per cui l'autorizzazione del giudice potrebbe essere richiesta pure in via preventiva, senza verificare previamente la disponibilità del titolare del luogo, onde evitare che – nelle more dell'autorizzazione “*successiva*” – costui possa alterare, per qualsiasi ragione, lo stato dei luoghi²³⁰.

Diverso è il caso dei luoghi di proprietà privata, nei quali, a fronte del rifiuto del soggetto privato, l'art. 391 *septies* comma 1 c.p.p. conferisce al difensore²³¹ espressamente – e al suo sostituto in forza dell'art. 102 c.p.p. – il potere di farsi autorizzare dal giudice, con decreto motivato che enuncia le modalità

²³⁰ Da intendersi come una norma comportamentale che censura l'accesso autorizzato a sorpresa, cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 182; VENTURA P., *Le indagini difensive*, cit., p. 110.

²³¹ *Contra*, attribuendo titolo al compimento di tale attività al mero difensore, CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 99.

dell'accesso. Tuttavia, come per altri strumenti difensivi, anche in questo caso non è previsto né un termine per la decisione, né tanto meno uno strumento di impugnazione avverso l'eventuale diniego giudiziale, dato ultimo che profila sospetti di incostituzionalità della disciplina per quanto attiene all'esercizio del diritto alla prova garantito dall'art. 111 comma 3 Cost.

La tutela della persona che abbia la disponibilità dei luoghi privati avviene – in misura piuttosto attenuata – mediante l'assistenza di soggetto di sua fiducia, da individuarsi liberamente, ma solo se prontamente reperibile e con esclusione dei minori di anni 14, di persone palesemente affette da infermità di mente o in stato di manifesta ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti o psicotrope, ovvero ancora persone sottoposte a misure di sicurezza detentive o di prevenzione, secondo i requisiti fissati dal combinato disposto degli artt. 391 *septies* comma 2 e 120 c.p.p..

L'art. 391 *septies*, procede ad un'ulteriore specificazione al comma 3, fornendo l'ulteriore requisito per i luoghi sottoposti alla tutela dell'art. 14 Cost., ovvero il domicilio privato e le sue pertinenze, che la legge dichiara non consentito²³² “salvo che sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato”²³³.

Si tratta di una restrizione²³⁴ che si riferisce alle ragioni dell'accesso limitandole ad un campo di indagine confinato, appunto, alle tracce e gli altri effetti materiali del reato.

32. Rilievi ed accertamenti tecnici.

²³² Ovviamente, nell'ipotesi in cui il soggetto che dispone di tali luoghi non presti il proprio consenso poiché in caso contrario nulla osta all'accesso del difensore anche nel domicilio privato e sue pertinenze.

²³³ In effetti, quando il difensore agisce nell'alveo dell'autorizzazione del giudice, l'eventuale resistenza del titolare del luogo all'accesso costituisce una violazione di cui all'art. 650 c.p..

²³⁴ Secondo parte della dottrina l'inciso “non è consentito (...) salvo che” lascia intendere che per avere accesso ai luoghi di abitazione sia necessario un provvedimento autorizzativo del giudice teso ad accertare tracce ed effetti materiali del reato, cfr. TRANCHINA G. *L'investigazione difensiva*, cit., p. 173.

L'art. 391 *sexies* comma 1 c.p.p. attribuisce ai soggetti abilitati all'esecuzione delle indagini difensive la facoltà di eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici, audiovisivi presso i luoghi nei quali hanno avuto accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose²³⁵.

La distinzione sostanziale con le attività poste in essere dalla polizia giudiziaria si rileva fin da subito.

Infatti, costruendo un parallelo con gli artt. 354, 359, 359 *bis* e 360 c.p.p. che strutturano i rilievi e gli accertamenti concessi al pubblico ministero, si nota immediatamente una grande invasività dei poteri dell'accusa, capace di effettuare il prelievo coattivo di campioni biologici (pur dovendo proporre istanza al Gip), rilevare impronte digitali, prelevare campioni per effettuare analisi chimiche e via seguendo. Inoltre, come ha chiarito la giurisprudenza, la difesa non gode di poteri di perquisizione al fine di acquisire documentazione²³⁶.

La nozione di accertamento, definibile come lo studio e l'elaborazione critica su base tecnico – scientifica²³⁷ di quanto rilevato, può così fondarsi su pregnanti elementi probatori che la fase di raccolta / rilievo ha potuto produrre grazie, appunto, alla maggior invasività delle operazioni concesse all'accusa.

L'opera del difensore, invece, si traduce in un'attività meramente descrittiva di quanto rilevato dai sensi e finalizzata a strutturare il bastione difensivo.

Il dispositivo si presenta povero e la giurisprudenza quasi inesistente, lasciando un operatore che nel luogo dei fatti procede senza interagire²³⁸ con l'ambiente analizzato, delegando l'opera di accertamento ad un secondo momento, presumibilmente ad un consulente tecnico di parte.

²³⁵ Tuttavia come già ribadito *ut supra*, “*le investigazioni difensive ai sensi degli artt. 327 bis e 391 sexies c.p.p. non possono spingersi fino al punto di realizzare una qualunque attività sui luoghi e sulle cose che possa alterarne lo stato*”, cfr. Trib. Nola, Ord. 03 marzo 2005.

²³⁶ Cass. Pen. sez. II, n. 42588/2005.

²³⁷ Cass. Pen. sez. I, n. 301/1990.

²³⁸ Nondimeno, rileva CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive*, cit., p. 99, che “*qualunque nuovo, virtualmente non prevedibile, strumento tecnologico che l'irruente progresso quotidiano potrà mettere a disposizione degli investigatori e dei consulenti dovrà essere considerato lecito, sempre che non violi il principio di tutela della libertà morale delle persone consacrato negli artt. 188 e 189 c.p.p.*”.

33. Atti non ripetibili.

Chiarita la natura attenuata della strumentazione concessa per le attività che non sono destinate a formare prove, in quanto ripetibili, tutto cambia laddove il compimento del rilievo abbia conseguenze fatali per ulteriori accertamenti, tali da rendere non più eseguibile l'atto.

La dottrina ha effettuato un'ulteriore distinzione tra rilievi irripetibili in quanto indifferibili – nel senso che possono compiersi soltanto in un determinato momento, poiché il dato da rilevare è soggetto a modificazioni inevitabili non dipendenti dall'esecuzione del rilievo stesso – e rilievi irripetibili che comportano, proprio a causa del loro compimento, un esaurimento della fonte o una modifica irreversibile dello stato dei luoghi e delle cose da rilevare.

Quest'ultima categoria di operazioni, in quanto rispondenti alla definizione data dall'art. 117 disp. att. c.p.p., sarebbero assimilabili non tanto ai rilievi irripetibili, bensì agli accertamenti tecnici non ripetibili, di cui dovrebbero quindi condividere il più rigido regime di effettuazione.

Da notare che analoga distinzione tra accertamenti e rilievi irripetibili è contemplata con riferimento agli atti del pubblico ministero, come si deduce dall'incipit dell'art. 360 c.p.p., che parla espressamente dei soli accertamenti. Peraltro, sulla base delle medesime considerazioni, dovrebbe ritenersi che anche gli atti irripetibili del pubblico ministero risultino soggetti alla disciplina di cui all'art. 360 c.p.p. non soltanto se si tratta di accertamenti tecnici – che importano opera di valutazione –, ma anche allorché si tratti di semplici rilievi – mediante un'attività di osservazione – che, comportando a causa del loro compimento un esaurimento della fonte o una modificazione irreversibile dell'oggetto di osservazione, risultano irreversibili ai sensi dell'art. 117 disp. att. c.p.p..

Ne sarebbero esclusi, quindi, i soli rilievi irripetibili indifferibili, come accade per gli atti del difensore, garantiti dalla semplice facoltà della controparte di presenziare al compimento²³⁹.

²³⁹ Così VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., p. 114.

Con esclusione delle ipotesi in cui risulta applicabile l'art. 234 c.p.p., il dispositivo dell'art. 391 *decies* c.p.p. statuisce la distinzione fra gli atti irripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi *ex art. 391 decies*, comma 2, c.p.p., in ragione della loro natura non estimativa, e gli accertamenti irripetibili *ex art. 391 decies*, comma 3, c.p.p., che comportano anche il successivo momento valutativo.

Con il secondo periodo del medesimo comma, il legislatore ha infine voluto presidiare tali atti non ripetibili e destinati a confluire nel fascicolo del difensore e nel fascicolo del pubblico ministero, stabilendo che quest'ultimo, personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria, ha facoltà di assistervi, lasciando, in caso contrario, il difensore libero di decidere se depositare o meno la documentazione dell'atto espletato.

La presenza del pubblico ministero alla formazione dell'atto comporta, in adesione all'art. 431 comma 1 lett. c, c.p.p., la sua destinazione finale nel fascicolo per il dibattimento e la sua utilizzabilità ai fini decisorii sul merito dell'imputazione.

34. Accertamenti tecnici non ripetibili.

Ai sensi dell'art. 360 comma 1 c.p.p., il difensore ha facoltà di procedere ad accertamenti che riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione.

La norma è completata dall'art. 117 disp. att. c.p.p. che la estende agli accertamenti che determinano “*modificazioni*” delle cose, dei luoghi o delle persone tali da rendere l'atto non ripetibile.

Si rileva, quindi, una distinzione essenziale.

Mentre gli atti indifferibili ovvero irreversibili rientrano nella categoria dell'accertamento tecnico irripetibile tutte le volte nelle quali si traducano in attività critica – valutativa, laddove si tratti, invece, di mere tecniche di osservazione, affini, sotto questo profilo, ai rilievi irripetibili, ne condividono il regime soltanto quando comportino essi stessi l'irreversibile alterazione della materia di indagine.

Per converso, i rilievi irripetibili in quanto indifferibili soggiacciono al più blando sistema predisposto per gli “atti non ripetibili” che si accontenta di assicurare la facoltà di assistervi al pubblico ministero.

La differente morfologia dei due strumenti processuali si traduce, da un lato, nella “irreversibilità” dei rilievi irripetibili e degli accertamenti tecnici irripetibili ai sensi dell’art. 391 *decies*, comma 3, primo periodo c.p.p., e, dall’altro, nella “indifferibilità” dei rilievi irripetibili secondo il disposto dell’art. 391 *decies*, comma 3, secondo periodo c.p.p..

Così definita la norma si presenta tuttavia incompleta.

Infatti, nell’ipotesi che riguarda l’irreversibilità stabilita dal primo periodo dell’articolo citato, s’impone l’obbligo di avvisare il solo pubblico ministero, tralasciando così le altre parti private che avrebbero titolo di essere messe a conoscenza dell’attività da eseguirsi.

A chiudere il cerchio interviene l’art. 360 c.p.p. che appare legittimamente invocabile per estendere gli avvisi, e, quindi, assicurare il contraddittorio fra pubblico ministero, difensore della persona indagata e difensore della persona offesa²⁴⁰.

Una volta legittimamente richiamato, si ritiene che l’art. 360 c.p.p. possa allora applicarsi secondo la formulazione del terzo comma, assegnando così al pubblico ministero il diritto di assistere, unitamente al proprio consulente tecnico eventualmente nominato, al conferimento dell’incarico al consulente tecnico del difensore, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve.

Il parallelo con l’art. 360 c.p.p. inesplica nel comma 4, laddove si consente di promuovere l’incidente probatorio al fine di paralizzare l’accertamento della controparte.

²⁴⁰ Cfr. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 189, il quale sostiene la necessità di un intervento normativo o giurisprudenziale per meglio lumeggiare tale questione. Cfr. anche l’art. 15 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, approvate il 14 luglio 2001, con le modifiche apportate il 19 gennaio 2007, intitolato “*Dovere di assicurare il contraddittorio negli accertamenti tecnici irripetibili*”, secondo cui “*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*”.

Per quanto non evidente, si ritiene – comunque – che laddove il difensore individui legittimi motivi che determinino l'indifferibilità dell'atto, così come il pubblico ministero, possa darvi seguito²⁴¹.

In tale ipotesi, l'esito dell'accertamento confluirà ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. c c.p.p., nel fascicolo del dibattimento e potrà essere utilizzato al giudice ai fini decisori.

35. Sequestri.

Il combinato disposto dagli art. 360 e 233 c.p.p. consente alla difesa, nelle figure del difensore e del consulente tecnico extraperitale incaricato, di procedere all'esame delle cose sottoposte a sequestro²⁴².

Con buona assonanza all'accesso ai luoghi ed alle attività esperibili in quella sede, anche la verifica dei beni sequestrati non comporta una interazione fisica che possa dar luogo alla loro modificazione irreversibile, permettendo all'operatore un'attività assai limitata.

Il difensore, preavvertito del compimento dell'atto ovvero, in mancanza, ricevuta la notifica del deposito degli atti, ai sensi dell'art. 366 comma 1 c.p.p., può estrarre copia degli atti presso la segreteria del pubblico ministero, nel termine di cinque giorni decorrenti dal momento in cui ne ha ricevuto formale conoscenza.

Tuttavia, il pubblico ministero ha titolo laddove sussistano gravi motivi, *ex art.* 366 comma 2 c.p.p., per disporre tanto il ritardato deposito dei verbali quanto il ritardato esercizio della facoltà di esaminare le cose sequestrate per un massimo di trenta giorni.

²⁴¹ In senso favorevole all'estensione, GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 191. *Contra*, cfr. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in *Aa. Vv., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI L., Padova, 2001, p. 387.

²⁴² Tanto con riferimento al sequestro probatorio quanto cautelare. In questo senso, cfr. TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, cit., p. 374.

Contro tale provvedimento il difensore può tutelarsi, in prima istanza, mediante opposizione al giudice, provocando l'instaurazione del contraddittorio camerale dettato dal combinato disposto dagli artt. 127 e 366 comma 2 c.p.p., e, nel caso in cui il giudice rigetti l'opposizione, ricorrendo in cassazione ai sensi dell'art. 127 comma 7 c.p.p..

L'art. 233 comma 1 *bis* c.p.p., nel trattare le modalità autorizzative per il consulente tecnico, si limita a riferire che il giudice “*può autorizzare*”, senza specificare alcun parametro che chiarisca le ragioni che ne comportino il diniego.

Peraltro, durante la fase delle indagini preliminari, tale compito è affidato allo stesso pubblico ministero, lasciando il difensore, in caso di rigetto dell'istanza difensiva, in possesso dei medesimi poteri di impugnazione sopra riportati.

Risulta incomprensibile, invece, la minorazione del regime di impugnazione nella fase dibattimentale.

Poiché in tale sede il giudice decide mediante provvedimento assunto *de plano*, potrà farsi appello²⁴³ al solo articolo 568 c.p.p. attraverso l'impugnazione congiunta dell'ordinanza e della sentenza, perdendo inopportunamente, e con certo disagio nella formulazione della strategia difensiva, la facoltà di esaminare quanto oggetto di sequestro nel più breve tempo possibile.

36. Ispezioni.

La facoltà difensiva di partecipare alle ispezioni delle cose e dei luoghi disposte dal pubblico ministero è fornita dal codice di rito dagli artt. 364 comma 3 e 233 comma 1 *bis* c.p.p..

Tuttavia, mentre al difensore è attribuita *ipso iure* tale facoltà, per legittimare l'intervento del consulente occorre, nella fase delle indagini preliminari, l'autorizzazione del pubblico ministero e, in seguito, quella del giudice.

Sia il difensore che il consulente tecnico possono intervenire tanto congiuntamente quanto disgiuntamente, ma anche in un momento successivo

²⁴³ Laddove ne ricorrano i presupposti, così TRIGGIANI N., *le investigazioni difensive*, cit., p. 378. Reputa il provvedimento inoppugnabile GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, cit., p. 200.

all'esecuzione delle operazioni. Infatti, laddove il pubblico ministero ritenga sussistere “*fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati*”, egli può legittimamente omettere l'avviso al difensore in virtù del dispositivo di cui all'art. 364 comma 5 c.p.p., costringendo il difensore ad esercitare tale facoltà quando abbia notizia dell'avvenuta ispezione.

Il regime delle impugnazioni soffre dei medesimi punti deboli già segnalati in tema di sequestri.

In caso di rigetto dell'istanza difensiva a godere del supporto del consulente tecnico, infatti, il difensore potrà ricorrere per cassazione soltanto avverso il provvedimento del pubblico ministero, senza disporre di rimedi contro la decisione del giudice dibattimentale.

CAPITOLO 3

LA PROVA PENALE NELLE INDAGINI DIFENSIVE

NEL SISTEMA AMERICANO

Sommario: 37. Introduzione; 38. Il panorama normativa di riferimento del sistema americano; 39. Le indagini difensive nel modello statunitense; 40. *The right to counsel*; 41. Cenni sul ruolo del giudice dibattimentale nel processo di formazione della prova; 42. L'intervista alla persona informata sui fatti nell'ordinamento americano; 43. *The ineffective assistance of counsel*.

37. Introduzione.

Per un giurista italiano, il complesso sistema delle giurisdizioni statali e federali che caratterizzano l'ordinamento statunitense, costituisce senz'altro un panorama frastagliato la cui geografia richiede una mappa dettagliata.

Fin dalle prime battute, il sistema processuale americano si presenta affatto eguale alle peculiarità che contraddistinguono il codice di procedura penale domestico. Infatti, se, da un lato, il processo italiano si concentra sulla pietra miliare dell'accertamento della verità, dall'altro, la struttura processuale statunitense orienta le regole del gioco al fine di assicurare il c.d. "*fair trial*", per garantire alle parti eguale forza processuale.

Pertanto, affrontare lo studio della ricerca della prova penale nelle indagini difensive nel sistema americano significa accettare che le regole del gioco siano il frutto di scelte politiche, storiche ed economiche che ne hanno compulsato la loro realizzazione e strutturazione sulla scorta di tale presupposto.

Si tratta di una realtà processuale che deve affrontare alcune criticità straniere al diritto nostrano quali il diniego al *defendant* della libertà *on bail*²⁴⁴, posto in

²⁴⁴ Sul punto vedasi Blumberg, *The Criminal Court and Organization*, c.t., pp. 337-338. Occorre inoltre considerare che il c.d. *dead time*, ossia il tempo speso in "*awaiting trial in jail*", non viene

essere per finalità “altre” rispetto a quelle consentite, ma anche “*l’aumento spropositato del quantum di pena o della gravità delle accuse contestate, la mancata comunicazione da parte del prosecutor di prove le quali, esorbitando dal diritto alla discovery, sono perciò rimessa all’apprezzamento discrezionale dell’accusatore ed altre strategie deviate rispetto ai canoni del due process rappresentano il work style prescelto dai giudici e prosecutors allo scopo di to collapse resistenze opposte da avvocato e cliente*²⁴⁵”.

Inoltre, il *defendant* nel processo penale americano deve sopportare il peso di una forbice edittale imponente che lo spinge a cercare un accordo con il pubblico ministero. Infatti, il *plea bargain* può costituire un accordo vantaggioso rispetto al *jury trial* che sconta, da un lato, costi che possono lievitare a cifre particolarmente elevate, dall’altro, una pena che – anch’essa – può aumentare considerevolmente.

Si tratta di un *pot-pourri* di elementi che influiscono in misura senz’altro incisiva sulla strategia difensiva e, conseguentemente, sulla ricerca della prova ad opera della difesa.

Ciò posto, occorre tenere presente che la ricerca della prova all’interno del processo penale italiano si propone, quale scopo principale, di evidenziare la verità dei fatti oggetto della causa. Da qui la formalizzazione e tipizzazione degli strumenti di ricerca.

Diversamente, negli Stati Uniti, la medesima indagine si pone il traguardo della produzione degli elementi probatori in sede processuale lasciando al giudice l’onere di garantire il rispetto della procedura e l’uguaglianza dei poteri concessi alle parti da un sistema di common law, pertanto, coacervo magmatico di sentenze nonché di precetti statali e federali.

In buona sostanza, si deve rilevare che l’imperfetto sistema della giustizia negoziata che caratterizza la maggior parte dei procedimenti oltremare, è motivata, come anticipato, da precise opzioni politiche, storiche ed economiche e mina perniciosamente il diritto di difesa ed il connesso corollario della ricerca difensiva della prova penale.

automaticamente computato nella *sentence*, poiché tale valutazione viene lasciata alla discrezionalità del *sentencer*.

²⁴⁵ Cfr. MUSSO R. G., *Diritto di difesa e difensore negli U.S.A.*, Giappichelli, Torino, seconda edizione, 1999, p. 15.

Tutto diventa più chiaro quando si analizzano i significati attribuiti alle parole *adversary* e *accusatorial*, le quali vengono spesso ritenute caratteristiche di modelli processuali equivalenti.

Tuttavia non è così.

Infatti la definizione di *accusatorial* si presenta naturalmente più estesa accogliendo in sé tanto il concetto di *adversary* quanto aspetti quali la presunzione di innocenza e la necessità di provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio. Viceversa, il più ristretto contenuto della seconda peculiarità, connota un ruolo particolarmente aggressivo delle parti lasciando al giudice la divisa di un arbitro imparziale e piuttosto "appartato" rispetto alla contesa delle parti.

La combinazione, nel medesimo sistema, di preponderanti elementi *adversary* con un fenomeno della giustizia negoziata che assorbe la quasi totalità delle sentenze nel processo penale americano, costituisce un forte *vulnus* al libero esercizio del diritto alla difesa e alla sua componente di ricerca attiva della prova penale in ambito difensivo.

Sulla base di questi presupposti, pur rilevando, come si vedrà più oltre, una totale apertura agli atteggiamenti della difesa in tema di ricerca della prova, non risulta difficile accettare l'idea di un "tubo di venturi" sistemico che spinga l'imputato a valutare con estrema attenzione ma anche con una buona dose di scetticismo l'ipotesi di una difesa attiva.

Infatti, costituisce una falsa chimera l'idea di considerare sufficiente tale libertà di azione. Poter effettuare un'indagine difensiva senza l'onere di dover agire sempre e soltanto sotto la copertura di un precetto processuale, organizza soltanto uno degli elementi necessari alla difesa, la quale, dovendosi muovere in un terreno afflitto dai pericoli indicati, soffre la frustrazione di una aspirazione incompiuta.

38. Il panorama normativo di riferimento del sistema americano.

La procedura penale negli Stati Uniti, sistema completamente diverso da quello italiano in quanto di *common law*, consiste in una imponente sovrapposizione (c.d.

“*massive overlay*”) di norme e sentenze, che vanno dalla Costituzione degli Stati Uniti, matrice fondante i diritti ed i principi a cui fanno riferimento le sentenze delle varie Corti, alle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti ed alcune norme a carattere federale, a leggi e sentenze statali che producono i loro effetti nei rispettivi Stati.

La ricognizione delle fonti che regolano tale materia negli Stati Uniti trova perciò la sua limitazione nelle diverse normative che i 50 Stati hanno adottato nel corso del tempo.

Desiderando tracciare un quadro di carattere generale al quale tutti i diversi ordinamenti statali facciano riferimento, si individueranno quindi solo alcune delle norme e delle sentenze che hanno giurisdizione in tutto l’ambito territoriale americano, ovvero, una selezione tratta dalla Costituzione degli Stati Uniti e dal Criminal Justice Section Standard dell’*American Bar Association*, riportate in calce all’elaborato e dalle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti, trattate secondo necessità durante lo svolgimento della tesi.

39. Le indagini difensive nel modello statunitense.

Le indagini difensive nel sistema americano costituiscono un vero e proprio dovere per il difensore i cui compiti non sono indicati in disposizioni normative bensì negli *standards* relativi alla *defense function*²⁴⁶ formulati dall’*American Bar Association (A.B.A.)*.

Al difensore si raccomanda di svolgere una tempestiva *investigation* sulle circostanze del caso che deve, tra l’altro, comportare sempre specifiche attività dirette ad ottenere le informazioni in possesso dell’accusa e delle autorità di polizia.

Tale particolare tipo di indagini vengono in considerazione come un profilo del diritto dell’imputato a sviluppare la propria difesa in giudizio anche attraverso l’autonoma presentazione di prove a discarico. In proposito si può parlare di un

²⁴⁶ Vedasi più oltre nel capitolo ad essa dedicato.

vero e proprio diritto costituzionale, esplicitamente previsto in alcuni Stati²⁴⁷ e riconosciuto dalla Corte Suprema nel 1967²⁴⁸.

Secondo Fanchiotti, “*L’importanza di tale costituzionalizzazione è apprezzabile soprattutto nell’applicazione delle regole probatorie ordinarie di ammissibilità delle quali impone un’interpretazione volta a favorire l’introduzione delle prove in questione anche se contrastanti con le regole stesse, qualora le prime costituiscano l’espressione del diritto in esame; si profila così una situazione di notevole vantaggio nei confronti dell’accusa, non essendo quest’ultima assistita a livello costituzionale da analoghi diritti*”²⁴⁹.

Peraltro, al di là della previsione specifica delle indagini come dovere e diritto, non è prevista alcuna organica regolamentazione positiva né a livello legislativo, né delle *rules of court*, né delle regole deontologiche e neppure degli *standards* dell’*A.B.A.*: tutte le fonti intervengono solo a fissare i limiti dell’attività del difensore la cui estensione trova unico fondamento nella prassi, determinata, in via di fatto, dalla struttura stessa del modello *adversary*.

Ne consegue che l’indagine difensiva si trasforma in uno strumento necessario per evitare che un processo di parti diventi processo di una parte sola e per garantire l’oralità e la concentrazione del giudizio, irrealizzabili senza un’accurata preparazione del materiale di causa, cosa che solo una previa investigazione può consentire.

Il processo *adversary* in particolare, caratteristico dell’ordinamento statunitense, vede proprio nelle investigazioni difensive un momento fondamentale per il suo corretto funzionamento, basato sulla iniziativa delle parti nella ricerca, individuazione e presentazione dei mezzi di prova, e sulla formazione delle prove nel contraddittorio delle parti in un giudizio pubblico dinanzi alla giuria.

²⁴⁷ Per esempio: Massachusetts, New Hampshire e Virginia.

²⁴⁸ *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967). Interessante la motivazione della Corte che ha esplicitamente richiamato, a sostegno di tale interpretazione, la clausola del *due process* e il diritto al *fair trial*.

²⁴⁹ Cfr. FANCHIOTTI V., *L’indagine della difesa negli Stati Uniti d’America*, in Cass. Penale, 1995, pag. 432.

Il fenomeno della giustizia negoziata, ampiamente più sviluppato che non in Italia, richiede un tempestivo prodigarsi del difensore alla ricerca di elementi di prova attraverso i quali formulare un giudizio prognostico sugli esiti del procedimento, sì da poter orientare meglio le proprie scelte e negoziare con l'avversario con cognizione di causa.

Significativa dell'importanza attribuita alle indagini difensive è la normativa sulla difesa del non abbiente che prevede, tra i servizi che lo stato si accolla, anche gli *investigative services*.

In un tale quadro risulta pleonastico osservare come le indagini del difensore siano, piuttosto che una facoltà, un dovere.

L'*American Bar Association* (A.B.A.) ha statuito degli *standards*²⁵⁰ relativi alla funzione difensiva, secondo i quali, appunto, è dovere dell'avvocato difensore condurre una tempestiva *investigation*.

Le indicazioni fornite, sebbene provenienti da un'istituzione privata, costituiscono il parametro di giudizio della condotta dell'avvocato sia nel caso di procedimento disciplinare che di impugnazione per *ineffective assistance*²⁵¹, vale a dire le due possibili sanzioni comminabili al difensore che ometta di attivarsi in tale senso.

Ad onor del vero il procedimento disciplinare non trova una grande applicazione, stante la tendenza dei giudici a “punire” solo sul piano processuale gli avvocati negligenti.

Per quel che concerne l'impugnazione per *ineffective assistance*, si verifica la stessa scarsa applicazione in quanto si tratta di mezzo di impugnazione difficilmente sostenibile e straordinario, c.d. *collateral attack*²⁵², quindi esperibile solo una volta ultimati i mezzi ordinari. Ne consegue che il problema

²⁵⁰ Sul punto vedasi più oltre, nella sezione dedicata agli standards A.B.A.

²⁵¹ L'argomento verrà trattato più oltre sia in un capitolo dedicato che in sede di conclusioni.

²⁵² Cfr. MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 202, il quale ricorda come vi sia “una certa chiusura all'affermazione del principio dell'accesso al diritto della difesa in sede di *collateral attack*”. Per una disamina del tema in lingua originale mediante lo studio dei casi *Wainwright v. Sykes* e *Reed v. Ross*, vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1186 e ss.

dell'effettività del diritto di difesa, sebbene in misura minore, è presente anche in questo sistema.

Le indagini difensive, oltre a configurarsi come un dovere del difensore, si devono quindi ritenere un diritto della persona sottoposta a procedimento penale.

Un diritto di rango costituzionale che trova il suo fondamento non solo nella clausola del *due process of law*²⁵³, ma anche in due garanzie più specifiche, ovvero il diritto dell'imputato a confrontarsi con i testi dell'accusa e sottoporli a *cross-examination*²⁵⁴ ed il diritto del medesimo a produrre testimoni a discarico.

Senza le indagini difensive, un simile dettato costituzionale sarebbe lettera morta.

40. The right to counsel.

Procedere ad una analisi delle indagini difensive negli Stati Uniti richiede necessariamente una verifica del c.d. "*Right to counsel*"²⁵⁵, ovvero del diritto alla difesa²⁵⁶, quale base fondante la stessa indagine privata.

La Costituzione degli Stati Uniti individua tale diritto nel Sesto Emendamento che viene considerato parte del diritto ad un giusto processo.

Il *right to a fair trial*, infatti, consente al *defendant* di essere assistito da un avvocato anche quando non possa permettersi di pagare la tutela legale garantendo loro il gratuito patrocinio.

²⁵³ Individuata nel 14° Emendamento della Costituzione Americana, di cui si tratta più oltre. L'argomento viene ampiamente trattato da MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 764 e ss., ove si ricorda, tra l'altro che: "*a defendant in a criminal case has the right to "compulsory process for obtaining witnesses in his favor"*". Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi anche BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 333 e ss., e FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 13, 16 e ss..

²⁵⁴ Sulla necessità di limitare le domande superflue in sede di *cross-examination*, vedasi CAROFIGLIO G., *L'arte del dubbio*, Sellerio, Palermo, 2007, pag. 10 e ss.

²⁵⁵ Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 307 e ss.

²⁵⁶ Una sintesi del diritto di difesa nel sistema italiano è reperibile in LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 56 e ss.

Riconosciuto a livello federale il 15 dicembre del 1791 dall'*U.S. Bill of Rights*, l'affermazione di tale diritto nei singoli Stati è giunta più tardi. Soltanto nel 1963 con la decisione *Gideon v. Wainwright*²⁵⁷, 372 U.S. 335 (1963), definita unanimemente “*a landmark case in United States Supreme Court history*”, ove la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha unanimemente statuito che le “*State Courts*”, in ossequio al Sesto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, applicato ai singoli Stati grazie alla clausola del giusto processo individuata dal Quattordicesimo Emendamento, dovevano provvedere alla difesa di ufficio dei “*defendants*”, “*unable to afford their own attorneys*”.

Il diritto alla difesa perciò doveva essere garantito “*to all “critical stages” of the proceedings*” e “*in any case where jail time is possible as a sentence*”.

L'analisi del diritto alla difesa del sistema americano richiede necessariamente il passaggio attraverso le sentenze che ne hanno statuito la geografia.

Al fine di preservarne le sfumature, i casi verranno riportati in lingua originale con una didascalia introduttiva che ne sintetizza gli aspetti salienti, lasciando per ultime due sentenze ritenute fondamentali che hanno regolato il tema dell'*ineffective assistance*.

40.1 POWELL V. ALABAMA, 287 U.S. 45 (1932)²⁵⁸.

Premessa: si tratta di un caso risalente nel quale vi è un primo riconoscimento del diritto di accesso alla difesa, su richiesta dell'imputato, quale parte integrante della *due process clause*.

Syllabus: 1. The rule denying the aid of counsel to persons charged with felony, which (except as to legal questions) existed in England when our Constitution was formed, was rejected in this country by the Colonies before the Declaration of Independence, and is not a test of whether the right to counsel in such cases is embraced in the guarantee of “due process of law.”

²⁵⁷ Vedi breve sunto del caso più oltre.

²⁵⁸ Cfr.: <http://supreme.justia.com/us/287/45/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 576 e ss.

2. *The rule that no part of the Constitution shall be treated as superfluous is an aid to construction which, in some instances, may be conclusive, but which must yield to more compelling considerations whenever they exist.*

3. *The fact that the right of an accused person to have counsel for his defense was guaranteed expressly (as respects the federal Government) by the Sixth Amendment, notwithstanding the presence of the due process clause in the Fifth Amendment, does not exclude that right from the concept "due process of law."*

4. *The right of the accused, at least in a capital case, to have the aid of counsel for his defense, which includes the right to have sufficient time to advise with counsel and to prepare a defense, is one of the fundamental rights guaranteed by the due process clause of the Fourteenth Amendment.*

5. *In a capital case, where the defendant is unable to employ counsel and is incapable of making his own defense adequately because of (vulnerable) ignorance, feeble-mindedness, illiteracy or the like, it is the duty of the court, whether requested or not, to assign counsel for him as a necessary requisite of due process of law, and that duty is not discharged by an assignment at such a time and under such circumstances as to preclude the giving of effective aid in the preparation and trial of the case.*

6. *In a case such as this, the right to have counsel appointed, when necessary, is a logical corollary to the right to be heard by counsel.*

7. *In such circumstances, the trial court has power, even in the absence of statute, to appoint an attorney for the accused, and the attorney, as an officer of the court, is bound to serve.*

40.2 BETTS V. BRADY, 316 U.S. 455 (1942)²⁵⁹.

Premessa: diversamente dal caso precedente e da quello che segue, questa sentenza rappresenta una pietra miliare della Corte Suprema degli Stati Uniti, in quanto "nega il diritto alla difesa" all'imputato indigente. Tale affermazione verrà poi completamente ribaltata dal caso *Gideon v. Wainwright*, ove finalmente tale diritto troverà un giusto riconoscimento.

²⁵⁹ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/316/455/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 586 e ss.

Syllabus: 1. In the light of the applicable law of Maryland, an order of the Chief Judge of the Court of Appeals, he being also the judge of that court from the City of Baltimore, denying petitioner's release upon a writ of habeas corpus²⁶⁰ held reviewable here by certiorari under Jud.Code § 237, as a "final judgment" of the "highest court" in which a decision of the federal question involved could be had.

2. A judgment of a state tribunal denying release on habeas corpus, which is not reviewable in any other state court and ends the particular proceeding, is a final judgment within the meaning of Jud.Code § 237, notwithstanding that, under the state law, the prisoner retains the right to seek discharge by applications to other courts and judges successively.

3. The due process clause of the Fourteenth Amendment does not incorporate, as such, the specific guarantees found in the Sixth Amendment, although a denial by a State of rights or privileges specifically embodied in that and others of the first eight amendments may, in certain circumstances, or in connection with other elements, operate, in a given case, to deprive a litigant of due process of law in violation of the Fourteenth.

4. The application of the due process clause to State criminal proceedings is not governed by hard and fast rule. Asserted denial of due process is to be tested by appraisal of all facts in the case, and that which in one setting may constitute a denial of due process because it is a denial of fundamental fairness shocking to the universal sense of justice may, in other circumstances, and in the light of other considerations, fall short of such a denial.

5. Decisions of this Court do not lay down a rule that, in every case, whatever the circumstances, one charged with crime who is unable to obtain counsel must be furnished counsel by the State.

6. A review of state constitutional and statutory provisions on the subject in connection with the common law demonstrates that, in the great majority of the States, it has been the considered judgment of the people, their representatives, and their courts that an appointment of counsel for indigent defendants in

²⁶⁰ Sul punto e più estesamente, vedasi MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 119.

criminal cases is not a fundamental right, essential to a fair trial, and that the matter has generally been deemed one of legislative policy. In the light of this evidence, it cannot be said that the concept of due process incorporated in the Fourteenth Amendment obliges the State, whatever may be their own views, to furnish counsel in every such case.

7. Upon the facts of this case, the refusal of a state court to appoint counsel to represent an indigent defendant at a trial in which he was connected of robbery did not deny him due process of law in violation of the Fourteenth Amendment.

Why is there no right to counsel in a habeas corpus proceeding? Currently, there is no right to counsel in a habeas corpus proceeding because the courts look at this - Civil action and deem it not to be a "critical stage" of the criminal proceedings.

40.3 GIDEON V. WAINWRIGHT, 372 U.S. 335 (1963)²⁶¹.

Come anticipato, questa decisione è stata definita unanimemente "a landmark case in United States Supreme Court history", in quanto la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha unanimemente statuito che le "State Courts", in ossequio al Sesto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, applicato ai singoli Stati grazie alla clausola del giusto processo individuata dal Quattordicesimo Emendamento, dovevano provvedere alla difesa di ufficio dei "defendants", "unable to afford their own attorneys".

Syllabus: Charged in a Florida State Court with a noncapital felony, petitioner appeared without funds and without counsel and asked the Court to appoint counsel for him, but this was denied on the ground that the state law permitted appointment of counsel for indigent defendants in capital cases only. Petitioner conducted his own defense about as well as could be expected of a layman, but he was convicted and sentenced to imprisonment. Subsequently, he applied to the State Supreme Court for a writ of habeas corpus, on the ground that his

²⁶¹ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/372/335/case.html>. Sul punto e più estesamente, vedasi anche MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 173. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 590 e ss.

conviction violated his rights under the Federal Constitution. The State Supreme Court denied all relief.

Held: The right of an indigent defendant in a criminal trial to have the assistance of counsel is a fundamental right essential to a fair trial, and petitioner's trial and conviction without the assistance of counsel violated the Fourteenth Amendment.

40.4 DOUGLAS V. CALIFORNIA, 372 U.S. 353 (1963)²⁶².

Si tratta di un altro caso ove viene riconosciuto il diritto degli indigenti a godere della tutela legale in quanto si afferma che una decisione giudiziaria presa senza che l'imputato sia stato difeso da un avvocato, crea una discriminazione fra ricchi e poveri, in violazione del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti.

Syllabus: In a California State court, petitioners were tried jointly, convicted of 13 felonies, and sentenced to imprisonment. Exercising their only right to appeal as of right, they appealed to an intermediate Court of Appeals, and, being indigent, applied to it for appointment of counsel to assist them on appeal. In accordance with a state rule of criminal procedure, that court made an ex parte examination of the record, determined that appointment of counsel for petitioners would not be "of advantage to the defendant or helpful to the appellate court," and denied appointment of counsel. Their appeal was heard without assistance of counsel, and their convictions were affirmed. The State Supreme Court denied a discretionary review.

Held: Where the merits of the one and only appeal an indigent has as of right were decided without benefit of counsel in a state criminal case, there has been a discrimination between the rich and the poor which violates the Fourteenth Amendment.

40.5 FARETTA V. CALIFORNIA, 422 U.S. 806 (1975)²⁶³.

²⁶² Fonte: <http://supreme.justia.com/us/372/353/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 594 e ss.

²⁶³ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/422/806/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 651 e ss.

Diversamente dalle precedenti sentenze, in questo caso la Corte Suprema degli Stati Uniti riconosce all'imputato il diritto costituzionale di “*rifiutare la tutela di un avvocato*”, e di difendersi da solo in una pendenza giudiziaria di natura penale.

Syllabus: The Sixth Amendment as made applicable to the States by the Fourteenth guarantees that a defendant in a state criminal trial has an independent constitutional right of self-Representation and that he may proceed to defend himself without counsel²⁶⁴ when he voluntarily and intelligently elects to do so, and, in this case, the state courts erred in forcing petitioner against his will to accept a state-Appointed public defender and in denying his request to conduct his own defense.

40.6 NIX V. WHITESIDE, 475 U.S. 157 (1986)²⁶⁵.

La sentenza tratta del significato da attribuire al diritto di essere assistito da un avvocato, ed in particolare del diritto di essere assistito da un legale competente che esperisce la propria attività secondo le norme di legge e alla ricerca della verità.

Syllabus: Whiteside went to Calvin Love's apartment to engage in a marijuana transaction. An argument ensued and Love went to reach behind his pillow and Whiteside stabbed him in the chest, killing him. Robinson represented Whiteside as his defense counsel in a murder trial. Whiteside told Robinson that he believed Love had a gun, but hadn't seen one in his hand. He later told Robinson that he had seen something metallic in Love's hand. Robinson told Whiteside that if Whiteside perjured himself on the stand, he would be forced to report this to the Court. Whiteside applied for a writ of Federal Habeas Corpus, claiming that Robinson's threats deprived him of effective counsel under the Sixth Amendment.

Held: An attorneys duty is limited to lawful conduct: “Plainly, that duty is limited to legitimate, lawful conduct compatible with the very nature of a trial as a search for truth.”

40.7 STRICKLAND V. WASHINGTON, 466 U.S. 668 (1984)²⁶⁶.

²⁶⁴ Il tema dell'autodifesa è trattato mediante l'uso di *flowcharts* molto chiari da STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law – CrunchTime*, Aspen Publishers, New York, 2007, pag. 14 e ss.

²⁶⁵ Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 642 e ss.

Si tratta di un caso fondamentale per quanto concerne l'ineffective assistance. La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, per come è stata interpretata dalla dottrina, individua un test (*a two-part test*) per verificare la presenza dell'ineffective assistance basato sulla presenza contestuale di:

- 1) *“Proper standard for judging attorney performance fell below an objective standard of reasonableness”*.

Ovverosia analizza la performance dell'avvocato in termini di *“standard oggettivi di ragionevolezza”*.

- 2) *“Showing of prejudice requires a reasonable probability that for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different”*.

Ovverosia verifica se l'operato dell'avvocato abbia creato un pregiudizio per l'assistito. Il test dello *“Showing of prejudice”* va a verificare se la performance carente dell'avvocato abbia portato ad un risultato processuale diverso²⁶⁷, secondo criteri di ragionevolezza.

In definitiva il test richiede che l'avvocato abbia esperito *“reasonable investigations”*²⁶⁸, in mancanza delle quali siamo in presenza della c.d. *“ineffective assistance”* che, nell'ordinamento americano e diversamente dal sistema italiano, costituisce motivo di impugnazione.

Il test *Strickland v. Washington*, risulta più difficile da provare del test *United States v. Cronin*, sebbene statisticamente più frequente.

*Syllabus: Respondent pleaded guilty in a Florida trial court to an indictment that included three capital murder*²⁶⁹ *charges. In the plea colloquy, respondent*

²⁶⁶ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/466/668/>. Sul punto e più estesamente, vedasi MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 170. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 627 e ss.

²⁶⁷ Ovvero che abbia comportato un danno processuale per l'assistito che si trasformi in una mancata assoluzione o in una pena più severa.

²⁶⁸ Il tema, ritenuto di particolare rilevanza dallo scrivente, costituisce, come si vedrà più oltre, elemento fondante le conclusioni stesse della presente tesi.

²⁶⁹ Per il corrispondente concetto di omicidio, vedasi CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, quarta edizione, Il Mulino, Bologna, 2006, pag. 331 e ss.

told the trial judge that, although he had committed a string of burglaries, he had no significant prior criminal record and that, at the time of his criminal spree, he was under extreme stress caused by his inability to support his family. The trial judge told respondent that he had “a great deal of respect for people who are willing to step forward and admit their responsibility.”

In preparing for the sentencing hearing, defense counsel spoke with respondent about his background, but did not seek out character witnesses²⁷⁰ or request a psychiatric examination. Counsel’s decision not to present evidence concerning respondent’s character and emotional state reflected his judgment that it was advisable to rely on the plea colloquy for evidence as to such matters, thus preventing the State from cross-examining respondent and from presenting psychiatric evidence of its own. Counsel did not request a presentence report, because it would have included respondent’s criminal history and thereby would have undermined the claim of no significant prior criminal record (vedasi FRE 404 (A)(1)²⁷¹). Finding numerous aggravating circumstances and no mitigating circumstance, the trial judge sentenced respondent to death on each of the murder counts. The Florida Supreme Court affirmed, and respondent then sought collateral relief in state court on the ground, inter alia, that counsel had rendered ineffective assistance at the sentencing proceeding in several respects, including his (1) failure to request a psychiatric report, (2) to investigate and present character witnesses, and to (3) seek a presentence report. The trial court denied relief, and the Florida Supreme Court affirmed. Respondent then filed a habeas corpus petition in Federal District Court advancing numerous grounds for relief, including the claim of ineffective assistance of counsel. After an evidentiary hearing, the District Court denied relief, concluding that, although counsel made errors in judgment in failing to investigate mitigating evidence further than he did, no prejudice to respondent’s sentence resulted from any such error in judgment. The Court of Appeals ultimately reversed, stating that the Sixth Amendment accorded criminal defendants a right to counsel rendering

²⁷⁰ Sul più esteso tema delle *character evidence*, vedasi in lingua originale MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 296, e Sul ruolo della giuria nel sistema statunitense, vedasi FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 14 e ss.

²⁷¹ Cfr. MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 76.

“reasonably effective assistance given the totality of the circumstances.” After outlining standards for judging whether a defense counsel fulfilled the duty to investigate nonstatutory mitigating circumstances and whether counsel’s errors were sufficiently prejudicial to justify reversal, the Court of Appeals remanded the case for application of the standards.

Held: 1. The Sixth Amendment right to counsel is the right to the effective assistance of counsel, and the benchmark for judging any claim of ineffectiveness must be whether counsel’s conduct so undermined the proper functioning of the adversarial process that the trial cannot be relied on as having produced a just result. The same principle applies to a capital sentencing proceeding -- such as the one provided by Florida law -- that is sufficiently like a trial in its adversarial format and in the existence of standards for decision that counsel’s role in the proceeding is comparable to counsel’s role at trial.

2. A convicted defendant’s claim that counsel’s assistance was so defective as to require reversal of a conviction or setting aside of a death sentence requires that the defendant show, first, that counsel’s performance was deficient and, second, that the deficient performance prejudiced the defense so as to deprive the defendant of a fair trial.

(a) The PROPER STANDARD for judging attorney performance is that of reasonably effective assistance, considering all the circumstances. When a convicted defendant complains of the ineffectiveness of counsel’s assistance, the defendant must show that counsel’s representation fell below an objective standard of reasonableness. Judicial scrutiny of counsel’s performance must be highly deferential, and a fair assessment of attorney performance requires that every effort be made to eliminate the distorting effects of hindsight, to reconstruct the circumstances of counsel’s challenged conduct, and to evaluate the conduct from counsel’s perspective at the time. A court must indulge a strong presumption that counsel’s conduct falls within the wide range of reasonable professional assistance. These standards require no special amplification in order to define counsel’s duty to investigate, the duty at issue in this case..

(b) With regard to the required SHOWING OF PREJUDICE, the proper standard requires the defendant to show that there is a reasonable probability

that, but for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different. A reasonable probability is a probability sufficient to undermine confidence in the outcome. A court hearing an ineffectiveness claim must consider the totality of the evidence before the judge or jury.

3. A number of practical considerations are important for the application of the standards set forth above. The standards do not establish mechanical rules; the ultimate focus of inquiry must be on the fundamental fairness of the proceeding whose result is being challenged. A court need not first determine whether counsel's performance was deficient before examining the prejudice suffered by the defendant as a result of the alleged deficiencies. If it is easier to dispose of an ineffectiveness claim on the ground of lack of sufficient prejudice, that course should be followed. The principles governing ineffectiveness claims apply in federal collateral proceedings as they do on direct appeal or in motions for a new trial.

4. The facts of this case make it clear that counsel's conduct at and before respondent's sentencing proceeding cannot be found unreasonable under the above standards. They also make it clear that, even assuming counsel's conduct was unreasonable, respondent suffered insufficient prejudice to warrant setting aside his death sentence.

40.8 UNITED STATES V. CRONIC, 466 U.S. 648 (1984)²⁷².

Si tratta di un altro caso fondamentale ai fini dell'*ineffective assistance*. Anche in questa sentenza, la Corte Suprema degli Stati Uniti individua un test per verificare l'*ineffective assistance* basato sull'assenza del c.d. *meaningful adversarial testing*, ovvero di una carenza della performance dell'avvocato fondata su cinque circostanze:

1. "*Time afforded for investigation and preparation*";
2. "*Experience of counsel*";
3. "*Gravity of the charge*";
4. "*Complexity of possible defenses*";

²⁷² Fonte: <http://supreme.justia.com/us/466/648/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 621 e ss.

5. “Accessibility of witnesses to counsel”.

Rispetto alla sentenza *Strickland v. Washington*, il test *United States v. Cronin*, risulta più facile da provare sebbene meno frequente.

Syllabus: Respondent and two associates were indicted on mail fraud charges involving a “check kiting” scheme whereby checks were transferred between a bank in Florida and a bank in Oklahoma. When respondent’s retained counsel withdrew shortly before the scheduled trial date, the District Court appointed a young lawyer with a real estate practice who had never participated in a jury trial to represent respondent, but allowed him only 25 days to prepare for trial, even though the Government had taken over four and one-half years to investigate the case and had reviewed thousands of documents during that investigation. Respondent was convicted, but the Court of Appeals reversed, because it inferred that respondent’s right to the effective assistance of counsel under the Sixth Amendment had been violated. Finding it unnecessary to inquire into counsel’s actual performance at trial, the court based its inference on the 5 CIRCUMSTANCES surrounding the representation of respondent, particularly (1) the time afforded for investigation and preparation, (2) the experience of counsel, (3) the gravity of the charge, (4) the complexity of possible defenses, and (5) the accessibility of witnesses to counsel.

Held: The Court of Appeals erred in utilizing an inferential approach in determining whether respondent’s right to the EFFECTIVE ASSISTANCE of counsel had been violated.

(a) The right to the effective assistance of counsel is the right of the accused to require the prosecution’s case to survive the crucible of MEANINGFUL ADVERSARIAL TESTING. When a true adversarial criminal trial has been conducted, the kind of testing envisioned by the Sixth Amendment has occurred.

(b) Here, while the Court of Appeals purported to apply a standard of reasonable competence, it did not indicate that there had been an actual breakdown of the adversarial process during a trial. Instead, it concluded that the circumstances surrounding the representation of respondent mandated an inference that counsel was unable to discharge his duties. Only when surrounding

circumstances justify a presumption of ineffectiveness can a Sixth Amendment claim be sufficient without inquiry into counsel's actual performance at trial.

(d) This case is not one in which the surrounding circumstances make it unlikely that the defendant could have received the effective assistance of counsel. The criteria used by the Court of Appeals do not demonstrate that counsel failed to function in any meaningful sense as the Government's adversary. Respondent can make out a claim of ineffective assistance of counsel only by pointing to specific errors made by trial counsel.

41. Cenni sul ruolo del giudice dibattimentale nel processo di formazione della prova.

Il dibattimento del sistema americano è caratterizzato dal cosiddetto dal c.d. *day in court*, peculiarità che, oltre a concentrare temporalmente il processo, ne modifica la conformazione.

Svolto davanti a una giuria laica, il processo di formazione della prova subisce numerose influenze. Chi decide nel *jury trial*, infatti, è soggetto profano di regole tecniche, dottrina e precedenti giurisprudenziali. Le parti, tese ad influenzare la giuria grazie a tecniche della retorica e a una dialettica tesa a suscitare emozioni forti connotate da una veste quasi teatrale, sono spinte a formare la prova attraverso percorsi connotati dall'obiettivo di colpire l'animo dei giurati al fine di far propendere l'ago della bilancia dalla propria parte, piuttosto che limitarsi ad esporre una sequela di questioni prettamente giuridiche.

In tale contesto, i poteri del giudice nell'ammissione delle prove assumono un significato pregnante. Inoltre, l'assenza di un riferimento costituzionale del diritto di appello ed in considerazione della rarefazione delle istanze di riesame o di concessione di una nuova udienza di fronte al medesimo giudice, il dibattimento diviene il centro di gravità delle istanze probatorie di parte.

Scarno di fascicoli, il processo penale americano si presenta come un *continuum* temporale assimilabile a una rappresentazione capace di iniziare,

evolversi e concludersi senza impedire che il ricordo delle prove presentate in dibattimento possa affievolirsi.

Peraltro, l'assoluto divieto di ingresso di dichiarazioni financo ufficialmente verbalizzate nel procedimento penale, rende l'aula dibattimentale impermeabile da elementi esterni, senza riguardo alcuno per la loro provenienza, sia essa promanante dall'accusa ovvero dalla difesa.

Tanto il giudice quanto la giuria, affrontano il materiale probatorio a digiuno degli elementi della causa, al punto che spesso persino lo stesso giudice rimane vittima delle scelte delle parti le quali hanno un potere enorme, soprattutto se poste a confronto con quanto accade nel processo italiano. Infatti, l'imputato ha titolo per determinare la forma del processo, ad esempio, rinunciando al dibattimento per formalizzare un accordo oppure scegliendo un processo con giuria, oppure ancora limitando la valenza probatoria al solo fascicolo pre dibattimentale e via seguitando.

In una contesa di parti dotate, anche in questo caso e perlomeno in linea teorica, dei medesimi strumenti, cuore del principio del contraddittorio e spirito del sistema *adversarial*, il giudice interviene quale parte terza e neutrale tesa ad assicurare non soltanto le proprie valutazioni in termini di ammissibilità e rilevanza delle prove dedotte in giudizio, bensì anche il cosiddetto “*fair play*” processuale.

Esiste, nel sistema americano, una competenza dualistica nel processo di valutazione delle prove. Giudice e giuria compongono due facce della medesima medaglia che il sistema spende allo scopo di accertare i fatti della causa, determinare la colpevolezza dell'imputato o la sussistenza del ragionevole dubbio²⁷³, e, infine, determinare la pena da infliggere.

La battaglia processuale si articola e struttura sulla base di un obiettivo antitetico fra le parti: convincere la giuria della colpevolezza del *defendant*, ovvero insinuare un ragionevole dubbio che imponga una sentenza di proscioglimento. Quindi *the jury* costituisce uno spettatore privilegiato, un *fact-*

²⁷³ Il c.d. *beyond any reasonable doubt*, che costituisce lo standard che “*must be met by the prosecution's evidence in a criminal prosecution: that no other logical explanation can be derived from the facts except that the defendant committed the crime, thereby overcoming the presumption that a person is innocent until proven guilty*”.

finder teso, appunto, ad accertare il fatto. Viceversa, esauriti gli altri compiti a lui deputati, il giudice togato, nel caso in cui si pervenga ad un giudizio di colpevolezza, si occupa di determinare la qualità e la quantità della pena.

Quindi il giudizio sul fatto probatorio si compone di due elementi: da un lato la prova del fatto che si sostiene essere accaduto, dall'altro le sue conseguenze legali. Perciò, sebbene la giuria sia tenuta ad accettare il fatto secondo le regole del *trial*, ovvero come dibattito condotto secondo lo stile *adversary*, il ruolo del giudice si traduce nel tentativo di consentire l'accertamento del fatto mediante una procedura uniforme che consenta alla giuria di godere di una visione oggettiva del caso. Giuria che, come noto, viene composta attraverso una procedura di selezione che inserisce fra i soggetti giudicanti persone fra loro assolutamente diverse per estrazione sociale, sesso, religione, razza e via seguendo.

La storia raccontata dalle parti attraverso la presentazione delle prove, il filo logico che tratteggia la strategia processuale ed il modo in cui esse vengono presentate alla giuria, costituiscono elementi oggetto di una manipolazione partigiana capace di indurre in errore i giudici non togati, proprio in relazione alla maggiore o minore abilità del pubblico ministero e del difensore.

Tanto il *prosecutor* quanto i difensori, prima del dibattito, studiano le caratteristiche dei giurati, la loro provenienza ed estrazione sociale, le loro vite ed abitudini cercando di individuare punti deboli che possono tornare utili alle proprie strategie.

Pertanto il sistema americano soffre inevitabilmente un processo di formazione della prova afflitto da fattori esterni ai principi di *common law*. Il giudice dibattimentale emerge quale tutore delle regole di gioco coinvolto nel tentativo di adagiare la disputa sul terreno dell'oggettività per consentire ai giurati di comprendere appieno il contenuto del materiale probatorio che viene loro offerto.

Si tratta, infatti, di soggetti che non sono naturalmente preparati ad applicare le regole del diritto – che, peraltro, non conoscono, se non in misura assai limitata e consistente nelle istruzioni loro fornite dal giudice – e che sono, quindi, pronti a cedere a valutazioni immediate e a credere alla “migliore” verità che viene loro offerta.

In questo senso interviene il giudice concedendo ingresso alle sole prove che il sistema considera legittime, effettuando un test che, in prima istanza, è di natura costituzionale. Fermo restando tale presupposto, possono essere evidenziate due regole fondamentali espresse nel *Federal Code of Evidence*, che individuano dei punti cardine per la procedura di ammissione.

La regola 401²⁷⁴ consente l'utilizzo in giudizio delle sole prove pertinenti ai fatti di causa mentre la regola 403²⁷⁵ specifica che la prova considerata pertinente, verrà ammessa solo se gli effetti pregiudizievoli, in seguito ad un esame bilanciato, risultano inferiori a quelli positivi.

Le altre regole enunciate nel *Code* sono di esclusione, per cui è evidente la pochezza dello spazio lasciato positivamente all'azione autonoma del giudice. L'esclusione si rivolge contro elementi che sono considerati con certezza lesivi dell'imparzialità di giudizio, secondo regole che appartengono alla tradizione di *common law*.

Fra le *exclusionary rules* che fondano l'illegittimità dell'ingresso di una prova nel dibattimento, si rileva il divieto di utilizzare testimonianze *de auditu*, fatte salve le *hearsay exceptions*, riferirsi a conoscenze per sentito dire, o, ancora, affermare fatti di cui non si è avuta diretta percezione.

Il sistema americano ha fissato, come linee caratterizzanti la procedura penale, la valorizzazione delle parti, in quanto a ricerca delle prove a sostegno delle proprie posizioni. Al giudice togato è attribuito il compito di dare ingresso nel dibattimento alle sole prove ammissibili, e, di conseguenza, di permettere alla

²⁷⁴ Di seguito si riporta la norma citata, reperibile, fra le altre fonti, all'indirizzo https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_401 nella banca dati on line della Cornell University Law School:

Rule 401. Test for Relevant Evidence.

Evidence is relevant if:

(a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and

(b) the fact is of consequence in determining the action.

²⁷⁵ Di seguito si riporta la norma citata, reperibile, come la precedente e fra le altre fonti, all'indirizzo https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_403 nella banca dati on line della Cornell University Law School:

Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons

The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

giuria di determinare il fatto oggetto di giudizio secondo la valutazione di prove che sono state considerate – da un tecnico del diritto – conformi ai canoni di legge, alle presunzioni e allo spirito del sistema.

In definitiva, l'attività di selezione probatoria posta in essere dal giudice costituisce un filtro essenziale che consente ai membri non togati della giuria di approdare ai soli elementi probatori utilizzabili ai fini decisionali.

42. L'intervista alla persona informata sui fatti nell'ordinamento americano.

Si cercherà di proporre ora, pur riconoscendo la difficoltà di sintetizzare la disciplina e le numerose implicazioni nella struttura del processo penale del più importante e complesso atto di investigazione difensiva, qualche riflessione sul rapporto avvocato-testimone e sull'intervista pre-processuale nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America.

Non deve stupire che, dei tre grandi temi di analisi che si traducono nella realizzazione, documentazione ed utilizzazione dell'intervista, proprio il primo, relativo alla fase prettamente esecutiva dell'atto, sia quello per cui si possono trarre i maggiori spunti interpretativi e le più interessanti soluzioni operative dallo studio dell'ordinamento americano.

Esso si caratterizza, infatti, come modello “a inchiesta di parte”, e, per quanto riguarda l'aspetto che si sta ora considerando, ciò si riflette nella pressoché assoluta inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni rese da soggetti informati in assenza di contraddittorio, al di fuori della sede dibattimentale.

Il sistema americano considera del tutto indifferente il fatto che la dichiarazione, rilasciata alla parte dal testimone, sia stata resa sotto giuramento, in quanto non è la solennità della forma a fondare la credibilità di una dichiarazione ma solo il vaglio critico effettuato mediante lo strumento della *cross-examination*.

Vale la pena segnalare, comunque, le principali eccezioni a tale principio: direttamente utilizzabili al dibattimento, ma solo nel caso di indisponibilità del testimone in giudizio, sono quelle raccolte in due momenti: da un lato, il *preliminary hearing*, che si traduce in una sorta di udienza pre-dibattimentale,

peculiare istituto statunitense, nel quale è assicurato il contraddittorio tra le parti; dall'altro, le *depositions*, ovvero le testimonianze a futura memoria le cui modalità di assunzione ricalcano esattamente quelle dell'escussione dibattimentale, giuramento compreso.

A questi due momenti caratteristici del procedimento in ambito statale, si aggiunge un'ulteriore ipotesi di utilizzabilità nel terreno federale, relativo alle dichiarazioni difformi rese davanti al *gran giury*, cioè all'interno di uno speciale procedimento in cui non ha diritto di partecipare né l'imputato né il difensore, ma che, pure, costituisce un *judicial proceeding*.

Nel linguaggio americano si afferma che queste dichiarazioni, indipendentemente dal fatto che siano o meno documentate per iscritto, sottoscritte o registrate con un magnetofono, costituiscono *hearsay*²⁷⁶ e non

²⁷⁶ *Hearsay*, ovvero il sentito dire, si ha quando qualcuno narra fatti che non ha direttamente percepito. Sul punto vedasi MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 105 e ss.

Nell'ordinamento statunitense viene individuato dal seguente articolo:

FEDERAL RULES OF EVIDENCE Rule 801. Definitions

The following definitions apply under this article:

(a) *STATEMENT.*

A "statement" is an oral or written assertion or nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion.

(b) *Declarant.*

A "declarant" is a person who makes a statement.

(c) *HEARSAY.*

"Hearsay" is a STATEMENT, other than one made by the DECLARANT while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.

(d) *STATEMENTS WHICH ARE NOT HEARSAY.*

A statement is not hearsay if:

(1) *PRIOR STATEMENT BY WITNESS.* *The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition, or (B) consistent with the declarant's testimony and is offered to rebut an express or implied charge against the declarant of recent fabrication or improper influence or motive, or (C) one of identification of a person made after perceiving the person; or*

(2) *ADMISSION BY PARTY- OPPONENT.* *The statement is offered against a party and is:*

(A) *the party's own statement, in either an individual or a representative capacity or*

(B) *a statement of which the party has manifested an adoption or belief in its truth, or*

(C) *a statement by a person authorized by the party to make a statement concerning the subject, or*

(D) *a statement by the party's agent or servant concerning a matter within the scope of the agency or employment, made during the existence of the relationship, or*

(E) *a statement by a conspirator of a party during the course and in furtherance of the conspiracy.*

possono, di conseguenza, essere utilizzate direttamente come *substantive evidence*²⁷⁷.

In un contesto processuale basato sull'oralità e sulla centralità del giudizio di fronte alla giuria, infatti, tali dichiarazioni possono entrare in gioco solo in relazione alla credibilità del dichiarante e non alla veridicità degli elementi di fatto cui si riferiscono; ciò ovviamente non impedisce che vengano introdotte come *prior inconsistent statements*²⁷⁸ a titolo di *impeachment*²⁷⁹, a proposito del quale la *rule against hearsay*²⁸⁰ non si applica²⁸¹.

The contents of the statement shall be considered but are not alone sufficient to establish the declarant's authority under subdivision (C), the agency or employment relationship and scope thereof under subdivision (D), or the existence of the conspiracy and the participation therein of the declarant and the party against whom the statement is offered under subdivision (E).

Cfr. *Cain v. George*, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 411 F.2d (1969), in MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 117 e ss.

²⁷⁷ Ovvero come prova dei fatti che tramite le stesse vengono narrati.

²⁷⁸ Di seguito si riporta il comma relativa a tale eccezione, individuato dalle Federal Rules of Evidence:

FEDERAL RULES OF EVIDENCE 801(d)(1)(A) → PRIOR INCONSISTENT STATEMENTS

A statement is not hearsay if:

(1) PRIOR STATEMENT BY WITNESS. The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition.

²⁷⁹ Cfr. MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 511 e ss., nel quale l'impeachment ed i metodi di impeachment vengono così connotati:

Witness impeachment is the process of calling into question the credibility of an individual who is testifying in a trial. There are a number of ways that a witness may properly be impeached, and several ways that, although effective, are prohibited except under special circumstances.

Methods of impeachment: *A party may be impeached through introducing evidence of any of the following:*

- *BIAS--The witness is biased against one party or in favor of the other. The witness has a personal interest in the outcome of the case. A classic example is a witness for the prosecution who is awaiting sentencing. He's more likely to be pro-prosecution in hopes of better treatment. The proper way to handle this is first to question the witness to see if he will admit to the bias. If not, then the cross-examiner may bring in other witnesses to expose the bias.*
- *INCONSISTENT STATEMENT--The witness has made two or more conflicting statements. By exposing his conflicting statements, you reduce his credibility.*
- *CHARACTER Show that the witness has a community-recognized reputation for dishonesty. Specific examples are inadmissible – unless the witness admits them himself under cross-examination – but to present witnesses who can attest to the witness's character is helpful. This might seem tedious, especially when it is realized that a character witness against the principal witness may himself be impeached the same way, but normally witnesses are total unknowns to jurors, and people with reputations in their community for being total fabricators do show up in court from time to time. Coupled with character are prior criminal acts by the witness. This is handled in one of three*

È un fatto incontestabile che nella prospettiva statunitense il rapporto avvocato-testimone rappresenti il valico forse più delicato di tutta l'attività professionale del penalista.

Ed è proprio per preparare l'avvocato ad attraversarlo nel rispetto di esigenze deontologiche tanto precise quanto la delicata materia richiede, che *“lo si prende per mano sino dai suoi primi passi di vita professionale per insegnargli a trattare con i testimoni, per motivarli se riluttanti..., per assicurarsi il prima possibile quelle risultanze sulle quali si dovrà in seguito fare affidamento per la gestione della cross-examination dibattimentale”*²⁸².

Negli U.S.A. la difesa può liberamente prendere contatto con i soggetti informati sui fatti, indipendentemente dalla circostanza che questi abbiano già

ways:

- *If the witness has committed ANY CRIME INVOLVING DISHONESTY (i.e. larceny-by-trick, embezzlement, fraud, etc.) then the prior conviction is admissible under every circumstance.*
- *If the WITNESS IS THE CRIMINAL DEFENDANT, a felony conviction (i.e., conviction of a crime that is punishable by more than one year in prison) is admissible if the judge determines that the probative value outweighs the potential for prejudice.*
- *If the WITNESS IS NOT THE CRIMINAL DEFENDANT, a felony conviction is admissible unless the judge determines that its prejudicial nature substantially outweighs its probativity.*
- *STALE FELONIES, that is, felonies where the witness was released at least ten years ago (or was found guilty ten years ago if no incarceration) are admissible only if the probative value substantially outweighs its prejudice.*
- *COMPETENCY Basically show that the witness was unable to sense what he claimed to have (i.e., could not see from where he was, etc.) or that he lacked the requisite mental capacity. Older common law would exclude an incompetent witness from testifying. Modern rules, and the Federal Rules of Evidence allow the witness on the stand (in most cases) considering competence but one of many factors juries are to consider when determining credibility of the witness.*
- *CONTRADICTION This occurs when the witness is induced to contradict his own testimony during the present proceeding. This differs from inconsistent statements, above. Inconsistent statements involve statements made out- Of- Court (cf. hearsay) or in prior proceedings. Contradiction involves the witness saying two different things while presently testifying.*

²⁸⁰ Di seguito si riporta il relativo articolo delle Federal Rules of Evidence:

FEDERAL RULES OF EVIDENCE Rule 802. Hearsay Rule

Hearsay IS NOT ADMISSIBLE EXCEPT as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress.

²⁸¹ In generale, sull'impeachment, si veda FANCHIOTTI V., *La testimonianza nel processo adversary*, Genova, Egit, 1988, pag. 285 e ss.

²⁸² Così BINDER D., A., PRICE S., *Legal interviewing and counseling*, West Pub Co., Minnesota, 1977, pag. 127.

reso dichiarazioni nel *preliminary hearing*, davanti al *gran giury* oppure davanti al *prosecutor*.

Il diritto di avvicinare i potenziali testimoni, sia a carico che a discarico, comprende anche la possibilità di superare l'eventuale stato di detenzione dei medesimi, posto che “*il prosecutor non può precludere l'accesso del difensore al luogo di detenzione del teste, al fine di effettuare l'intervista*”²⁸³.

Neppure può limitarsi ad offrire alla difesa la sua disponibilità alla *deposition* formale, che in nessun caso può considerarsi sostitutiva di un colloquio a carattere privato.

È prevista, inoltre, la facoltà di avvicinare gli agenti e gli ufficiali di polizia che hanno partecipato e condotto le indagini, nonché il coimputato, passando però necessariamente, in questi ultimi due casi, attraverso il consenso del loro difensore.

L'attività di indagine difensiva è efficacemente tutelata nei confronti di indebite interferenze da parte della polizia o del *prosecutor*, cui è fatto espresso divieto di dare istruzioni ai potenziali testimoni affinché rifiutino di parlare con la difesa; è principio fondamentale che questi ultimi, come ha chiarito la giurisprudenza, sul punto sempre univoca, “*non appartengono a nessuna delle parti*”, le quali possono evidentemente convocarli, ma non certo assoldarli²⁸⁴.

È, quindi, del tutto illecito ogni tentativo di compressione di quello che la stessa giurisprudenza indica come “*diritto della difesa ad interrogare i testimoni prima del dibattimento, senza interferenze da parte dell'accusa*”²⁸⁵.

Di fronte ad un'interferenza del *prosecutor* l'imputato può avvalersi di rimedi immediati nel corso del procedimento di merito ed in particolare:

1. può chiedere l'emissione di un provvedimento formale del giudice dibattimentale volto ad ordinare al *prosecutor* di annullare ogni direttiva illegittima o ad informare i testimoni del diritto dell'imputato a

²⁸³ Per tutte, in giurisprudenza, U.S. v. McCarthy, 292 F. supp. 937, DC NY.

²⁸⁴ Sul principio per cui “*i testimoni non appartengono a nessuno*” si veda, in giurisprudenza, U.S. v. Rogers, 642 F. supp. 934, Colo., 1986.

²⁸⁵ Cfr. U.S. v. Henny (CA9) 527 F.2d 479, cert. den. 425 U.S. 991.

intervistarli²⁸⁶;

2. può chiedere che non sia ammessa al dibattimento la testimonianza del soggetto il contatto col quale sia stato precluso dall'interferenza dell'avversario²⁸⁷;
3. può ottenere una sospensione del dibattimento stesso al fine di realizzare l'intervista²⁸⁸, e, addirittura, chiedere l'archiviazione del caso o l'annullamento del dibattimento qualora il pregiudizio derivante dalla mancata possibilità di intervistare il teste sia stato determinante nell'esito del processo²⁸⁹.
4. può menzionare le indebite interferenze da parte dell'accusa in sede di *cross-examination* del teste cui si riferiscono, per provare la sua inattendibilità a causa della parzialità a vantaggio dell'accusa: uno strumento da non sottovalutare visto l'impatto che potrebbe avere sulla giuria, chiamata a decidere sulla colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio²⁹⁰, e con verdetto immotivato.

Nessun dubbio, peraltro, che la persona informata non abbia, in nessun caso, alcun obbligo di rispondere e, più in generale, di sottoporsi all'intervista.

Ciò comporta che le maggiori difficoltà per la difesa, in termini di fatto, riguardino la possibilità di svolgere proficui colloqui con i potenziali testimoni a carico, in relazione ai quali è, naturalmente, infinitamente più arduo ottenere la disponibilità a parlare, soprattutto se si tratta della persona offesa o del denunciante i quali, ovviamente, tendono a identificarsi con l'accusatore e a diffidare del difensore dell'imputato.

L'uso di sotterfugi e di trucchi nella raccolta di informazioni non è di per sé precluso all'investigatore, purché non si risolva in un'attività fraudolenta contraria

²⁸⁶ Cfr. U.S. v. Addonizio, 313 F. supp. 486, DC NJ, 1970.

²⁸⁷ Cfr. U.S. v. Dryden, 423 F.2d 1175, CA5 Ala., 1970.

²⁸⁸ Cfr. Martinez v. State, 496 P2 d 416, Ocla., 1972.

²⁸⁹ Cfr. State v. Burri, 87 2d 175 550, P2d 507, Wash. 1976.

²⁹⁰ Per una verifica del corrispondente significato nell'ordinamento italiano del concetto di “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”, vedasi FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 351.

alle norme deontologiche che vietano all'avvocato *“to engage in conduct involving dishonesty, fraud, deceit or misrepresentation”*²⁹¹, o in un'indebita intrusione nella privacy.

Anche restando nei limiti del lecito, tuttavia, occorre ricorrere a queste tecniche con molta cautela perché si rischia di suscitare nella giuria simpatia per il testimone che lamenti gli inganni subiti, a meno che non siano stati con successo utilizzati per smascherare schemi fraudolenti posti in essere dal teste stesso.

Va sottolineato, quantomeno come importante dato culturale, riconoscendo la distanza che in questo senso tuttora separa l'Italia dagli Stati Uniti, che *“in un modello adversary tali tecniche di raccolta di informazioni siano considerate ingredienti naturali dell'attività investigativa: non è un caso che vengano praticate in maniera non sporadica anche dalla polizia e dal prosecutor. È questo un riflesso della elevata tolleranza per la contrapposizione dialettica tra le parti senza esclusione di colpi, basata sulla convinzione che il meccanismo più efficace di controllo degli abusi sia costituito proprio dai fenomeni di azione e reazione tra accusa e difesa, controllati poi, in fase di dibattimento, da parte della giuria”*²⁹².

Sul piano esecutivo si segnala che l'intervista può essere legittimamente svolta da un investigatore privato, da un collega del difensore o da quest'ultimo personalmente; è opportuno, peraltro, che al colloquio assista una terza persona che possa testimoniare al dibattimento circa le eventuali difformità tra le dichiarazioni rese in quella sede e quelle rilasciate precedentemente.

La presenza del terzo è particolarmente importante nell'ipotesi in cui l'intervistato, ostile alla difesa, si rifiuti di sottoscrivere le dichiarazioni rese: *“in tal caso, l'unico strumento per poterle utilizzare, a titolo d'impeachment, sarà appunto la testimonianza di chi le ha sentite dire”*²⁹³.

²⁹¹ Ovvero: *“di attivarsi mediante comportamenti implicanti azioni disoneste, fraudolente, menzognere o di falsificazione della realtà”*, in A.B.A., *Model rules of Professional Conduct*, rule 8.4 (1983), in MORGAN T., ROTUNDA R., *Model code of professional responsibility and other selected standards on professional responsibility*, New York, Mineola, 1984.

²⁹² Vedasi FANCHIOTTI V., *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in Cass. pen., 1995, pag. 440.

²⁹³ Vedasi FANCHIOTTI V., *L'indagine della difesa...*, op. cit., pag. 439.

Nulla vieta, in teoria, che sul medesimo aspetto possa essere lo stesso difensore a testimoniare in dibattimento, in tal caso, però, secondo la prevalente giurisprudenza, egli è tenuto a rinunciare all'incarico difensivo²⁹⁴.

43. The ineffective assistance of counsel.

Dopo aver esaminato il “*Right to counsel*”²⁹⁵ attraverso l'analisi dei casi che hanno portato la Corte Suprema degli Stati Uniti a riconoscere diritto alla difesa, ed aver verificato, da un lato, il ruolo del giudice in tema di ammissione delle prove, e, dall'altro, la connotazione dell'intervista difensiva, si andranno ora a sondare con maggiore attenzione le due principali sentenze che fondano il motivo di appello nell'ordinamento americano basato sull'*ineffective assistance of counsel*, ovverosia *Strickland V. Washington*, 466 U.S. 668 (1984) e *United States V. Cronin*, 466 U.S. 648 (1984).

In entrambi i casi, sebbene con modalità differenti, “*the attorney failed to properly defend the case*”, ovvero l'imputato non ha goduto di una tutela adeguata, ed in particolar modo, ha sofferto di una tutela legale priva di “*reasonable investigation*”.

La mancanza o la carenza di indagini difensive non costituiscono la sola ragione per cui si possa parlare di *ineffective assistance*, tuttavia esse rappresentano il motore principale che deve sospingere l'avvocato, così come le norme costituzionali, dell'*American Bar Association*, statuali e giurisprudenziali, gli impongono ad ogni piè sospinto.

Lo studio dell'*ineffective assistance*²⁹⁶ verrà affrontato mediante l'analisi di un'ipotesi accademica utilizzata frequentemente nei college of Law statunitensi,

²⁹⁴ Cfr. U.S. v. Porter, 429 F2d 203, DC Cir., 1970.

²⁹⁵ Il *right to counsel* è ampiamente trattato in lingua originale in WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 576 e ss.

²⁹⁶ Sul tema si tenga conto tuttavia che, come riporta MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 224, “*se l'imputato consapevolmente decide di difendersi da solo, egli contestualmente sceglie di accettare i risultati della sua difesa*”, ovverosia il *pro se defendant*, perde il diritto di lamentare l'*ineffective assistance* del difensore.

in quanto capace di far emergere compiutamente il panorama delle criticità peculiari di tale censura, fornendo una risposta originale²⁹⁷ alle questioni proposte.

La vicenda, utilizzata ai fini didattici, seleziona i principali errori che può compiere un avvocato americano e verificare quali carenze possano costituire motivo di impugnazione per *ineffective assistance*.

43.1. *A case of ineffective assistance.*

Riportato in lingua originale per rispettarne le sfumature linguistiche, il caso di *Sherry Frye* rappresenta una situazione limite che, tuttavia, non avviene così infrequentemente.

Si tratta di una tutela carente sia in primo che in secondo grado, ove *Sherry Frye* non riesce ad entrare in contatto col proprio legale, non viene ascoltata, né vengono recepite le richieste che propone continuamente; i suoi avvocati infine sono inesperti e complessivamente possiamo affermare che siamo in totale assenza di indagini difensive.

A) *THE SHERRY'S CASE INTRODUCTION*

At the end of this question you will be asked to consider what Sixth Amendment challenges, if any, should be filed on behalf of your client, Ms. Sherry Frye. You are Sherry's habeas corpus²⁹⁸ counsel, having been appointed by the state court to represent her and to evaluate any constitutional infirmities occurring in her state criminal trial. As you read this question, keep your role clearly in mind.

B) *THE SHERRY'S CASE*

Sherry Frye was convicted of felony assault²⁹⁹ and battery³⁰⁰ and attempted murder³⁰¹ for repeatedly striking a young male with a golf club. She was tried before a jury and sentenced to twenty years in prison in 2003.

²⁹⁷ Formulata dallo scrivente ed approvata dalla prof. Meg Penrose, titolare della cattedra di Criminal Law, presso la University of Oklahoma, sede di Norman, nell'anno 2009.

²⁹⁸ *Habeas corpus (Latin: You (shall) have the body) is a legal action, or writ, through which a person can seek relief from the unlawful detention of him or herself, or of another person. It protects the individual from harming him or herself, or from being harmed by the judicial system. Of English origin, the writ of habeas corpus has historically been an important instrument for the safeguarding of individual freedom against arbitrary state action.*

²⁹⁹ "The crime of assault exists when either: 1) defendant attempts to commit a battery, and fails; or 2) defendant places another in fear of imminent injury", cfr. STEVEN L. EMANUEL, *Criminal*

Sherry was represented by a court-Appointed attorney at trial. Her trial counsel, Jeff Samardzija, made no opening statement and called no witnesses on Sherry's behalf. Instead, Jeff attempted to discredit the state's case by periodically, though not aggressively, challenging pieces of the state's case against Sherry. Once the state rested, Jeff stood and announced that, without calling any witnesses or putting on any evidence, Sherry rested. Jeff's closing argument pointed out that the state had not met its burden of proof. In less than thirty minutes, the jury, composed of nine men and three women, convicted Sherry on all counts.

Finding the experience of trial and her relationship with Jeff less than satisfying, Sherry sought to represent herself on appeal before the state court. The state court refused her request and appointed a young attorney, Brady Quinn, to represent Sherry on appeal. Brady graduated at the top of his class from Notre Dame Law School and has spent the past three years establishing a very successful entertainment and sports law practice. Brady's practice largely deals with transactional matters, especially contracts and labor negotiations. He has never represented a criminal client and has never participated in a jury trial. In fact, Brady's closest brush with a courtroom was participating in his intraschool moot court competition where his team placed second. Brady was appointed by the court to represent Sherry on February 14, 2004.

Upon Brady's appointment, Sherry immediately wrote Brady a letter demanding that he visit her so they could discuss the case and the issues Sherry wanted presented on appeal. Brady never responded to this letter and has never visited Sherry. Sherry sent a second letter to Brady one week later and set forth at least four issues she wanted raised on appeal, including that trial counsel refused

Law – CrunchTime, Aspen Publishers, New York, 2007, pag. 141 e ss.; FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 39 e ss.

³⁰⁰ “The crime of battery exists where defendant causes either: 1) bodily injury; or 2) offensive touching”, cfr. STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law ... op. cit.*, pag. 141 ; FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law... op. cit.*, pag. 36 e ss.

³⁰¹ The crime of murder is “defined as the unlawful killing of a human being with malice aforethought”, cfr. FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 29 e ss. Per una disamina completa del tema, vedasi KAPLAN J., WEISEMBERG R., BINDER G., *Criminal Law... op. cit.*, pag. 325 e ss., pag 659 e ss.; Per un esempio pratico di un caso di murder, vedasi STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law ... op. cit.*, pag. 23 e ss.

to consider her input during jury selection³⁰². Sherry specifically wanted as many males as possible struck from the jury. Brady did not respond to this communication.

Sherry sent a third letter the following week advising Brady that Jeff failed to give an opening statement underscoring what Sherry believed to be Jeff's half-hearted attempts to represent Sherry. Sherry further observed that Jeff's closing statement regarding burden of proof did not emphasize the intent element necessary for attempted murder and was perfunctory, at best. Brady did not respond. Two more weeks passed. Feeling extremely frustrated with Brady's failure to acknowledge receipt of her letters, Sherry wrote a fourth letter containing three questions Sherry believed should have been asked of the key state witnesses as the response to these questions would have exonerated her. She listed the names of two key state witnesses who were present when she allegedly attacked her victim. Brady, again, failed to respond to this communication or even acknowledge that he received the letter. Brady also failed to investigate or attempt to contact the individual witnesses Sherry identified.

After visiting Sherry recently, Sherry's parents became concerned about Brady's representation. They called Brady's office and left at least seven separate messages. None of their calls were returned. Thereafter, Sherry sent another letter demanding that she be permitted to review any brief or motion Brady filed on her behalf. True to form, Brady did not respond to this letter. Finally, Sherry wrote Brady explaining that her most serious complaint was that Jeff prevented her from testifying despite her stated desire to do so. Brady, not surprisingly, did not respond to this final communication.

The state wherein Brady practices has rules of conduct relating to criminal representation. One of the governing rules requires that "a lawyer shall keep a client reasonably informed about the status of a matter and promptly comply with reasonable requests for information." The American Bar Association has a similar rule.

³⁰² Sul punto e sul c.d. "voir dire", vedasi MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 5 e ss.

Brady Quinn filed a timely appellate brief on Sherry's behalf without ever visiting Sherry or incorporating her many suggestions. Perhaps most importantly, Brady did not advise or consult Sherry before filing his appellate brief in the case – an Anders brief³⁰³.

C) THE QUESTION

What, if any, Sixth Amendment issues should you raise on Sherry's behalf. If you choose not to file any Sixth Amendment challenge, explain this decision. If you are uncertain, at this point, whether you should raise any Sixth Amendment issues in your habeas complaint, explain why and what needs to be further determined before filing.

D) THE SOLUTION

The Sixth Amendment, writing “*and to have the Assistance of Counsel for his defense*”, provides the right to counsel but at the same time also provides the right to effective assistance. The right to trial counsel comes from the Sixth Amendment but appellate comes from the Fourteenth Amendment that provides the Due process Clause.

The best way to test the Sixth Amendment in this case is to analyze the cases *Strickland v. Washington* and *United States v. Cronic*.

The *Cronic* case is very rare and has a high threshold in determining whether respondent's right to the effective assistance of counsel had been violated, based the Meaningful adversarial test, on 5 circumstances:

1. the time afforded for investigation and preparation;
2. the experience of counsel;
3. the gravity of the charge;
4. the complexity of possible defenses;
5. the accessibility of witnesses to counsel³⁰⁴.

³⁰³ *The Anders brief is a request filed by a court- Appointed attorney to withdraw from the appeal of a criminal case because of his belief that the grounds for the appeal are frivolous. Named after Anders v. California (1967). Sull'argomento vedasi MUSSO R. G., Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 203.*

³⁰⁴ Cfr. *United States v. Cronic*, 466 U.S. 648 (1984).

Thus, the right to the effective assistance of counsel is the right of the accused to require that the prosecution's case to survive the test of meaningful adversarial testing.

Otherwise, the benchmark for judging any claim of ineffectiveness in the Strickland case requires two elements:

1. that counsel's performance was deficient;
2. that the deficient performance prejudiced the defense so as to deprive the defendant of a fair trial. As a result the standard in Strickland is highest even if more common.

In this case, I'm going to analyze the two lawyers separately like follow, reporting step by step each "weak" conduct:

<p>Errors / problems of the Lawyer</p> <p style="text-align: center;">JEFF SAMARDZIJA:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. No opening statement; 2. No witness nor evidence; 3. Only attempt to discredit the state's case; 4. Only affirm that the state had not met its burden of proof. 	<p style="text-align: center;">Not necessarily relevant</p> <p>The Lawyer Jeff Samardzija did a really weak conduct but even simply the closing argument saying only that the prosecution "<i>did not meet their burden of proof</i>"; it's enough to overtake the Cronin standard.</p> <p>Furthermore, Sherry indicated the witnesses only to Brady so Samardzija didn't know anything about them, so, even the Strickland test seems to be passed.</p>
<p>Errors / problems of the lawyer</p> <p style="text-align: center;">BRADY QUINN:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Only experience in sports law practice, transactional matters / labor negotiations; 2. Never presented criminal client; 	<p style="text-align: center;">Not relevant</p> <p>Here we have another weak conduct but even in this case the "inexperience" is a red herring.</p> <p>It is not relevant and the judgment must be based on the job done, not on the experience of the lawyer.</p>

<p>3. Never participated in a jury trial.</p>	
<p>4. Never responded to the first request to meet and discuss the case with Sherry.</p>	<p>Not necessarily relevant</p> <p>With this conduct, the lawyer Brady Quinn violated one of the A.B.A. rules (and one of the governing rules of the state wherein Brady practices); nevertheless, even if deficient due to A.B.A. norms, not necessarily we have a prejudice.</p>
<p>5. Never responded to the second letter, raising issues specifically on:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Trial counsel refused to consider her request about having as many males as possible struck from the jury. 	<p>Not relevant</p> <p>Defendant does not have right to input during a jury selection.</p> <p>Furthermore, in the case of <i>J.E.B. v. Alabama Ex Rel. T. B.</i> we have seen that the “<i>Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment prohibits peremptory strikes based solely on race extend to forbid gender based peremptory challenges</i>”, so, <i>a fortiori</i>, Sherry cannot suggest a selection of the jurors based on gender.</p>
<p>6. Never responded to the third letter, raising issues specifically on:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jeff failure to give an opening statement; • Jeff half-hearted to represent Sherry; • Jeff did not emphasize the 	<p>Not necessarily relevant</p> <p>With this conduct, the lawyer Brady Quinn violated one of the A.B.A. rules (and one of the governing rules of the state wherein Brady practices); nevertheless, even if deficient due to A.B.A. norms, not necessarily we have a prejudice.</p>

<p>intent for attempted murder;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jeff was, at best, perfunctory. 	
<p>7. Never responded to the fourth letter, raising issues specifically on:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Containing questions for the key state witnesses; • Listed two key state witnesses who were present. 	<p>Not relevant</p> <p>Defendant does not have the right to determine which issues to raise on appeal (but for the witness read point no. 8).</p>
<p>8. Brady fails to investigate or to attempt to contact the witnesses.</p>	<p>Relevant</p> <p>With these conducts, the lawyer Brady Quinn seems to violate the case <i>Strickland</i>, where we look both to norms of professional conduct in state statutes and ABA norms.</p> <p>Particularly in the case <i>Strickland</i> we consider a defective a counsel's assistance when:</p> <p>1) "<i>Proper standard for judging attorney performance fell below an objective standard of reasonableness</i>" and Brady's performance seems too unreasonable under the proper standard, because he didn't investigate nor contact the witnesses.</p> <p>This point is clear because Brady's performance has been below that</p>

	<p>standard.</p> <p>2) <i>“Showing of prejudice requires a reasonable probability that for counsel’s unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different”</i> and the two witnesses that Sherry indicated may offer important information about how exactly happened the felony and bring to a different result.</p> <p>This point is less clear because we don’t know anything about what the witnesses know.</p>
9. Never responded to the seven messages of Sherry’s parents.	<p>Relevant</p> <p>Even if there is no right to have a counsel communication with your family, there is a right to receive communication.</p>
10. Never responded to the fifth letter, about reviewing motion.	<p>Not relevant</p> <p>Defendant does not have the right to determine which issues to rise on appeal.</p>
11. Never responded to the sixth letter, about her complaint that Jeff prevented her from testifying.	<p>Relevant</p> <p>Even if the defendant does not have the right to determine which issues to rise on appeal, the right to testify is a definite right of the defendant on the trial and preventing her to testifying create a prejudice that seem to violate the case <i>Strickland</i>.</p>
12. Brady failed to follow the governing rule (similar to the one of A.B.A.) that prescribe <i>“a lawyer shall keep a client</i>	<p>Not necessarily relevant</p> <p>With this conduct, the lawyer Brady Quinn violated one of the A.B.A. rules</p>

<i>reasonably informed about the status of a matter and promptly comply with reasonable requests for information”.</i>	(and one of the governing rules of the state wherein Brady practices); nevertheless, even if deficient due to A.B.A. norms, not necessarily we have a prejudice.
13. Brady appellate without visiting Sherry or incorporate her many suggestions.	Not relevant Defendant does not have the right to determine which issues to rise on appeal.
14. Brady did not advice or consult Sherry before filing his Anders brief.	Relevant We have to say that there is no necessary right to review briefs of the attorney, but at the same time filing an “Anders brief”, the lawyer Brady Quinn take away the adversarial testing. He may have violated the case Cronin.

Thus, the Jeff’s performance shows us one weak point that consent to appellate:

1. Jeff prevented Sherry to testify :
 - a) Doing so he seems to violate the case Strickland, because he created prejudice.

On the opposite site, Brady’s performance shows us at least three weak points that consent to appellate:

1. Brady fail consider that Jeff prevented Sherry to testify:
 - a) Doing so he seems to violate the case Strickland, because he created prejudice.
2. Brady fail to investigate or to attempt to contact the witnesses:
 - a) Doing so he seems to violate the case Strickland, but this statement is weak, because we don’t know what the witnesses would have said in

trial.

3. Brady did not advice or consult Sherry before filing his Anders brief:

- a) Doing so he may have violated the Cronic, and this statement is stronger than previous, because there was no adversarial testing.

CONSIDERAZIONI SUL CASO SHERRY

Come anticipato in premessa si tratta di un caso di scuola volutamente relegato ad un ambito quasi paradossale, ove gli avvocati difensori hanno tenuto una condotta decisamente contraria a tutte le norme deontologiche che regolano l'attività professionale.

Tuttavia l'esempio si dimostra capace di caratterizzare il novero delle censure che possono essere mosse nei confronti di una difesa inadempiente, a maggior ragione se si considera giuridicamente doveroso procedere a una "*reasonable investigation*".

Infatti, l'assenza di un comportamento attivo simile a quello evidenziato nel caso di Sherry Frye consente, negli Stati Uniti, di impugnare le sentenze di condanna.

CAPITOLO 4

CONSIDERAZIONI FINALI

Sommario: 44. Sistemi a confronto; 45. Conclusioni.

44. Sistemi a confronto.

L'analisi dei due sistemi sinora tratteggiata ha tentato di mettere in evidenza le caratteristiche peculiari dell'indagine difensiva in due modelli, l'uno di *common law* e l'altro di *civil law*, che possono senz'altro riconoscersi come sostanzialmente diversi.

Tanto le prospettive storico-culturali quanto quelle economico-politiche che hanno caratterizzato le rispettive evoluzioni sistemiche si presentano fra loro distinte e prive di un denominatore comune.

Ciò posto, la maggior parte dei principi che strutturano i rispettivi sistemi vengono comunque condivisi, quando si allarga lo sguardo per abbracciare una visione d'insieme del processo penale. La questione cambia, invece, nel momento in cui si affronta la struttura dell'indagine difensiva. In questa ipotesi, come sinora tratteggiato, talune caratteristiche degli statuti di riferimento si possono definire addirittura diametralmente opposte.

Senza porsi l'obiettivo di fornire un elenco esaustivo degli elementi che caratterizzano i rispettivi ambienti processuali, con specifico riferimento alle indagini difensive si possono individuare agevolmente differenziazioni capaci di influenzare in misura determinante l'indagine privata.

Pertanto, si andranno ad esaminare ora talune di queste caratteristiche nel raffronto fra il sistema italiano e quello americano:

44.1. Facoltà *versus* dovere.

Il codice di rito italiano, lo si è anticipato, all'articolo 327 *bis* comma 1, definisce il compimento di attività di investigazione difensiva in termini di facoltà

sebbene l'art. 3 delle Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive – nell'elaborazione dell'Unione delle Camere Penali Italiane impone al difensore il dovere di valutare la necessità o l'opportunità di svolgere tali investigazioni. Quindi, pur nella dualità dei precetti, si deve senz'altro ritenere l'investigazione difensiva italiana una facoltà rinforzata, o, al più, un dovere attenuato.

Viceversa, le indagini difensive nel sistema americano debbono ritenersi doverose per il difensore che si adegui agli *standards* relativi alla *defense function* formulati dall'*American Bar Association*. A maggior ragione se si tiene conto del diritto dell'imputato di sottoporre all'attenzione del giudice le prove a discarico rinvenute autonomamente. Si tratta di un profilo difensivo riconosciuto dalla Corte Suprema americana teso a garantire un'adeguata preparazione processuale dell'imputato ad un processo impostato sui principi della oralità e concentrazione dibattimentale.

44.2. Accertamento della verità processuale *versus fair trial*.

Il processo italiano si focalizza sull'accertamento della verità processuale mentre il sistema americano struttura il processo attorno ad una regola fondamentale, quella del "*fair trial*", al fine di consentire un equo bilanciamento delle forze in gioco accordando, in tal modo, un grande potere alle parti loro ceduto dallo stesso giudice.

Si tratta di un'impostazione, quest'ultima, non esente da difetti.

Infatti, nonostante consenta un maggior campo d'azione ai giocatori del processo penale, realizzando in tal modo una migliore parità delle armi rispetto al sistema italiano, si deve censurare recisamente approccio, grazie al quale, per esempio, può verificarsi che il giudice rimanga a latere della decisione dell'imputato che si opponga all'istruzione di un procedimento penale per omicidio colposo scegliendo pertanto di essere giudicato per la sola imputazione di omicidio volontario.

Questo specifico elemento deve ritenersi marginale rispetto all'indagine privata, tuttavia caratterizza il sistema, connotandolo, in tal guisa, con elementi di tipo manageriale che mal si conciliano con l'impianto accusatorio. Tale atteggiamento, infatti, si riverbera in sede di valutazione delle prove fornite dalle

parti perché proprio in questo ambito si rivela, esprimendosi, il bagaglio culturale del giudice e il suo comportamento verso le parti e la loro ricerca della prova.

Nel processo italiano, dominato dal legalismo e dal principio del *jura novit curia*, i giudici detengono il monopolio in ordine a tutte le decisioni procedurali, consentendo una tensione verso la verità – pur se meramente processuale – che si presume dotata di migliori garanzie di un risultato affidabile.

44.3. Diluizione temporale e produzione cartacea *versus day trial*.

Se, da un lato, il processo domestico si presenta affetto dai noti tempi processuali e da un iter probatorio laborioso e dispersivo nel quale prevale il supporto documentale di quanto avvenuto in processo, dall'altro, il sistema americano è caratterizzato dall'oralità e dalla concentrazione processuale nel c.d. *day trial*, sgravato dal peso degli enormi fascicoli processuali nostrani e capace pertanto di lasciar assorbire alla giuria direttamente e immediatamente le prove all'atto della loro formazione.

Questo elemento, invece, caratterizza grandemente la fase preparatoria del dibattimento. Lo si è detto, laddove il processo si concentra in pochi giorni occorre giungere al dibattito perfettamente preparati e, pertanto, in questa ipotesi, l'indagine privata di origine americana, presentandosi sotto una parziale copertura costituzionale, assume una matrice rinforzata, necessaria e indissolubile con il pacchetto dei diritti che norme e giurisprudenza attribuiscono all'imputato, ivi compreso quello svolto a ottenere una difesa attiva.

44.4. Giustizia negoziata: fenomeno di natura manageriale versus deflazione del rito ordinario.

Come per la questione della concentrazione processuale, anche per quanto concerne la giustizia negoziata, si devono rilevare importanti influenze sul tema che ci riguarda.

Certo, la giustizia negoziata è fenomeno maggiormente sviluppato oltremare piuttosto che non in Italia, ma nondimeno essa richiede un tempestivo prodigarsi del difensore alla ricerca di elementi di prova attraverso i quali formulare un giudizio prognostico sugli esiti del procedimento, sì da poter orientare meglio le proprie scelte e negoziare con l'avversario con cognizione di causa.

Negli Stati Uniti il tema assume un rilievo tanto delicato da costituire un diritto di rango costituzionale che trova il suo fondamento non solo nella clausola del *due process of law*, contenuta nel 14° Emendamento della Costituzione Americana, ma anche in due garanzie più specifiche, ovvero il diritto dell'imputato a confrontarsi con i testi dell'accusa e sottoporli a *cross-examination* ed il diritto del medesimo a produrre testimoni a discarico. Tuttavia, nonostante questa premessa, si deve rilevare che l'imperfetto sistema della giustizia negoziata americana³⁰⁵, motivata, come anticipato, da precise opzioni politiche, storiche ed economiche, mina perniciosamente il diritto di difesa ed il connesso corollario della ricerca difensiva della prova penale.

44.5. Formazione unilaterale della prova nella fase preliminare versus formazione processuale della prova.

In Italia si assiste, pur se in via eccezionale, ad un processo di formazione della prova unilaterale, al di fuori e precedente al processo penale ad opera delle parti.

Il fenomeno è stato sottoposto a censura nel capitolo ad esso dedicato, in quanto ritenuto fonte di molteplici implicazioni connesse ai timori sulla autenticità della prova formata e al dubbio che l'insieme dei precetti formali che ne statuiscono la conformazione possano non essere sufficienti a garantire l'integrità della prova formata in siffatta maniera.

Sulla sponda opposta, invece, nonostante le molteplici pressioni che spingono difensore all'indagine privata, essa si traspone nella mera raccolta di elementi probatori da sottoporre alla giuria nel dibattimento, sede naturale del processo di formazione della prova.

Il modello americano "*a inchiesta di parte*", si traduce, ad esempio, per quanto concerne le fonti dichiarative, nella pressoché³⁰⁶ assoluta inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni al di fuori della sede dibattimentale, in ragione di un principio del contraddittorio forte che attribuisce credibilità alle sole dichiarazioni che si dimostrino tali dopo aver superato lo strumento della *cross-examination*.

³⁰⁵ Sul fenomeno della giustizia negoziata, cfr. paragrafo n. 37.

³⁰⁶ Fatte salve le tre eccezioni indicate *ut supra* nel paragrafo n. 42.

45. Conclusioni.

Il percorso argomentativo sinora svolto sulle indagini difensive e sulle loro differenziazioni fra il sistema domestico e quello statunitense, ha tentato di mettere in luce talune criticità, esponendole alle censure proposte.

Durante il cammino ci si è aggrappati saldamente ai principi ritenuti idonei a fungere da chiavi risoltrici delle carenze affrontate. Fra questi, il principio della parità delle armi, del contraddittorio forte e, più in generale, della sentita necessità di ricercare, attraverso lo stimolo della comparazione con un sistema americano, elementi nuovi capaci di innovare o quantomeno di introdurre varianti idonee a fornire un contributo migliorativo.

Le soluzioni che si andranno a proporre sono fra loro intercambiabili e debbono intendersi come istanze portatrici di una speranza contributiva che solo l'eventuale prova "in campo" potrà verificarne gli effetti. Interagire in un sistema complesso, qual è la procedura penale, introducendo varianti anche minime, dà luogo ad effetti solo parzialmente prevedibili.

Ciò posto, dando conto al filo logico sinora tratteggiato e dell'obiettivo di fertilizzare il campo della ricerca della prova della parte privata, si riassume brevemente lo spirito delle suggestioni che si andranno a delineare più oltre in tre direttrici sostanziali:

1. Abbandono del potere di formazione unilaterale della prova.

Già ampiamente sostenuta durante la prima parte della tesi, il cui approdo è stato determinato dallo studio del sistema americano e da talune correnti domestiche.

2. "Nuova" canalizzazione delle istanze difensive direttamente al gip

In questo caso si deve dare conto tanto di alcuni spunti dottrinali quanto della sentita necessità di abbandonare qualsivoglia forma di "collaborazione" *contra naturam* fra difesa ed accusa.

3. Rimodulazione dei poteri concessi alla difesa.

Tema sensibile e delicato che ha imposto un'attenuazione dei suggerimenti voluti *in nuce*, stante la miriade di implicazioni che promana da ogni nuovo potere attribuito alla difesa.

Come anticipato, si tratta di tre elementi caratterizzati da un denominatore comune: dare conto del principio della parità delle armi attraverso un nuovo bilanciamento delle forze in gioco e dei principi che ne conformano gli strumenti processuali.

45.1. Abbandono del potere di formazione unilaterale della prova.

Durante tutta la prima parte della presente ricerca si è sostenuto lungamente che il processo di formazione unilaterale della prova dia luogo a innumerevoli criticità, la più evidente delle quali si incentra sulla pleora di dubbi sull'integrità e autenticità dei risultati probatori provenienti da una singola parte, quale che sia, formati al di fuori del principio del contraddittorio.

Si tratta, lo si è anticipato, di una scelta coraggiosa. Imporre la partecipazione delle parti alla formazione di “tutte” le prove, consente tuttavia di sollevare la cortina di fumo che circonda la legittimità e l'autenticità del materiale diversamente formato.

Sotto questo punto di vista, non si tratta solamente di un tentativo di livellamento fra la parte pubblica e quella privata, bensì dell'obbiettivo di eliminare quell'opera istruttrice del processo che l'attività di formazione unilaterale della prova, di fatto, realizza.

Il dettato costituzionale impone una dialettica processuale equidistante, autonoma e consapevole, fondando così le basi per attribuire alla ricerca privata il medesimo diritto – e, si aggiunga, dovere – della parte pubblica di partecipare costruttivamente alla realizzazione del materiale probatorio, lasciando al giudice il suo ruolo di soggetto terzo ed imparziale, sito a pari distanza dagli antagonisti.

Lo statuto sulle indagini difensive è stato affetto sin dalle sue origini da una forte ritrosia culturale che ha posto l'indagine privata in uno *status* di subordine rispetto all'accusa. Riconsiderare la natura del principio del contraddittorio nella formazione della prova consentirebbe di organizzare una apertura liberale alle istanze difensive, sgravandole dai rigidi e tassativi canoni delle forme di

documentazione la cui violazione comporta oggi l'inutilizzabilità dei risultati probatori.

Attraverso tale via si giungerebbe alla riappropriazione della vera natura delle indagini, private da fenomeni istruttori che ne debilitano i risultati. Certo, intervenire nel tessuto normativo per modificare il rapporto fra la regola del contraddittorio e le sue eccezioni, è questione da lungo tempo dibattuta e certamente assai delicata, ma senz'altro feconda di quel vento positivo che l'indagine difensiva attende.

Ponendo alla base della prospettiva avanzata il rifiuto del potere di formazione unilaterale della prova, si consentirebbe la formulazione del dato conoscitivo mediante il metodo dialogico.

Da questo punto di vista, il ricorso all'incidente probatorio ex art. 392 c.p.p. ne coglie il senso rispettandone i presupposti formativi.

Le altre ipotesi attinenti alla creazione anticipata del dato probatorio, si rivelano più complesse.

Per quanto concerne i casi che legittimano l'uso dibattimentale dell'atto unilaterale, si rileva l'ipotesi di "accertata impossibilità di natura oggettiva" ex articolo 111 comma 5 Cost., da interpretare limitatamente ai casi di irripetibilità intrinseca, congenita e originaria dell'atto. Fra gli strumenti concessi all'accusa si rilevano le intercettazioni ed i verbali di perquisizioni e sequestri mentre, per quanto concerne la difesa, può circoscriversi l'area alla irripetibilità originaria dell'atto e, pertanto, idonea a consentire l'accesso dell'atto al fascicolo per il dibattimento ex art. 431 comma 1 lett. b e c, c.p.p.. In ogni caso si tratta di ipotesi che assicurano livelli minimali di contraddittorio in quanto richiedono una tendenziale partecipazione allargata dei soggetti coinvolti.

All'interno del medesimo catalogo si trovano senz'altro gli accertamenti tecnici irripetibili, ex art. 391 *decies* comma 3 c.p.p., che consentono al difensore di agire nel rispetto della procedura individuata dall'articolo 360 c.p.p., pur interessando la parte pubblica e nel rispetto delle rigide forme di documentazione indicate dall'art. 373 commi 1 lett. e e 2 c.p.p.

Nondimeno, occorre accennare al fatto che mediante la disciplina di cui all'articolo 391 *decies* comma 3 c.p.p., non si è in grado di garantire un principio

del contraddittorio forte laddove omette di indicare l'avviso obbligatorio nei confronti dei soggetti interessati, con particolare riferimento all'omissione del soggetto offeso da reato o, viceversa, quando l'iniziativa assunta proprio dal difensore di quest'ultimo ovvero di altro cui indagato, della stessa persona sottoposta a procedimento penale. Anche in questo caso si tratta di una lacuna che invoca un aggiornamento legislativo.

Medesimo ragionamento vale anche per quanto concerne i rilievi irripetibili irreversibili, assimilabili agli accertamenti tecnici non ripetibili poiché determinano una modificazione irreversibile dell'oggetto sottoposto ad accertamento.

Diverso è il discorso per quanto concerne la realizzazione di rilievi irripetibili in quanto indifferibili, ex art. 391 *decies* comma 2 c.p.p., che attribuiscono al difensore la facoltà di compierli senza obbligatoriamente preavvisare il pubblico ministero il quale ha comunque facoltà di assistervi. Il verbale che ne scaturisce tuttavia segue destinazioni distinte in relazione ai soggetti che prendono parte al suo compimento. Nell'ipotesi in cui sia presente solo difensore, egli potrà decidere il momento della presentazione del verbale con la precisazione che nel caso in cui vi faccia luogo delle indagini o nell'udienza preliminare, il relativo documento troverà naturale collocazione all'interno del fascicolo per il dibattimento ex art. 391 *decies* comma 2 c.p.p.. Diversamente, costituirà prova documentale, ex art. 234 c.p.p.. Laddove invece il pubblico ministero abbia presenziato alla formazione dell'atto, esso confluirà sia nel fascicolo del difensore che in quello delle indagini preliminari per poi terminare la propria corsa all'interno del fascicolo per il dibattimento, ex art. 431 *decies* comma 4 c.p.p..

Pertanto, esclusa, l'ipotesi di irripetibilità congenita dell'atto, nelle suggestioni che si vanno formulando, non paiono residuare nelle mani del difensore strumenti processuali idonei a consentirgli di realizzare unilateralmente elementi etichettabili come prove.

Sulla scorta di tali premesse, pare evidente che tutto il bacino degli atti per loro stessa natura ripetibili, debba essere sondato mediante la sola attività di ricerca, con o senza forme di documentazione che, in quanto tali, servono ad organizzare

tanto la strategia processuale quanto la memorizzazione delle attività compiute, ma che non hanno lo scopo di atterrare nel fascicolo per il dibattimento.

La voluta distinzione tra fase preliminare e processuale dovrebbe, nella ipotesi che si va teorizzando, essere tale da impedire – in modo assoluto – agli atti di indagine di fare ingresso nel dibattimento con il rango di prova, bensì consentendo loro di accedervi con il mero valore di elementi di riscontro idonei a confermare o screditare le “prove” formatesi mediante il contraddittorio.

Norma che si auspica applicabile, in prima istanza, all’ipotesi in cui l’elemento unilaterale acquisito dal difensore fosse divenuto assolutamente insuscettivo di ripetizione per cause sopravvenute e imprevedibili, ex art. 512 c.p.p. e norme ad essa connesso.

Come anticipato, si tratterebbe di atti di indagine destinati a terminare nel fascicolo per il dibattimento in ossequio alle deroghe statuite dalla Costituzione all’articolo 111 comma 5 e riprese dal codice di rito, ma con il diverso criterio di valutazione probatoria che attribuisce al giudice il mero valore di riscontro, inabile ad affermare o escludere la responsabilità dell’imputato, ma idoneo, tuttavia ad avvalorare ovvero attenuare la forza dimostrativa delle prove assunte mediante il contraddittorio.

Parimenti dovrà ritenersi per le ipotesi nelle quali l’accordo delle parti modifica il contenuto del fascicolo per il dibattimento dando luogo all’ingresso degli atti di indagine in esso ai sensi degli artt. 431 comma 2, 493 comma 3, 500 comma 7, 513 comma 2 terzo periodo, 555 comma 4 secondo periodo c.p.p., nonché 29 comma 7 secondo periodo del d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Proseguendo sulla medesima falsariga, dovrà riconoscersi alla eccezione al principio del contraddittorio per “effetto di provata condotta illecita”, il medesimo valore probatorio. Rimanendo ambigua la *ratio* del comportamento antigiuridico, ovvero se diretto alla ritrattazione del vero o del mendacio, appare difficile stabilire l’integrità del contenuto dell’indagine difensiva acquisita al fascicolo per il dibattimento ex art. 500 comma 4 c.p.p. e disposizioni connesse. Perciò, anche in questo caso, si ritiene che debba confinarsi il valore probatorio di tali elementi al mero riscontro.

Da ultimo non si può evitare di citare l'istituto delle contestazioni, ex articolo 500 c.p.p., il quale tuttavia si propone lo scopo di utilizzare il precedente difforme solamente "ai fini della credibilità del teste", ex articolo 500 comma 2 c.p.p., impedendo il transito dal fascicolo del pubblico ministero al fascicolo per il dibattimento al di fuori dell'ipotesi poc'anzi citate, le quali, peraltro, non richiedono alcuna precedente contestazione ai sensi dell'articolo 500 comma 4 e 7 c.p.p..

L'esito della contestazione termina nel verbale di udienza e, per sua natura, non ha titolo per essere utilizzato ai fini della decisione ex articolo 526 c.p.p., avendo il solo scopo di consentire al giudice di valutare il peso dimostrativo dei contenuti dichiarativi forniti dal testimone.

Ancora, e di nuovo, il medesimo panorama concettuale vale per gli atti d'indagine realizzati dal pubblico ministero nelle ipotesi – pur se aventi carattere eccezionale – nelle quali l'attuale sistema riconosce loro il valore di prova piena.

In buona sostanza, si ritiene che timori e paure sulla realizzazione dell'indagine difensiva verrebbero meno laddove si spostasse il focus verso un principio del contraddittorio forte che connoti in modo oggettivo il metodo di formazione della prova, lasciando, in siffatta maniera, le parti ad eguale distanza dall'organo giudicante.

Abbandonato, per tale via, il potere di formazione unilaterale della prova, si ridarebbe per forza e finalità ad attività che nascono come esercizio di indagine.

45.2. "Nuova" canalizzazione delle istanze difensive direttamente al gip.

L'art. 38³⁰⁷, comma 1, disp. att. c.p.p., abrogato dall'art. 23 l. 7 dicembre 2000, n. 397, statuiva la teoria della canalizzazione dei risultati delle indagini del difensore verso il pubblico ministero, provvedendo ad introdurre nel sistema un virgulto – assai inefficace – di ciò che sarebbe venuto più tardi con lo statuto sulle indagini difensive e successive modificazioni.

Norma avente carattere programmatico, inutile a fornire alcuno strumento al difensore che non fosse ristretto all'appello alla propria controparte. Evento,

³⁰⁷ Cfr. *ut supra* nel capitolo 7.

questo, i cui effetti in ordine alla tutela del diritto di difesa sono stati ampiamente commentati.

L'evoluzione legislativa ha, nel corso degli anni, fortemente ridimensionato tali interazioni attribuendo autonomi poteri al difensore senza tuttavia slegarlo completamente dalle iniziali pastoie che lo affliggevano.

Ancor oggi il difensore “deve”, non avendo altri strumenti nel proprio arsenale, riferirsi al pubblico ministero in numerose occasioni. Fra queste, già citate ma che si riepilogano brevemente, può rivolgersi all'accusa, *ex art. 391 bis* comma 10 c.p.p., per ottenere un'audizione della persona informata sui fatti che rimanga silente ai suoi appelli; nel caso in cui la pubblica amministrazione rifiuti di consentire l'accesso – estrazione di copia dei documenti, può esercitare, ai sensi dell'art. 391 *quater*, comma 3, c.p.p., il potere di chiedere l'apposizione del vincolo di sequestro sui documenti di cui l'amministrazione ha impedito l'ostensione; con specifico riferimento agli istituti di credito, può richiedere il sequestro dei documenti ricercati a norma degli artt. 367 e 368 c.p.p. per le sole ipotesi del corpo del reato ovvero della cosa pertinente al reato; può richiedere l'esame delle cose poste sotto sequestro o la partecipazione alle ispezioni da svolgersi prima dell'esercizio dell'azione penale secondo il combinato disposto dagli artt. 360, 364 e 233 c.p.p.; e via seguitando, stante le innumerevoli occasioni fornite dal codice per “costringere” il difensore a riferirsi al proprio antagonista.

Si tratta, a parere dello scrivente, di una pleora di occasioni che forniscono una sabbia nefasta agli ingranaggi della difesa, tanto per quanto concerne all'esecuzione delle singole attività, quanto, in termini più allargati, alla realizzazione del progetto difensivo.

Senza per questo voler sottintendere difficoltà determinatesi per situazioni anomale, quali il volontario ostruzionismo della pubblica accusa ovvero ancora comportamenti più o meno illeciti – che, di fatto, l'esperienza insegna, accadono – deve darsi conto di una realtà ineluttabile: costringere una delle parti a “chiedere” quanto gli compete³⁰⁸ al proprio avversario, sbilancia oggettivamente le forze in campo.

³⁰⁸ Poiché, al di fuori di tali ipotesi, si parlerebbe d'altro.

Un correttivo financo banale, sarebbe quello di introdurre una nuova canalizzazione delle istanze difensive direttamente al gip che estrometta il pubblico ministero da qualsiasi “decisione” che influisca sulla strategia difensiva.

In quanto organo *super partes*, il gip non avrebbe le tensioni che, nonostante il dispositivo dell’articolo 358 c.p.p., affliggono il pubblico ministero, liberando così la difesa dell’onere di interagire, talvolta attuando una vera e propria *discovery* anticipata, con il medesimo soggetto dal quale ci si deve difendere.

45.3. Rimodulazione dei poteri concessi alla difesa.

Come per l’ipotesi inerente l’abbandono del potere unilaterale di formazione della prova, anche in questo caso, il tema che si va a rappresentare è così delicato da dover richiedere prudenza e moderazione. Qualsivoglia intervento normativo, per quanto ben congegnato ovvero apparentemente di minimo impatto, produce, come noto, effetti non sempre prevedibili.

Pertanto, si andranno a delineare in una prospettiva *de iure condendo* alcuni interventi che si ritengono capaci di mitigare talune criticità sinora censurate.

45.3.1. Potere convocativo del difensore.

Posta l’assenza di qualsivoglia strumento che attribuisca al difensore il potere di imporre alla persona informata sui fatti un colloquio diretto, ovvero senza dover transitare attraverso il pubblico ministero o il gip, si ritiene opportuna l’introduzione di un meccanismo che, da un lato, attribuisca tale potere al difensore, dall’altro, sanzioni giuridicamente il soggetto che rifiuti l’audizione diretta.

In considerazione del fatto che il colloquio documentato rappresenta la prima e principale forma di investigazione difensiva posta in essere dalla generalità degli avvocati, escludere quelle forme di *discovery* anticipate ed inopportune statuite dai commi 10 e 11 dell’art. 391 bis c.p.p., le quali, pur rimediando a una carenza potestativa dell’indagine privata, forniscono una soluzione incapace di soddisfare il principio della parità delle armi ed il diritto di difendersi indagando in modo efficace.

45.3.2. Documentazione del colloquio mediante videoregistrazione.

Lo si è detto ampiamente, uno dei principali timori che afflisse il legislatore del 2000 durante la redazione dello statuto sulle indagini difensive, fu determinato dalla supposta minore garanzia di autenticità e integrità che l'operato della parte privata, in quanto tale, potesse fornire.

Sulla scorta di queste preoccupazioni, venne redatto un insieme di norme volte a costruire un baluardo che proteggesse tali caratteristiche dal pericolo che comportamenti devianti convogliassero, all'interno del procedimento penale, degli elementi probatori inaffidabili.

La pleora di avvisi che vengono oggi forniti alla persona informata sui fatti che si rechi, per scelta autonoma, dal difensore, si traducono in una sorta di "bugiardino" ascoltato perlopiù con sufficienza dai diretti interessati e senz'altro potenzialmente incompreso, quanto meno in alcune sfumature di diritto.

Pertanto, l'indicazione obbligatoria degli avvisi all'interno del verbale del colloquio documentato e le sanzioni penali attribuibili al difensore che realizzi un colloquio *contra legem*, costituiscono rimedi che non garantiscono il risultato voluto.

Come noto, oggi la tecnologia consente di effettuare videoregistrazioni con grande facilità, ovverosia non vi è praticamente distinzione fra l'onere di dover effettuare una ripresa audio e quello di effettuare, invece, una ripresa video.

Inoltre, il dato cartaceo – documentale appare, per sua natura, freddo e sterile, ed impedisce allo spettatore di apprezzare le sfumature si possono invece rilevare mediante la visione di una video registrazione del colloquio, la quale aggiunge la variabile della credibilità al contenuto dichiarativo rilasciato dalla persona informata sui fatti.

Per tali ragioni si ritiene utile l'introduzione di un obbligo³⁰⁹ alla video registrazione del colloquio documentato del difensore che, da un lato, sollevi il difensore dal timore di essere guardato con diffidenza dall'organo giudicante, e, dall'altro, attribuisca un maggiore peso dimostrativo, tanto in positivo quanto negativo, del contributo dichiarativo ricevuto.

³⁰⁹ Parimenti, sarebbe altrettanto utile imporre il medesimo incombente alla parte pubblica.

45.3.3. Avvisi obbligatori.

All'interno della sequenza degli avvisi che il legislatore ha ritenuto di imporre alla parte pubblica durante la comunicazione dei diritti attribuiti alla persona sottoposta alle indagini, non appare quello di nominare un difensore che ha il "potere di svolgere investigazioni difensive".

Si tratta di una comunicazione apparentemente superflua, pur tuttavia essa veicola, ad un soggetto certamente inibito da quanto gli sta accadendo, il messaggio che egli può difendersi effettuando a sua volta delle indagini, ovvero, che appartiene alla sfera dei suoi diritti reagire con forza all'attacco che sta subendo, pur nella legittimità di quanto il diritto gli riconosce.

Esteriormente può sembrare una minima e banale variazione degli avvisi da fornire alla persona sottoposta alle indagini, tuttavia, da un punto di vista concettuale, si ritiene che tale comunicazione fornirebbe all'interessato la sensazione di potersi difendere compiutamente, in ossequio al principio della parità delle armi.

45.3.4. Obbligo di esibizione della documentazione richiesta dal difensore.

L'obbligo di esibizione statuito nei confronti della pubblica amministrazione, nei confronti della quale il difensore potrà esercitare ai sensi dell'art. 391 *quater* comma 3 c.p.p., il potere di chiedere l'apposizione del vincolo di sequestro sui documenti di cui l'amministrazione ha impedito l'ostensione, non è stato esteso a soggetti privati, fra i quali, prevale l'incidenza statistica delle istanze rivolte agli istituti di credito.

Peraltro, il rimedio voluto dal legislatore in caso di resistenza del soggetto privato alle istanze difensive, si è tradotto nella possibilità di richiedere il sequestro del solo corpo del reato ovvero della cosa pertinente al reato, escludendo così tutta la restante documentazione oggetto di interesse difensivo.

Soluzioni, a questo avviso, inefficaci e produttive di un effetto *discovery* pernicioso alle indagini.

L'opzione migliorativa che si intende suggerire in questa sede, si inquadra nella equiparazione fra pubblica amministrazione e soggetto privato in termini di obbligo di esibizione, estendendo al difensore il diritto di acquisire documenti

anche al secondo e prevedendo, per entrambe le ipotesi, una sanzione penale in caso di mancato per ottemperanza alle richieste difensive.

Infatti, come per quanto concerne l'ipotesi relativa ai poteri convocativi del difensore, il precetto, ovvero la statuizione del diritto della parte privata ad acquisire documenti di interesse, rimarrebbe lettera morta senza la contemporanea introduzione di una sanzione che compulsi i soggetti interpellati a fornire la documentazione in proprio possesso.

45.3.5. Mezzo di impugnazione avverso il decreto di segretazione del pubblico ministero.

Il decreto di segretazione pubblico ministero statuito dal dispositivo dell'art. 391 *quinquies* c.p.p., introduce una barriera che espunge senza rimedio il difensore dal patrimonio informativo delle persone già sentite dall'accusa.

L'introduzione di un mezzo di impugnazione avverso tale chiusura, consentirebbe un vaglio sulla reale sussistenza delle "*specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine*", che la pratica ha dimostrato essere di facile rinvenimento, financo pretestuoso, da parte del pubblico ministero.

45.3.6. Equiparazione dei poteri di accesso ai luoghi.

Posto che l'accesso ai luoghi ove è stato commesso il reato costituisce, nella storia delle indagini, il principale momento di ricerca e ricostruzione delle dinamiche fattuali che hanno portato all'evento reato, le distinzioni esistenti fra accusa e difesa sbilanciano le forze in campo.

Tenute presente le distinzioni fra i luoghi pubblici o aperti al pubblico *ex art.* 391 *sexies* c.p.p., e quelli privati o non aperti al pubblico *ex art.* 391 *septies* c.p.p., anche in questo caso la citata cartina di tornasole del principio della parità delle armi rimane invariabilmente offesa.

Pertanto, a fronte delle tematiche già trattate³¹⁰, sembra opportuna l'unificazione delle disposizioni in materia di accesso ai luoghi fra accusa e difesa, previa autorizzazione del giudice nella sola ipotesi di diniego espresso dell'avente la disponibilità.

³¹⁰ Cfr. *ut supra*, paragrafo n. 31.

Come già segnalato, inoltre, l'assenza di uno strumento di impugnazione avverso il diniego del gip all'accesso difensivo, limita grandemente l'esercizio del diritto alla prova, suggerendo l'introduzione di un mezzo di appello avverso a tale decisione.

* * * * *

Le riflessioni conclusive sinora svolte, hanno tentato di dare conto ad un percorso evolutivo della tesi che si è dipanato attraverso l'analisi degli strumenti della ricerca della prova penale sia in ambito domestico che oltremare. Pur nella loro limitatezza, le suggestioni proposte si ritengono caratterizzate da un denominatore comune, ovvero dal desiderio di adempiere il dettato costituzionale che aspira alla realizzazione del principio della parità delle armi.

Obiettivo il cui raggiungimento richiede un percorso normativo coraggioso, slegato da vecchie pastoie e capace di immaginare soluzioni innovative che riconoscano, finalmente, il diritto di difendersi indagando.

ESTRATTO DI TESTI NORMATIVI E REGOLAMENTARI STATUNITENSI

46. The Constitution of the United States: selected provisions³¹¹.

FIRST AMENDMENT: *Freedom of Religion, Press, Expression.*

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Il primo Emendamento garantisce la libertà di culto, parola e stampa, il diritto di riunirsi pacificamente e il diritto di appellarsi al governo per correggere i torti. Esso inoltre proibisce al Congresso di “fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione” — rendendo questo emendamento un campo di battaglia delle guerre culturali della fine del XX secolo.

SECOND AMENDMENT: *Right to Bear Arms.*

A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

Il secondo Emendamento garantisce il diritto di possedere armi; se tale diritto sia esteso ai privati cittadini o solo alle milizie statali è stata questione di acceso dibattito, e le varie corti hanno interpretato il suo significato in diversi casi sin dal 1900. Ma nel luglio del 2008 la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconosciuto il diritto dei cittadini di possedere armi, dichiarando incostituzionale la legge del distretto di Columbia che invece ne vietava, ai residenti, il possesso. E' così stabilito il diritto individuale dei cittadini americani ad essere armati annullando la legge che da 32 anni proibiva di tenere in casa una pistola per difesa personale nella città di Washington. La sentenza ha fornito un'interpretazione definitiva al Secondo Emendamento della Costituzione che dal 1791 sancisce il diritto di portare le armi. Questo significa che è stato riconosciuto un diritto inviolabile al pari di quello al voto e della libertà di espressione. La sentenza dà ragione ai cittadini americani che intenderebbero avvalersi del loro diritto e zittisce coloro i

³¹¹ Cfr. WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1 e ss.

quali tentavano di imporre le loro posizioni in materia, prevaricando uno dei punti cardini della costituzione americana.

THIRD AMENDMENT: *Quartering of Soldiers.*

No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Il terzo Emendamento prevede che le truppe non possano essere “acquartierate” in abitazioni private senza il consenso del proprietario.

FOURTH AMENDMENT: *Search and Seizure*³¹².

*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against UNREASONABLE SEARCHES AND SEIZURES, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon PROBABLE CAUSE*³¹³, *supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

Il quarto Emendamento difende da perquisizioni, arresti e confische irragionevoli.

FIFTH AMENDMENT: *Trial and Punishment, Compensation for Takings.*

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be TWICE PUT IN JEOPARDY of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a WITNESS AGAINST HIMSELF, nor be deprived of life, liberty, or property, without DUE PROCESS OF LAW; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

³¹² Per un approfondimento sul tema, sotto l’aspetto della riconducibilità delle intercettazioni alla nozione costituzionale di *search and seizure*, vedasi DI PAOLO G., *Tecnologie del controllo e prova penale. L’esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Cedam, Padova, 2008, pag. 32 e ss. Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi anche BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 11 e ss.

³¹³ Per una disamina compiuta del tema delle eccezioni fondate sulla *probable cause*, in lingua originale, vedasi BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 134 e ss.

Il quinto Emendamento vieta i processi per un crimine grave se non su accusa da parte del Gran Giurì. Proibisce inoltre la ripetizione del processo (ne bis in idem) per la stessa offesa a seguito di un'assoluzione (eccetto in alcuni casi ben specifici), vieta la punizione senza un giusto processo di legge, e prevede che una persona accusata non possa essere costretta a testimoniare contro sé stessa.

SIXTH AMENDMENT: *Right to Speedy Trial, Confrontation of Witnesses.*

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses³¹⁴ against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to HAVE THE ASSISTANCE OF COUNSEL for his defence.

Il sesto Emendamento garantisce un processo rapido e pubblico per i reati penali. Richiede il processo da parte di una giuria (di pari), garantisce il diritto alla difesa per l'accusato, e prevede che i testimoni debbano assistere al processo e testimoniare in presenza dell'accusato.

SEVENTH AMENDMENT: *Trial by Jury in Civil Cases.*

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury³¹⁵ shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

Il settimo Emendamento garantisce un processo davanti ad una giuria per i reati civili che coinvolgano un valore della causa superiore ai 20 dollari.

EIGHTH AMENDMENT: *Cruel and Unusual Punishment.*

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

³¹⁴ Per la trattazione del tema dei testimoni, vedasi MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 121.

³¹⁵ Sul ruolo della giuria nel sistema statunitense, vedasi FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 6.

L'ottavo emendamento vieta le cauzioni e le multe eccessive, e le punizioni crudeli o inusitate.

NINTH AMENDMENT: *Construction of Constitution.*

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

Il nono Emendamento dichiara che l'elenco dei diritti individuali non è inteso come esaustivo; che il popolo ha altri diritti non specificamente menzionati nella Costituzione.

TENTH AMENDMENT: *Powers of the States and People.*

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

Il decimo Emendamento prevede che i poteri che non sono delegati dalla costituzione al governo federale e che non sono proibiti agli stati, sono riservati agli stati e al popolo.

FOURTEENTH AMENDMENT (1868): *Citizenship Rights.*

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, WITHOUT DUE PROCESS OF LAW; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty- One years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of

such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty- One years of age in such State.

No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

Il quattordicesimo Emendamento definisce ulteriormente i “Cittadini Statunitensi” e include le clausole di “privilegi e immunità”, “giusto processo” e “pari protezione”; regola le elezioni al Congresso; impedisce agli stati di infrangere protezioni costituzionali quali la “Carta dei Diritti” ed altri “diritti fondamentali” dei cittadini e delle persone sotto la giurisdizione degli Stati Uniti.

47. American Bar Association – Selected Provisions From The Criminal Justice Section Standards.

L’*American Bar Association* (ABA), fondata il 21 agosto del 1878 ed avente sede a Chicago nello stato dell’Illinois, è una associazione volontaria di avvocati e studenti di legge che rappresenta un fondamentale punto di riferimento per quanto

concerne l'identificazione dei principi deontologici della professione forense, la promozione della giustizia e del rispetto della legge e la promozione della qualità professionale della tutela legale.

Di seguito si riporta un estratto degli articoli correlati alla professione legale, con particolare riferimento alle indagini difensive.

DEFENSE FUNCTION

PART I.

GENERAL STANDARDS³¹⁶

Standard 4-1.1 The Function of the Standards.

These standards are intended to be used as a guide to professional conduct and performance. They are not intended to be used as criteria for the judicial evaluation of alleged misconduct of defense counsel to determine the validity of a conviction. They may or may not be relevant in such judicial evaluation, depending upon all the circumstances.

Standard 4-1.2 The Function of Defense Counsel.

(a) Counsel for the accused is an essential component of the administration of criminal justice. A court properly constituted to hear a criminal case must be viewed as a tripartite entity consisting of the judge³¹⁷ (and jury, where appropriate), counsel for the prosecution, and counsel for the accused.

(b) The basic duty defense counsel owes to the administration of justice and as an officer of the court is to serve as the accused's counselor and advocate with courage and devotion and to render effective, quality representation.

(c) Since the death penalty differs from other criminal penalties in its finality, defense counsel in a capital case should respond to this difference by making

³¹⁶ Si tratta di selezione degli articoli che possono avere un qualche riflesso sull'attività del legale impegnato nelle indagini difensive dell'ordinamento americano, tratti dal sito dell'American Bar Association e reperibile all'indirizzo: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_blk.html#1.1. Il testo, riportato in originale, è stato tuttavia formattato per rendere più mettere in luce i passaggi di maggior rilievo.

³¹⁷ Sul ruolo del giudice nel sistema statunitense, vedasi FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 6.

*extraordinary efforts*³¹⁸ on behalf of the accused. Defense counsel should comply with the ABA Guidelines for the Appointment and Performance of Counsel in Death Penalty Cases.

(d) *Defense counsel should seek to reform and improve the administration of criminal justice. When inadequacies or injustices in the substantive or procedural law come to defense counsel's attention, he or she should stimulate efforts for remedial action.*

(e) *Defense counsel, in common with all members of the bar, is subject to standards of conduct stated in statutes, rules, decisions of courts, and codes, canons, or other standards of professional conduct. Defense counsel has no duty to execute any directive of the accused which does not comport with law or such standards. Defense counsel is the professional representative of the accused, not the accused's alter ego.*

(f) *Defense counsel should not intentionally misrepresent matters*³¹⁹ *of fact or law to the court.*

(g) *Defense counsel should disclose to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to defense counsel to be directly adverse to the position of the accused and not disclosed by the prosecutor.*

(h) *It is the duty of defense counsel to know and be guided by the standards of professional conduct as defined in codes and canons of the legal profession applicable in defense counsel's jurisdiction. Once representation has been undertaken, the functions and duties of defense counsel are the same whether defense counsel is assigned, privately retained, or serving in a legal aid*³²⁰ *or defender program.*

Standard 4-1.3 Delays; Punctuality; Workload.

(a) *Defense counsel should act with reasonable diligence and promptness in representing a client.*

³¹⁸ Si noti la differente richiesta di impegno che contraddistingue la difesa dei casi di pena capitale.

³¹⁹ Norma che trova il suo corrispondente italiano nell'art. 14 (dovere di verità) del codice deontologico forense.

³²⁰ Il tema viene trattato ampiamente in MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 250.

(b) Defense counsel should avoid unnecessary delay in the disposition of cases. Defense counsel should be punctual in attendance upon court and in the submission of all motions, briefs, and other papers. Defense counsel should emphasize to the client and all witnesses the importance of punctuality in attendance in court.

(c) Defense counsel should not intentionally misrepresent facts or otherwise mislead the court in order to obtain a continuance.

(d) Defense counsel should not intentionally use procedural devices for delay for which there is no legitimate basis.

(e) Defense counsel should not carry a workload that, by reason of its excessive size, interferes with the rendering of quality representation, endangers the client's interest in the speedy disposition of charges, or may lead to the breach of professional obligations. Defense counsel should not accept employment for the purpose of delaying trial.

Standard 4-1.4 Public Statements.

Defense counsel should not make or authorize the making of an extrajudicial statement that a reasonable person³²¹ would expect to be disseminated by means of public communication if defense counsel knows or reasonably should know that it will have a substantial likelihood of prejudicing a criminal proceeding.

Standard 4-1.5 Advisory Councils on Professional Conduct.

(a) In every jurisdiction, an advisory body of lawyers selected for their experience, integrity, and standing at the trial bar should be established as an advisory council on problems of professional conduct³²² in criminal cases. This council should provide prompt and confidential guidance and advice to lawyers seeking assistance in the application of standards of professional conduct in criminal cases.

³²¹ Il riferimento alla "reasonable person", molto comune nel sistema americano, trova il suo corrispondente figura italiana dell'"uomo medio".

³²² Ovvero si occupano di verificare la presenza di eventuali violazioni degli *standards* di condotta professionale.

(b) Communications between an inquiring lawyer and an advisory council member have the same attorney- Client privilege³²³ for protection of the client's confidences as ordinarily exists between any other lawyer and client. The council member should be bound by statute or rule of court in the same manner as a lawyer is ordinarily bound in that jurisdiction not to reveal any disclosure of the client. Confidences may also be revealed, however, to the extent necessary:

(i) if the inquiring lawyer's client challenges the effectiveness of the lawyer's conduct of the case and the lawyer relies on the guidance received from the council member, or

(ii) if the inquiring lawyer's conduct is called into question in an authoritative disciplinary inquiry or proceeding.

Standard 4-1.6 Trial Lawyer's Duty to Administration of Justice

(a) The bar should encourage through every available means the widest possible participation in the defense of criminal cases by lawyers. Lawyers should be encouraged to qualify themselves for participation in criminal cases both by formal training and through experience as associate counsel.

(b) All such qualified lawyers should stand ready to undertake the defense of an accused regardless of public hostility toward the accused or personal distaste for the offense charged or the person of the defendant.

(c) Such qualified lawyers should not assert or announce a general unwillingness to appear in criminal cases. Law firms should encourage partners and associates to become qualified and to appear in criminal cases.

(d) Such qualified lawyers should not seek to avoid appointment by a tribunal to represent an accused except for good cause, such as: representing the accused is likely to result in violation of applicable ethical codes or other law, representing the accused is likely to result in an unreasonable financial burden on the lawyer, or the client or crime is so repugnant to the lawyer as to be likely to impair the client- Lawyer relationship or the lawyer's ability to represent the client.

³²³ Sul punto e più estesamente vedasi anche MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 231. In lingua originale, vedasi anche FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 24 e ss.

*PART II.**ACCESS TO COUNSEL**Standard 4- Standard 4-2.1 Communication.*

Every jurisdiction should guarantee by statute or rule of court the right of an accused person to prompt and effective communication with a lawyer and should require that reasonable access to a telephone or other facilities be provided for that purpose.

Standard 4-2.2 Referral Service for Criminal Cases.

(a) To assist persons who wish to retain defense counsel privately and who do not know a lawyer or how to engage one, every jurisdiction should have a referral service for criminal cases. The referral service should maintain a list of defense counsel willing and qualified to undertake the defense of a criminal case; it should be so organized that it can provide prompt service at all times.

(b) The availability of the referral service should be publicized. In addition, notices containing the essential information about the referral service and how to contact it should be posted conspicuously in police stations, jails, and wherever else it is likely to give effective notice.

Standard 4-2.3 Prohibited Referrals.

(a) Defense counsel should not give anything of value to a person for recommending the lawyer's services.

(b) Defense counsel should not accept a referral from any source, including prosecutors, law enforcement personnel, victims, bondsmen, or court personnel where the acceptance of such a referral is likely to create a conflict of interest.

*PART III.**LAWYER- CLIENT RELATIONSHIP**Standard 4-3.1 Establishment of Relationship.*

(a) Defense counsel should seek to establish a relationship of trust and confidence with the accused and should discuss the objectives of the representation and whether defense counsel will continue to represent the accused if there is an appeal. Defense counsel should explain the necessity of full

disclosure of all facts known to the client for an effective defense³²⁴, and defense counsel should explain the extent to which counsel's obligation of confidentiality makes privileged the accused's disclosures.

(b) To ensure the privacy essential for confidential communication between defense counsel and client, adequate facilities should be available for private discussions between counsel and accused in jails, prisons, courthouses, and other places where accused persons must confer with counsel.

(c) Personnel of jails, prisons, and custodial institutions should be prohibited by law or administrative regulations from examining or otherwise interfering with any communication or correspondence between client and defense counsel relating to legal action arising out of charges or incarceration.

Standard 4-3.2 Interviewing the Client.

(a) As soon as practicable, defense counsel should seek to determine all relevant facts known³²⁵ to the accused. In so doing, defense counsel should probe for all legally relevant information without seeking to influence the direction of the client's responses.

(b) Defense counsel should not instruct the client or intimate to the client in any way that the client should not be candid in revealing facts so as to afford defense counsel free rein to take action which would be precluded by counsel's knowing of such facts.

Standard 4-3.3 Fees.

(a) Defense counsel should not enter into an agreement for, charge, or collect an illegal or unreasonable fee.

(b) In determining the amount of the fee in a criminal case, it is proper to consider the time and effort required, the responsibility assumed by counsel, the novelty and difficulty of the questions involved, the skill requisite to proper representation, the likelihood that other employment will be precluded, the fee customarily charged in the locality for similar services, the gravity of the charge,

³²⁴ Questo articolo risulta particolarmente rilevante nell'individuare i casi di "ineffective assistance"

³²⁵ Ovvero, la base di partenza per le stesse indagini difensive, è data proprio dal patrimonio conoscitivo del cliente.

the experience, reputation, and ability of defense counsel, and the capacity of the client to pay the fee.

(c) Defense counsel should not imply that his or her compensation is for anything other than professional services³²⁶ rendered by defense counsel or by others for defense counsel.

(d) Defense counsel should not divide a fee with a nonlawyer, except as permitted by applicable ethical codes of conflict.

(e) Defense counsel not in the same firm should not divide fees unless the division is in proportion to the services performed by each counsel or, by written agreement with the client, each counsel assumes joint responsibility for the representation, the client is advised of and does not object to the participation of all counsel involved, and the total fee is reasonable.

(f) Defense counsel should not enter into an arrangement for, charge, or collect a contingent fee for representing a defendant in a criminal case.

(g) When defense counsel has not regularly represented the client, defense counsel should communicate the basis or rate of the fee to the client, preferably in writing, before or within a reasonable time after commencing the representation.

Standard 4-3.4 Obtaining Literary or Media Rights from the Accused.

Defense counsel, prior to conclusion of all aspects of the matter giving rise to his or her employment, should not enter into any agreement or understanding with a client or a prospective client by which defense counsel acquires an interest in literary or media rights to a portrayal or account based in substantial part on information relating to the employment or proposed employment.

Standard 4-3.5 Conflicts of Interest.

(a) Defense counsel should not permit his or her professional judgment or obligations to be affected by his or her own political, financial, business, property, or personal interests.

³²⁶ L'argomento viene compiutamente analizzato da MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 765 e ss., attraverso la trattazione di un caso di scuola: "The bail jumper" e la disamina della sentenza *People v. Meredith*, *Supreme Court of California*, 631 P.2d 46 (Cal. 1981).

(b) Defense counsel should disclose to the defendant at the earliest feasible opportunity any interest in or connection with the case or any other matter that might be relevant to the defendant's selection of counsel to represent him or her or counsel's continuing representation. Such disclosure should include communication of information reasonably sufficient to permit the client to appreciate the significance of any conflict or potential conflict of interest.

(c) Except for preliminary matters such as initial hearings or applications for bail, defense counsel who are associated in practice should not undertake to defend more than one defendant in the same criminal case if the duty to one of the defendants may conflict with the duty to another. The potential for conflict of interest in representing multiple defendants is so grave that ordinarily defense counsel should decline to act for more than one of several codefendants except in unusual situations when, after careful investigation, it is clear either that no conflict is likely to develop at trial, sentencing, or at any other time in the proceeding or that common representation will be advantageous to each of the codefendants represented and, in either case, that:

(i) the several defendants give an informed consent to such multiple representation; and

(ii) the consent of the defendants is made a matter of judicial record. In determining the presence of consent by the defendants, the trial judge should make appropriate inquiries respecting actual or potential conflicts of interest of counsel and whether the defendants fully comprehend the difficulties that defense counsel sometimes encounters in defending multiple clients.

(d) Defense counsel who has formerly represented a defendant should not thereafter use information related to the former representation to the disadvantage of the former client unless the information has become generally known or the ethical obligation of confidentiality otherwise does not apply.

(e) In accepting payment of fees by one person for the defense of another, defense counsel should be careful to determine that he or she will not be confronted with a conflict of loyalty since defense counsel's entire loyalty is due the accused. Defense counsel should not accept such compensation unless:

(i) the accused consents after disclosure;

(ii) there is no interference with defense counsel's independence of professional judgment or with the client- Lawyer relationship; and

(iii) information relating to the representation of the accused is protected from disclosure as required by defense counsel's ethical obligation of confidentiality. Defense counsel should not permit a person who recommends, employs, or pays defense counsel to render legal services for another to direct or regulate counsel's professional judgment in rendering such legal services.

(f) Defense counsel should not defend a criminal case in which counsel's partner or other professional associate is or has been the prosecutor in the same case.

(g) Defense counsel should not represent a criminal defendant in a jurisdiction in which he or she is also a prosecutor.

(h) Defense counsel who formerly participated personally and substantially in the prosecution of a defendant should not thereafter represent any person in the same or a substantially related matter. Defense counsel who was formerly a prosecutor should not use confidential information about a person acquired when defense counsel was a prosecutor in the representation of a client whose interests are adverse to that person in a matter.

(i) Defense counsel who is related to a prosecutor as parent, child, sibling or spouse should not represent a client in a criminal matter where defense counsel knows the government is represented in the matter by such a prosecutor. Nor should defense counsel who has a significant personal or financial relationship with a prosecutor represent a client in a criminal matter where defense counsel knows the government is represented in the matter by such prosecutor, except upon consent by the client after consultation regarding the relationship.

(j) Defense counsel should not act as surety on a bond either for the accused represented by counsel or for any other accused in the same or a related case.

(k) Except as law may otherwise expressly permit, defense counsel should not negotiate to employ any person who is significantly involved as an attorney or employee of the government in a matter in which defense counsel is participating personally and substantially.

Standard 4-3.6 Prompt Action to Protect the Accused.

Many important rights of the accused can be protected and preserved only by prompt legal action. Defense counsel should inform the accused of his or her rights at the earliest opportunity and take all necessary action to vindicate such rights. Defense counsel should consider all procedural steps³²⁷ which in good faith may be taken, including, for example, motions seeking pretrial release of the accused, obtaining psychiatric examination of the accused when a need appears, moving for change of venue or continuance, moving to suppress illegally obtained evidence, moving for severance from jointly charged defendants, and seeking dismissal of the charges.

Standard 4-3.7 Advice and Service on Anticipated Unlawful Conduct.

(a) It is defense counsel's duty to advise a client to comply with the law, but counsel may advise concerning the meaning, scope, and validity of a law.

(b) Defense counsel should not counsel a client in or knowingly assist a client to engage in conduct which defense counsel knows to be illegal or fraudulent but defense counsel may discuss the legal consequences of any proposed course of conduct with a client.

(c) Defense counsel should not agree in advance of the commission of a crime that he or she will serve as counsel for the defendant, except as part of a bona fide effort to determine the validity, scope, meaning, or application of the law, or where the defense is incident to a general retainer for legal services to a person or enterprise engaged in legitimate activity.

(d) Defense counsel should not reveal information relating to representation of a client unless the client consents after consultation, except for disclosures that are impliedly authorized in order to carry out the representation and except that defense counsel may reveal such information to the extent he or she reasonably believes necessary to prevent the client from committing a criminal act that defense counsel believes is likely to result in imminent death or substantial bodily harm.

Standard 4-3.8 Duty to Keep Client Informed

³²⁷ All'interno di questa norma di principio, è racchiuso anche il dovere di svolgere ogni indagine (difensiva) che possa risultare utile al proprio assistito

(a) *Defense counsel should keep the client informed of the developments³²⁸ in the case and the progress of preparing the defense and should promptly comply with reasonable requests for information.*

(b) *Defense counsel should explain developments in the case to the extent reasonably necessary to permit the client to make informed decisions regarding the representation.*

Standard 4-3.9 Obligations of Hybrid and Standby Counsel.

(a) *Defense counsel whose duty is to actively assist a pro se accused should permit the accused to make the final decisions on all matters, including strategic and tactical matters relating to the conduct of the case.*

(b) *Defense counsel whose duty is to assist a pro se accused only when the accused requests assistance may bring to the attention of the accused matters beneficial to him or her, but should not actively participate in the conduct of the defense unless requested by the accused or insofar as directed to do so by the court.*

PART IV

INVESTIGATION AND PREPARATION

Standard 4-4.1 Duty to Investigate³²⁹.

(a) *Defense counsel should conduct a prompt investigation of the circumstances of the case and explore all avenues leading to facts relevant to the merits of the case and the penalty in the event of conviction. The investigation should include efforts to secure information in the possession of the prosecution and law enforcement authorities. The duty to investigate exists regardless of the*

³²⁸ Il dovere di tenere il cliente aggiornato sugli sviluppi della causa, trova la sua naturale fonte normativa nello stesso 6° Emendamento della Costituzione Americana, laddove ricorda il diritto di: "... *to be informed of the nature and cause of the accusation*".

³²⁹ Le norme dell'American Bar Association, dopo aver descritto numerosi doveri dell'avvocato e regolato i rapporti cliente vs avvocato, giunge finalmente a disciplinare "*the duty to investigate*", ovvero il dovere del legale di esperire "*defensive investigation*", corrispondenti alle norme indagini difensive, per come delineate dalla I. 397/2000, sopra descritte.

accused's admissions³³⁰ or statements to defense counsel of facts constituting guilt or the accused's stated desire to plead guilty.

(b) Defense counsel should not seek to acquire possession of physical evidence personally or through use of an investigator where defense counsel's sole purpose is to obstruct access to such evidence.

Standard 4-4.2 Illegal Investigation.

Defense counsel should not knowingly use illegal means to obtain evidence or information or to employ, instruct, or encourage others to do so.

Standard 4-4.3 Relations With Prospective Witnesses.

(a) Defense counsel, in representing an accused, should not use means that have no substantial purpose other than to embarrass, delay, or burden a third person, or use methods of obtaining evidence that violate the legal rights of such a person.

(b) Defense counsel should not compensate a witness, other than an expert, for giving testimony, but it is not improper to reimburse a witness for the reasonable expenses of attendance upon court, including transportation and loss of income, attendance for depositions pursuant to statute or court rule, or attendance for pretrial interviews, provided there is no attempt to conceal the fact of reimbursement.

(c) It is not necessary for defense counsel or defense counsel's investigator, in interviewing a prospective witness, to caution the witness concerning possible self-Incrimination and the need for counsel.

(d) Defense counsel should not discourage or obstruct communication between prospective witnesses and the prosecutor. It is unprofessional conduct to advise any person other than a client, or cause such person to be advised, to decline to give to the prosecutor or defense counsel for codefendants information which such person has a right to give.

³³⁰ Qui notiamo come il dovere di investigare imposto dalle norme dell'American Bar Association, si spinga al punto da imporre al legare di indagare, anche in presenza di ammissioni di responsabilità o di dichiarazioni di colpevolezza.

(e) Unless defense counsel is prepared to forgo impeachment of a witness by counsel's own testimony as to what the witness stated in an interview or to seek leave to withdraw from the case in order to present such impeaching testimony, defense counsel should avoid interviewing a prospective witness except in the presence of a third person.

Standard 4-4.4 Relations With Expert Witnesses³³¹.

(a) Defense counsel who engages an expert³³² for an opinion should respect the independence of the expert and should not seek to dictate the formation of the expert's opinion on the subject. To the extent necessary, defense counsel should explain to the expert his or her role in the trial as an impartial witness called to aid the fact finders and the manner in which the examination of witnesses is conducted.

(b) Defense counsel should not pay an excessive fee for the purpose of influencing an expert's testimony or fix the amount of the fee contingent upon the testimony an expert will give or the result in the case.

Standard 4-4.5 Compliance With Discovery Procedure.

Defense counsel should make a reasonably diligent effort to comply with a legally proper discovery request.

Standard 4-4.6 Physical Evidence.

(a) Defense counsel who receives a physical item under circumstances implicating a client in criminal conduct should disclose the location of or should

³³¹ Negli Stati Uniti, tuttavia, si sono spesso riscontrate le parzialità e gli abusi degli *expert witnesses* — la figura che il legislatore italiano ha tenuto presente nel delineare quella del consulente tecnico (cfr. KOSTORIS R. E., *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, pag. 325) — sono ormai un dato di fatto indiscutibile, assodato, tanto da divenire questione pregiudiziale nel dibattito sull'idoneità dell'*adversary system* alla ricerca della verità processuale o sulla stessa capacità di giudizio della giuria su questioni di carattere tecnico-scientifico. Significativa la schiettezza con cui un avvocato della fine del 1800 disse, rivolgendosi alla Corte, che “*esistono tre tipi di bugiardi: il comune bugiardo, il dannato bugiardo, e l'expert witness*”, e con cui ancora oggi la dottrina afferma che “*il disprezzo di giudici e avvocati (per gli esperti) è noto. Essi regolarmente descrivono gli expert witness come prostitute [...]*” (Cfr.: GROSS S. R., *Expert evidence*, in *Wisconsin L. R.*, 1991, pag. 1113 ss.). Sul punto vedasi anche MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 611 e ss.; MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 165; FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence - Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 44 e ss.

³³² Sul punto e più estesamente vedasi anche MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 178.

deliver that item to law enforcement authorities only: (1) if required by law or court order, or (2) as provided in paragraph (d).

(b) Unless required to disclose, defense counsel should return the item to the source from whom defense counsel received it, except as provided in paragraph (c) and (d). In returning the item to the source, defense counsel should advise the source of the legal consequences pertaining to possession or destruction of the item. Defense counsel should also prepare a written record of these events for his or her file, but should not give the source a copy of such record.

(c) Defense counsel may receive the item for a reasonable period of time during which defense counsel: (1) intends to return it to the owner; (2) reasonably fears that return of the item to the source will result in destruction of the item; (3) reasonably fears that return of the item to the source will result in physical harm to anyone; (4) intends to test, examine, inspect, or use the item in any way as part of defense counsel's representation of the client; or (5) cannot return it to the source. If defense counsel tests or examines the item, he or she should thereafter return it to the source unless there is reason to believe that the evidence might be altered or destroyed or used to harm another or return is otherwise impossible. If defense counsel retains the item, he or she should retain it in his or her law office in a manner that does not impede the lawful ability of law enforcement authorities to obtain the item.

(d) If the item received is contraband, i.e., an item possession of which is in and of itself a crime such as narcotics, defense counsel may suggest that the client destroy it where there is no pending case or investigation relating to this evidence and where such destruction is clearly not in violation of any criminal statute. If such destruction is not permitted by law or if in defense counsel's judgment he or she cannot retain the item, whether or not it is contraband, in a way that does not pose an unreasonable risk of physical harm to anyone, defense counsel should disclose the location of or should deliver the item to law enforcement authorities.

(e) If defense counsel discloses the location of or delivers the item to law enforcement authorities under paragraphs (a) or (d), or to a third party under paragraph (c)(1), he or she should do so in the way best designed to protect the client's interests.

PART V

CONTROL AND DIRECTION OF LITIGATION

Standard 4-5.1 Advising the Accused.

(a) *After informing himself or herself fully on the facts and the law, defense counsel should advise the accused with complete candor concerning all aspects of the case, including a candid estimate of the probable outcome.*

(b) *Defense counsel should not intentionally understate or overstate the risks, hazards, or prospects of the case to exert undue influence on the accused's decision as to his or her plea.*

(c) *Defense counsel should caution the client to avoid communication about the case with witnesses, except with the approval of counsel, to avoid any contact with jurors or prospective jurors, and to avoid either the reality or the appearance of any other improper activity.*

Standard 4-5.2 Control and Direction of the Case.

(a) *Certain decisions relating to the conduct of the case are ultimately for the accused and others are ultimately for defense counsel. The decisions which are to be made by the accused after full consultation with counsel include:*

(i) *what pleas to enter;*

(ii) *whether to accept a plea agreement;*

(iii) *whether to waive jury trial;*

(iv) *whether to testify in his or her own behalf; and*

(v) *whether to appeal.*

(b) *Strategic and tactical decisions should be made by defense counsel after consultation with the client where feasible and appropriate. Such decisions include what witnesses to call, whether and how to conduct cross-examination, what jurors to accept or strike, what trial motions should be made, and what evidence should be introduced.*

(c) *If a disagreement on significant matters of tactics or strategy arises between defense counsel and the client, defense counsel should make a record of the circumstances, counsel's advice and reasons, and the conclusion reached. The*

record should be made in a manner which protects the confidentiality of the lawyer- Client relationship.

PART VI

DISPOSITION WITHOUT TRIAL

Standard 4-6.1 Duty to Explore Disposition Without Trial.

(a) Whenever the law, nature, and circumstances of the case permit, defense counsel should explore the possibility of an early diversion of the case from the criminal process through the use of other community agencies.

(b) Defense counsel may engage in plea discussions with the prosecutor. Under no circumstances should defense counsel recommend to a defendant acceptance of a plea unless appropriate investigation³³³ and study of the case has been completed, including an analysis of controlling law and the evidence likely to be introduced at trial.

Standard 4-6.2 Plea Discussions.

(a) Defense counsel should keep the accused advised of developments arising out of plea discussions conducted with the prosecutor.

(b) Defense counsel should promptly communicate and explain to the accused all significant plea proposals made by the prosecutor.

(c) Defense counsel should not knowingly make false statements³³⁴ concerning the evidence in the course of plea discussions with the prosecutor.

(d) Defense counsel should not seek concessions favorable to one client by any agreement which is detrimental to the legitimate interests of a client in another case.

(e) Defense counsel representing two or more clients in the same or related cases should not participate in making an aggregated agreement as to guilty or nolo contendere pleas, unless each client consents after consultation, including disclosure of the existence and nature of all the claims or pleas involved.

³³³ Torna costantemente il richiamo alla indagini del difensore, per ogni comportamento del difensore che abbia rilevanza processuale per il proprio assistito.

³³⁴ Più in generale sull'argomento, vedasi in lingua originale FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 1007.

PART VII

TRIAL³³⁵*Standard 4-7.1 Courtroom Professionalism.*

(a) *As an officer of the court, defense counsel should support the authority of the court and the dignity of the trial courtroom by strict adherence to codes of professionalism and by manifesting a professional attitude toward the judge, opposing counsel, witnesses, jurors, and others in the courtroom.*

(b) *Defense counsel should not engage in unauthorized ex parte discussions with or submission of material to a judge relating to a particular case which is or may come before the judge.*

(c) *When court is in session, defense counsel should address the court and should not address the prosecutor directly on all matters relating to the case.*

(d) *Defense counsel should comply promptly with all orders and directives of the court, but defense counsel has a duty to have the record reflect adverse rulings or judicial conduct which counsel considers prejudicial to his or her client's legitimate interests. Defense counsel has a right to make respectful requests for reconsiderations of adverse rulings.*

(e) *Defense counsel should cooperate with courts and the organized bar in developing codes of professionalism for each jurisdiction.*

Standard 4--7.2 Selection of Jurors.

(a) *Defense counsel should prepare himself or herself prior to trial to discharge effectively his or her function in the selection of the jury, including the raising of any appropriate issues concerning the method by which the jury panel was selected and the exercise of both challenges for cause and peremptory challenges.*

(b) *In those cases where it appears necessary to conduct a pretrial investigation³³⁶ of the background of jurors, investigatory methods of defense*

³³⁵ Per una disamina compiuta del *trial* in lingua originale, vedasi WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 987 e ss.

³³⁶ *Ibidem*, nota precedente.

counsel should neither harass nor unduly embarrass potential jurors or invade their privacy and, whenever possible, should be restricted to an investigation of records and sources of information already in existence.

(c) The opportunity to question jurors personally should be used solely to obtain information for the intelligent exercise of challenges. Defense counsel should not intentionally use the voir dire to present factual matter which defense counsel knows will not be admissible at trial or to argue counsel's case to the jury.

Standard 4-7.3 Relations With Jury.

(a) Defense counsel should not intentionally communicate privately with persons summoned for jury duty or impaneled as jurors prior to or during the trial. Defense counsel should avoid the reality or appearance of any such communications.

(b) Defense counsel should treat jurors with deference and respect, avoiding the reality or appearance of currying favor by a show of undue solicitude for their comfort or convenience.

(c) After discharge of the jury from further consideration of a case, defense counsel should not intentionally make comments to or ask questions of a juror for the purpose of harassing or embarrassing the juror in any way which will tend to influence judgment in future jury service. If defense counsel believes that the verdict may be subject to legal challenge, he or she may properly, if no statute or rule prohibits such course, communicate with jurors to determine whether such challenge may be available.

Standard 4-7.4 Opening Statement.

Defense counsel's opening statement should be confined to a statement of the issues in the case and the evidence defense counsel believes in good faith will be available and admissible. Defense counsel should not allude to any evidence unless there is a good faith and reasonable basis for believing such evidence will be tendered and admitted in evidence.

Standard 4-7.5 Presentation of Evidence.

(a) Defense counsel should not knowingly offer false evidence, whether by documents, tangible evidence, or the testimony of witnesses, or fail to take reasonable remedial measures upon discovery of its falsity.

(b) Defense counsel should not knowingly and for the purpose of bringing inadmissible matter to the attention of the judge or jury offer inadmissible evidence, ask legally objectionable questions, or make other impermissible comments or arguments in the presence of the judge or jury.

(c) Defense counsel should not permit any tangible evidence to be displayed in the view of the judge or jury which would tend to prejudice fair consideration of the case by the judge or jury until such time as a good faith tender of such evidence is made.

(d) Defense counsel should not tender tangible evidence in the presence of the judge or jury if it would tend to prejudice fair consideration of the case, unless there is a reasonable basis for its admission in evidence. When there is any substantial doubt about the admissibility of such evidence, it should be tendered by an offer of proof and a ruling obtained.

Standard 4-7.6 Examination of Witnesses.

(a) The interrogation of all witnesses should be conducted fairly, objectively, and with due regard for the dignity and legitimate privacy of the witness, and without seeking to intimidate or humiliate the witness unnecessarily.

(b) Defense counsel's belief or knowledge that the witness is telling the truth does not preclude cross-examination.

(c) Defense counsel should not call a witness in the presence of the jury who the lawyer knows will claim a valid privilege not to testify.

(d) Defense counsel should not ask a question which implies the existence of a factual predicate for which a good faith belief is lacking.

Standard 4-7.7 Argument to the Jury.

(a) In closing argument to the jury, defense counsel may argue all reasonable inferences from the evidence in the record. Defense counsel should not intentionally misstate the evidence or mislead the jury as to the inferences it may draw.

(b) Defense counsel should not express a personal belief or opinion in his or her client's innocence or personal belief or opinion in the truth or falsity of any testimony or evidence.

(c) Defense counsel should not make arguments calculated to appeal to the prejudices of the jury.

(d) Defense counsel should refrain from argument which would divert the jury from its duty to decide the case on the evidence.

Standard 4-7.8 Facts Outside the Record.

Defense counsel should not intentionally refer to or argue on the basis of facts outside the record whether at trial or on appeal, unless such facts are matters of common public knowledge based on ordinary human experience or matters of which the court can take judicial notice.

Standard 4-7.9 Post-trial Motions.

Defense counsel's responsibility includes presenting appropriate posttrial motions to protect the defendant's rights.

PART VIII

AFTER CONVICTION

Standard 4-8.1 Sentencing.

(a) Defense counsel should, at the earliest possible time, be or become familiar with all of the sentencing alternatives available to the court and with community and other facilities which may be of assistance in a plan for meeting the accused's needs. Defense counsel's preparation should also include familiarization with the court's practices in exercising sentencing discretion, the practical consequences of different sentences³³⁷, and the normal pattern of sentences for the offense involved, including any guidelines applicable at either the sentencing or parole stages. The consequences of the various dispositions available should be explained fully by defense counsel to the accused.

³³⁷ Il tema degli effetti di una sentenza, in lingua originale, è trattato da WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1103 e ss.

(b) Defense counsel should present to the court any ground which will assist in reaching a proper disposition favorable to the accused. If a presentence report or summary is made available to defense counsel, he or she should seek to verify the information contained in it and should be prepared to supplement or challenge it if necessary. If there is no presentence report or if it is not disclosed, defense counsel should submit to the court and the prosecutor all favorable information relevant to sentencing and in an appropriate case, with the consent of the accused, be prepared to suggest a program of rehabilitation based on defense counsel's exploration of employment, educational, and other opportunities made available by community services.

(c) Defense counsel should also insure that the accused understands the nature of the presentence investigation process, and in particular the significance of statements made by the accused to probation officers and related personnel. Where appropriate, defense counsel should attend the probation officer's interview with the accused.

(d) Defense counsel should alert the accused to the right of allocution, if any, and to the possible dangers of making a statement that might tend to prejudice an appeal.

Standard 4-8.2 Appeal.

(a) After conviction, defense counsel should explain to the defendant the meaning and consequences of the court's judgment and defendant's right of appeal. Defense counsel should give the defendant his or her professional judgment as to whether there are meritorious grounds for appeal and as to the probable results of an appeal. Defense counsel should also explain to the defendant the advantages and disadvantages of an appeal. The decision whether to appeal must be the defendant's own choice.

(b) Defense counsel should take whatever steps are necessary to protect the defendant's rights of appeal.

Standard 4-8.3 Counsel on Appeal.

(a) Appellate counsel should not seek to withdraw from a case solely on the basis of his or her own determination that the appeal lacks merit.

(b) Appellate counsel should give a client his or her best professional evaluation of the questions that might be presented on appeal. Counsel, when inquiring into the case, should consider all issues that might affect the validity of the judgment of conviction and sentence, including any that might require initial presentation in a postconviction proceeding. Counsel should advise on the probable outcome of a challenge to the conviction or sentence. Counsel should endeavor to persuade the client to abandon a wholly frivolous appeal or to eliminate contentions lacking in substance.

(c) If the client chooses to proceed with an appeal against the advice of counsel, counsel should present the case, so long as such advocacy does not involve deception of the court. When counsel cannot continue without misleading the court, counsel may request permission to withdraw.

(d) Appellate counsel has the ultimate authority to decide which arguments to make on appeal. When appellate counsel decides not to argue all of the issues that his or her client desires to be argued, appellate counsel should inform the client of his or her pro se briefing rights.

(e) In a jurisdiction with an intermediate appellate court, counsel for a defendant- Appellant or a defendant- Appellee should continue to represent the client if the prosecution seeks review in the highest court, unless new counsel is substituted or unless the court permits counsel to withdraw. Similarly, in any jurisdiction, such appellate counsel should continue to represent the client if the prosecution seeks review in the Supreme Court of the United States.

Standard 4-8.4 Conduct of Appeal.

(a) Appellate counsel should be diligent in perfecting appeals and expediting their prompt submission to appellate courts.

(b) Appellate counsel should be accurate in referring to the record and the authorities upon which counsel relies in the presentation to the court of briefs and oral argument.

(c) Appellate counsel should not intentionally refer to or argue on the basis of facts outside the record on appeal, unless such facts are matters of common public knowledge based on ordinary human experience or matters of which the court may take judicial notice.

Standard 4-8.5 Post- Conviction Remedies.

After a conviction is affirmed on appeal, appellate counsel should determine whether there is any ground for relief under other post- Conviction remedies. If there is a reasonable prospect of a favorable result, counsel should explain to the defendant the advantages and disadvantages of taking such action. Appellate counsel is not obligated to represent the defendant in a post- Conviction proceeding unless counsel has agreed to do so. In other respects, the responsibility of a lawyer in a post- Conviction proceeding should be guided generally by the standards governing the conduct of lawyers in criminal cases.

Standard 4-8.6 Challenges to the Effectiveness of Counsel.

(a) If defense counsel, after investigation, is satisfied that another defense counsel who served in an earlier phase of the case did not provide effective assistance, he or she should not hesitate to seek relief for the defendant on that ground.

(b) If defense counsel, after investigation, is satisfied that another defense counsel who served in an earlier phase of the case provided effective assistance, he or she should so advise the client and may decline to proceed further.

(c) If defense counsel concludes that he or she did not provide effective assistance in an earlier phase of the case, defense counsel should explain this conclusion to the defendant and seek to withdraw from representation with an explanation to the court of the reason therefor.

(d) Defense counsel whose conduct of a criminal case is drawn into question is entitled to testify concerning the matters charged and is not precluded from disclosing the truth concerning the accusation to the extent defense counsel reasonably believes necessary, even though this involves revealing matters which were given in confidence.

PROVIDING DEFENSE SERVICES

PART I.

GENERAL PRINCIPLES

Standard 5-1.1 Objective.

The objective in providing counsel should be to assure that quality legal representation is afforded to all persons eligible for counsel pursuant to this chapter. The bar should educate the public to the importance of this objective.

Standard 5-1.2 Systems for legal representation.

(a) The legal representation plan for each jurisdiction should provide for the services of a full-time defender organization when population and caseload are sufficient to support such an organization. Multi-jurisdictional organizations may be appropriate in rural areas.

(b) Every system should include the active and substantial participation of the private bar. That participation should be through a coordinated assigned-Counsel system and may also include contracts for services. No program should be precluded from representing clients in any particular type or category of case.

(b) Conditions may make it preferable to create a statewide system of defense.

(b) Where capital punishment is permitted in the jurisdiction, the plan should take into account the unique and time-consuming demands of appointed representation in capital cases. The plan should comply with the ABA Guidelines for the Appointment and Performance of Counsel in Death Penalty Cases.

Standard 5-1.3 Professional independence.

(a) The legal representation plan for a jurisdiction should be designed to guarantee the integrity of the relationship between lawyer and client. The plan and the lawyers serving under it should be free from political influence and should be subject to judicial supervision only in the same manner and to the same extent as are lawyers in private practice. The selection of lawyers for specific cases should not be made by the judiciary or elected officials, but should be arranged for by the administrators of the defender, assigned-Counsel and contract-for-Service programs.

(b) An effective means of securing professional independence for defender organizations is to place responsibility for governance in a board of trustees. Assigned-Counsel and contract-for-Service components of defender systems should be governed by such a board. Provisions for size and manner of selection of boards of trustees should assure their independence. Boards of trustees should

not include prosecutors or judges. The primary function of boards of trustees is to support and protect the independence of the defense services program. Boards of trustees should have the power to establish general policy for the operation of defender, assigned- Counsel and contract-for- Service programs consistent with these standards and in keeping with the standards of professional conduct. Boards of trustees should be precluded from interfering in the conduct of particular cases. A majority of the trustees on boards should be members of the bar admitted to practice in the jurisdiction

Standard 5-1.4 Supporting services.

The legal representation plan should provide for investigatory, expert, and other services necessary to quality legal representation. These should include not only those services and facilities needed for an effective defense at trial but also those that are required for effective defense participation in every phase of the process. In addition, supporting services necessary for providing quality legal representation should be available to the clients of retained counsel who are financially unable to afford necessary supporting services.

Standard 5-1.5 Training and professional development.

The legal representation plan should provide for the effective training, professional development and continuing education of all counsel and staff involved in providing defense services. Continuing education programs should be available, and public funds should be provided to enable all counsel and staff to attend such programs.

Standard 5-1.6 Funding.

Government has the responsibility to fund the full cost of quality legal representation for all eligible persons, as defined in standard 5-7.1³³⁸. It is the responsibility of the organized bar to be vigilant in supporting the provision of such funding. The level of government that funds defender organizations, assigned- Counsel programs or contracts for services depends upon which level will best insure the provision of independent, quality legal representation. Under

³³⁸ Vedi più oltre.

no circumstances should the funding power interfere with or retaliate against professional judgments made in the proper performance of defense services.

PART VII

ELIGIBILITY FOR ASSISTANCE

Standard 5-7.1 Eligibility; ability to pay partial costs.

Counsel should be provided to persons who are financially unable to obtain adequate representation without substantial hardship. Counsel should not be denied because of a person's ability to pay part of the cost of representation, because friends or relatives have resources to retain counsel or because bond has been or can be posted.

BIBLIOGRAFIA

48. Monografie e periodici italiani.

AMODIO E., *Fascicolo processuale ed utilizzabilità degli atti*, in *AV.VV.*, *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990.

AMODIO E., *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.

AMODIO E., *Le indagini difensive tra nuovi poteri del G.I.P. e obblighi di lealtà del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1997.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P.S. vol. I, Giuffrè, Milano, 1960.

APRILE E., *Prova penale e indagini difensive*, in *APRILE – SILVESTRI*, *La formazione della prova penale dopo la legge sulle indagini difensive e sul “giusto processo”*, Milano, 2002, p. 2.

ARRU A. A., *L'attività investigativa difensiva preventiva*, in *AA. VV.*, *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di FILIPPI, Padova, 2001.

ARRU A. A., *Le modifiche dell'art. 222 commi 1 e 4 norme att. c.p.p.*, in *AA. VV.*, *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.

BASSI M. – DE CASTIGLIONE E., *Investigazioni del difensore e rapporti con i testimoni nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1989, III.

BATTISTA D., *Quando indaga ex art. 327 c.p.p. l'avvocato è un pubblico ufficiale*, in *Dir. e giust.*, 2003, n. 23.

BERNARDI F., *Indagini difensive ed utilizzo degli elementi probatori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996.

BERNARDI F., *Le attività di indagine*, in *Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.* 2/2001.

BERNARDI F., *Le indagini del difensore nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

BERNARDI F., *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano, 1996.

BERNARDI F., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Le attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

BIONDI G., *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in *Giur. merito*, 2008.

BORTOLIN C., *E' rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'indagine difensiva, ex art. 391 bis comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003.

BOVIO C., *L'attività espletabile*, in *AA. VV., Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.

BRANCACCIO A., *La riforma del processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988.

BRICCHETTI R. – RANDAZZO E., *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.

BRICCHETTI R., *Il Giudice deve valutare al momento della domanda se le "nuove prove" sono inutilizzabili nel processo*, in *Guida dir.*, 2003, n. 49.

BRICCHETTI R., *L'attività investigativa del difensore*, in *AA. VV., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.

BRICCHETTI R., *La disciplina e i limiti della investigazione privata*, in *BRICCHETTI – RANDAZZO, Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.

BRICCHETTI R., *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1.

BRONZO P., *Il giudizio di ammissibilità nel nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza*, in *Cass. pen.*, 1998.

BRUNO O., *Indagini difensive: il mancato rispetto delle "forme" rende inammissibile la revisione del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.

BUZZELLI S., *Contraddittorio e contestazioni nell'esame testimoniale: una sbrigativa ordinanza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2002.

BUZZELLI S., *Fascicolo dibattimentale “negoziato” e acquisizione probatoria*, in *Ind. pen.*, 2001.

BUZZELLI S., *Giusto processo*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg. II, Torino, 2004.

BUZZELLI S., *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS e G. P. VOENA, vol. XXXIII. 2, Milano, 2000.

COMOGLIO L. P., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. Dir. proc. Pen.* 1990.

CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, quarta edizione, Il Mulino, Bologna, 2006.

CARCANO D., *Nota a Cass., sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo*, in *Cass. pen.*, 1995.

CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960.

CARNELUTTI F., *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964.

CARNELUTTI F., *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963.

CARNEVALE S., *Questioni irrisolte in tema di documentazione delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2003.

CAROFIGLIO G., *L'arte del dubbio*, Sellerio, Palermo, 2007.

CAVALLARI V., *Contraddittorio (principio del). b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961.

CERQUA F. – PELLACANI M., *Lo status del difensore nello svolgimento delle indagini difensive: pubblico ufficiale o persona esercente un servizio di pubblica necessità?*, in *Giur. merito*, 2004.

CHIAVARIO M., *Chiaroscuri di una “novella” dagli intenti riequilibratori*, in *Leg. pen.*, 1995.

CHIAVARIO M., *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1996.

CHIAVARIO M., *Giustizia penale, carta dei diritti e Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. proc.*, 2002.

CHIAVARIO M., *Il processo penale dopo la nuova decretazione "d'emergenza": ancora una volta alla ricerca di una bussola*, in *Leg. pen.*, 1993.

CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

CHIAVARIO M., MARZADURI E. (a cura di), *La difesa penale*, UTET, Torino 2003.

CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, vol. II, Milano, 1984.

CHIAVARIO M., *sub Art. 6 C.e.d.u.*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, Padova, 2001.

CHINNICI D., *L'erosione del "mito" dell'immediatezza. L'irruzione della "prova negoziata" nel giudizio: deroga "fisiologica" o "congegno eversivo"?*, in *AA. VV., Verso la riscoperta di un modello processuale, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Caserta, 12-14 ottobre 2001)*, Milano, 2003.

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

COCO S., *Relazione sul disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1987.

COMOGLIO – ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993.

CONSO G. – GREVI V. – NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1990.

CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003.

CONSO G., *Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958.

CONSO G., *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966.

CONSO G., *Problemi di metodo e scelte di fondo*, in *Giust. pen.*, 1988, I.

CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007.

CONTI C., *Due nuove ipotesi di incompatibilità a testimoniare: il difensore che ha svolto investigazioni difensive e l'ausiliario che ha verbalizzato l'intervista*, in *AA. VV., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.

CONTI C., *Giusto processo. b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001.

CONTI C., *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova (I). Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

CONTI C., *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.

CONTI C., *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita*, in *Cass. pen.*, 2001.

CONTI G., *La radiografia della nuova normativa su misure cautelari e diritto di difesa*, in *Guida dir.*, 1995.

CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

CORDERO F., *Linee di un processo accusatorio*, in *AA. VV., Criteri direttivi per una riforma del processo penale, Atti del IV Convegno di Studio Enrico De Nicola (Lecce, 1-3 maggio 1964 - Bellagio, 3-4 ottobre 1964)*, Milano, 1965.

CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2003.

CRISTIANI A., *Commento all'art. 38 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, *La normativa complementare, I, Norme di attuazione*, Torino, 1992, p. 152.

CRISTIANI A., Commento all'articolo 38 delle disposizioni di attuazione, in Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare, vol. I, coordinato da Chiavario, Torino, UTET, 1992.

CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, Giappichelli, 2002.

CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001.

CRISTIANI A., *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989.

CRISTIANI A., *Nuovo vademecum del difensore nel processo penale*, Torino, 1994.

CURTOTTI NAPPI D., *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007.

D'AMBROSIO L., *Difensore e garanzie difensive nelle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1990, III.

D'AMBROSIO L., *La riforma dell'8 agosto 1995: commento all'art. 22*, in *Dir. pen. proc.*, 1995.

D'AURIA L., *L'investigazione difensiva tra scelte culturali, processuali e di rincorsa verso posizioni di "supposta parità delle armi". In particolare le indagini tecnico – scientifica del difensore.* (Relazione svolta all'incontro di studio del C.S.M. sul tema "Le indagini difensive", Roma 24 febbraio 2004). In *Foro Ambrosiano* n. 1/2004.

DALIA A., FERRAIOLI M. (a cura di), *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2002.

DANOVI R., *Dopo la rivalutazione delle indagini difensive solo piccoli ritocchi ai codici deontologici*, in *Guida dir.*, 2001, n. 2.

DANOVI R., *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2006.

DE CARO A., *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. Pen.*, 2001.

DE LALLA P., *Idee per un "complemento istruttorio" del giudice nelle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

- DE MARSICO A., *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966.
- DEAN G., *Nuovi limiti cronologici dell'incidente probatorio*, in *Giur. cost.*, 1994.
- DEAN G., *Nuovi profili del patrocinio a spese dello Stato nei giudizi penali*, in *AA. VV.*, *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001.
- DEL CORSO S., *Uno "spettro" si aggira nel palazzo di giustizia, l'avvocato pubblico ufficiale*, in *AA. VV.*, *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001.
- DELLE FAVE C., *Manuale di polizia giudiziaria. Procedure, atti da redigere, modalità operative*, Maggioli editore, RSM, 2008.
- DI CHIARA G., *L'inquisizione come "eterno ritorno": tecnica delle contestazioni ed usi delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1992.
- DI CHIARA G., *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Leg. pen.*, 2002.
- DI CHIARA G., *Le risultanze dell'indagine difensiva nella fucina del contraddittorio dibattimentale: gli scenari della regola – ponte ex art. 391–decies comma 1 c.p.p.*, in *AA. VV.*, *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.
- DI MAIO A., *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001.
- DI PAOLO G., *Tecnologie del controllo e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Cedam, Padova, 2008.
- DI SALVO A., *Favor revisionis e accesso agli atti per verificare l'ammissibilità del ricorso*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 5.
- DOMINIONI O., *Le investigazioni dei difensori*, in *AA. VV.*, *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano, 1998.
- DOMINIONI O., *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento della fase delle indagini preliminari*, in *Dif. pen.*, 1989, n. 25.
- DOMINIONI O., *Le parti del processo penale: profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985.

DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 736.

DRAGONE S., *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in *FORTUNA – GIUSTOZZI – DRAGONE – FASSONE, Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002.

ERCOLANI, *L'effettività del diritto alla prova delle parti private nel nuovo processo*, in *Crit. pen.*, 1990.

FANCHIOTTI V., *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *Cass. Penale*, 1995.

FANCHIOTTI V., *La testimonianza nel processo adversary*, Genova, Egig, 1988.

FANULI G. L., *Inutilizzabilità e nullità della prova*, *Quaderni di Cassazione Penale (2)*, Milano, 2004.

FANULI G. L., *Investigazioni difensive e giudizio abbreviato: un grande equivoco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, n. 4.

FASSONE E., *Garanzia e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991.

FERRAIOLI M., *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 1992.

FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. – ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007.

FERRUA P., *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992.

FERRUA P., *Dalla Camera soluzione equilibrata sui limiti all'utilizzo delle dichiarazioni*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 40.

FERRUA P., *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Studi sul processo penale*, vol. III, Torino, 1997.

FERRUA P., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2007.

FERRUA P., *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.

FERRUA P., *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, III.

FERRUA P., *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 Cost.*, in *Quest. giust.*, 2000.

FERRUA P., *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova (I). Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

FERRUA P., *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988.

FERRUA P., *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Pol. dir.*, 1989.

FERRUA P., *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, in *AA. VV., Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2002.

FERRUA P., *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.

FERRUA P., *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in *Studi sul processo penale*, vol. III, Torino, 1997.

FERRUA P., *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Studi sul processo penale*, vol. III, Torino, 1997.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte Speciale*, vol. I, Bologna, 2001.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 5° ed., 2007.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 4° ed., 2007.

FILIPPI L. (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. investigazioni private, difesa d'ufficio, patrocinio dei non abbienti*, Cedam, Padova, 2001.

- FILIPPI L., *Il fascicolo del difensore*, in AA. VV., *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.
- FOCARDI F., *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in AA. VV., *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.
- FOLLIERI A., *Impugnabile 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.
- FOLLIERI A., *Sui limiti dell'attività investigativa preventiva*, in *Cass. pen.*, 2006.
- FOSCHINI G., *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965.
- FREDAS G., *Il difensore e gli eventuali testimoni nelle indagini preliminari*, in *Cass. Penale*, 1989.
- FREDAS G., *L'avvocato e il testimone nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989.
- FRIGO G., *Auspicabile un intervento legislativo per chiarire la "natura" del penalista*, in *Guida dir.*, 2006, n. 41.
- FRIGO G., *Con la proposta sulle indagini difensive l'avvocato si sente un <<Perry Mason>> a metà*, in *Guida dir.*, 1996, n. 48.
- FRIGO G., *Difensore*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO – O. DOMINIONI, I, Milano, 1989.
- FRIGO G., *Il dibattito sulle investigazioni difensive. I) Il punto di vista di un avvocato*, in *Dir. pen. proc.*, 1995..
- FRIGO G., *Indagine difensiva per il processo e deontologia*, in *Cass. pen.*, 1992.
- FRIGO G., *Indagini difensive: un punto "di non ritorno" sulla strada del riequilibrio tra accusa e difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- FRIGO G., *Invariata la qualità della funzione dell'avvocato che non può essere considerato pubblico ufficiale*, in *Guida dir.*, 2003, n. 23.
- FRIGO G., *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in AA. VV., *Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.

FRIGO G., *La formazione della prova nel dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, 1993, IV.

FRIGO G., *La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, I.

FRIGO G., *Obiettivi e mezzi di una tutela politica del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1995.

FRIGO G., *Parità delle parti e “giusto processo” nella disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 38.

FRIGO G., *Primi passi del “Codice deontologico del difensore penale”*, Modifiche al codice di procedura penale – Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare, Padova, Cedam, 1995.

FRIGO G., *Quale destino per le indagini difensive?*, in *Dif. pen.*, 1993, n. 41.

FRIGO G., *Ritornano l’oralità e il contraddittorio mentre cresce il rischio di una controriforma*, in *Guida dir.*, 1997, n. 32.

FRIGO G., *Timidi passi verso l’equilibrio nel rapporto tra accusa e difesa*, in *Guida dir.*, 1995, n. 33.

FRIGO G., *Un avvocato nuovo per un nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1987.

FUSCO L., *Se Perry Mason è un pubblico ufficiale*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 14.

GAETA P., *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Milano, 2001.

GALANTINI N., *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, I Agg., Milano, 1997.

GALANTINI N., *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.

GALANTINI N., *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 1992.

GALANTINI N., *Profili della giustizia penale francese*, II ed., Bologna, 1994.

GALLUCCI G., *Facoltà di astenersi dal deporre dei prossimi congiunti e investigazioni difensive*, in *Cass. Pen.*, 2011.

GARELLO A. – SCUTO S., *Le indagini difensive*, Milano, 2001.

GARELLO G. – SCUTO S., *Le indagini difensive (Commentario articolo per articolo della legge 7 dicembre 2000, n. 397. Profili pratici e questioni controverse)*, Ed. Il Sole 24 ore, Milano, 2001.

GAROFOLI V., *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. Dir. proc. Pen.* 2000.

GARGANI A., *Commento agli artt. 19 e 20*, in *AA. VV., Speciali di Legislazione penale, 12, La difesa penale*, a cura di CHIAVARIO M. ed MARZADURI E., Torino, 2003.

GARUTI G., *I rapporti tra pubblico ministero e difesa nell'ambito delle investigazioni private*, in *Studium iuris*, 2002.

GATTO P., *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano, 2003.

GIAMBRUNO S., *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in *Cass. pen.*, 1994.

GIAMBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in *Cass. Penale*, 1994.

GIANNITI F., *Spunti per una ricostruzione del sistema probatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

GIARDA A., *Un cammino appena iniziato*, in *AA. VV., Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.

GIORDANO P., *Qualificata come atto pubblico la raccolta delle dichiarazioni*, in *Guida dir.*, 2006, n. 41.

GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del). II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001.

GIOSTRA G., *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992.

GIOSTRA G., *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili*, in *Cass. pen.*, 1995.

GIOSTRA G., *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA. VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Caserta, 12–14 ottobre 2001)*, Milano, 2003.

GIOSTRA G., *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

GIOSTRA G., *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. GREVI, Milano, 1996.

GIOSTRA G., *Prova e contraddittorio. Note a margine di una garbata polemica*, in AA. VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Caserta, 12–14 ottobre 2001)*, Milano, 2003.

GIOSTRA G., *Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Dir. pen. proc.*, 1995.

GIOSTRA G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986.

GIOSTRA G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986.

GIUNTA F., *Le innovazioni ai delitti contro l'amministrazione della giustizia introdotte dalla legge sulle indagini difensive*, in *Studium Juris*, 2001.

GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000.

GREVI V., *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. GREVI, Milano, 1996.

GREVI V., *Prove*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO – V. GREVI, Padova, 2006.

GRIFANTINI F. M., *Il segreto difensivo nel processo penale*, Torino, 2001.

GRIFANTINI F. M., *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore – istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004.

- GRIFANTINI F. M., *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in AA. VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999.
- GRISOLIA F., *sub art. 327 bis c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA–G. SPANGHER, Milano, 2007.
- GUALTIERI P., *Commento art. 38 disp. att.*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. GAITO, Torino, 2001.
- GUALTIERI P., *Indagini difensive*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2001.
- GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002.
- GUERINI U., *Sulla qualifica soggettiva dell'avvocato che svolge indagini difensive*, in <http://www.dirittoegiustiziaonline.it/penale/inddif.htm>.
- IADECOLA G., *Le nuove indagini investigative da parte dell'avvocato*, in *Giur. merito*, 2001.
- ILLUMINATI G., *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988.
- ILLUMINATI G., *Il giudizio senza oralità*, in AA. VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale, Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Caserta, 12–14 ottobre 2001)*, Milano, 2003.
- ILLUMINATI G., *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V.
- ILLUMINATI G., *La giurisprudenza costituzionale in tema di oralità e contraddittorio*, in AA. VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme, Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Caserta – Napoli, 8–10 dicembre 1995)*, Milano, 1996.
- ILLUMINATI G., *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992.
- INSOLERA G., *“L'innaffiato innaffiato”, ovvero la tutela penale delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- JANNELLI E., *Commento agli artt. 629–642 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, VI, Torino, 1991.
- JESU G., *Giudizio di riesame e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1995.

JESU G., *Rilevanza delle indagini difensive nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 1998.

KALB L., *La documentazione delle indagini difensive*, in *AA. VV.*, *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. FERRAIOLI, Milano, 2002.

KOSTORIS R. E., *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993.

KOSTORIS R. E., *La rappresentanza dell'imputato*, Milano, 1986.

LATTANZI G., *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Cass. Pen.*, 1989.

LATTANZI G., *Un processo riformato o rivoluzionato?*, in *Leg. pen.*, 1993.

LEONE G., MENCARELLI F., *Processo penale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI.

LEPERA M., *Falso ideologico nelle investigazioni difensive?*, in *Giust. pen.*, 2006, II.

LIBERINI N., *Le indagini del difensore e i poteri investigativi del pubblico ministero*, in *AA. VV.*, *Nuove norme sulle misure cautelari e il diritto di difesa*, Milano, 1996.

LIBERINI N., *Le indagini difensive tra giurisprudenza promozionale e vuoti legislativi*, in *Ind. pen.*, 1994.

LOCATELLI G., *La documentazione degli atti di indagine del p.m. e delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 1997.

LOMBARD, *La difesa nel sistema inglese e irlandese*. *Archivio Penale*, 1996, fasc. 3–4.

LONATI S., *Sul criterio per la definizione di prova "nuova" in vista del giudizio di revisione*, in *Cass. pen.*, 2002.

LORUSSO S., *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011.

LOZZI G., *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997.

LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007.

LUPI G., *Delitti in cerca di autore – 13 "cold cases" italiani*, *L.D.I.*, Storia e attualità, Milano, 2007.

- LUPO E., *Il principio della separazione delle fasi*, in *Cass. pen.*, 1993.
- MADDALENA M., *Indagini difensive: via libera all' "inquinamento" del processo*, in *Corr. giur.*, 2001.
- MADDALENA M., *Modifiche al codice di procedura penale: meglio tardi che mai*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 927.
- MADDALENA M., *Per la difesa libera di investigare, facoltà e diritti, nessun dovere*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 40.
- MAGI R., *Le indagini difensive, Commento organico alla L. 7 dicembre 2000, n. 397*, Ed. Simone, Arzano (NA), 2001.
- MAGI R., *Le indagini difensive. Commento organico alla l. 7 dicembre 2000, n. 397*, Napoli, 2001.
- MAMBRIANI A., *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002.
- MANNA A., *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.
- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, Torino, 1956.
- MANZIONE D. – MARZADURI E., *Nel fascicolo spunta la destinazione alternativa*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1.
- MARCUCCI F., *Spunti sulle indagini difensive: questioni interpretative e vuoti normativi*, in *Giur. it.*, 2000.
- MARZADURI E. , *Nel progetto sulle indagini difensive un contributo verso la "parità delle armi"*, in *Guida dir.*, 1999, n. 13.
- MASTROGIULIO G., *La tutela penale delle investigazioni difensive (ovvero il nuovo volto del difensore nel processo penale)* in *Ind. pen.*, 2007.
- MASTROIANNI R., *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002.
- MAZZA O., *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002.

MAZZANTI M., *Luogo pubblico, aperto al pubblico, esposto al pubblico*, in Nuovo Digesto Italiano IX, Torino, 1965.

MAZZINI G., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. IV, UTET, Torino 1950.

MELE V., *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, Cass. Pen., 1997.

MINO A., *Falsità ideologica e indagini difensive: la soluzione delle Sezioni Unite*, in *Ind. pen.*, 2007.

MONTONE S., *Conversazione libera su investigazioni difensive, difensori, modelli*, in *Quest. giust.*, 2002.

MORRA M., *Documenti privati tabù per Perry Mason. L'unica via è chiedere il sequestro al p.m.*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 1.

MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006.

MUSSO R. G., *Diritto di difesa e difensore negli U.S.A.*, Giappichelli, Torino, seconda edizione, 1999.

NAPPI A., *Indagini preliminari*, in *Enc. Dir., Agg. vol. V*, Giuffrè, 2001.

NOBILI M., *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1990, II.

NOBILI M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989.

NOBILI M., *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari e legge 8 agosto 1995, n. 332*, in *Cass. Pen.*, 1996.

NOBILI M., *Diritto alla prova e diritto di difesa nelle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1990, III.

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

NOBILI M., *Prove a "difesa" e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

NOBILI M., *Prove a difesa e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

NOBILI M., *Relazione sulla riforma della procedura penale sammarinese*, in *Critica penale*, 1979.

NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.

NOWACK R., Intervento sul tema “*Le attività difensive nelle indagini preliminari*”, relazione tenuta al Convegno Internazionale sul tema “*Le attività investigative del P.M. in Italia e nei paesi dell’U.E.*”. Urbino – San Marino, 14–16 Settembre 1995.

NUVOLONE P., *Dibattito*, in AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, *Atti del IV Convegno di Studio Enrico De Nicola (Lecce, 1–3 maggio 1964 – Bellagio, 3–4 ottobre 1964)*, Milano, 1965.

NUVOLONE P., *L’istruzione penale*, in AA. VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, *Atti del IV Convegno di Studio Enrico De Nicola (Lecce, 1–3 maggio 1964 – Bellagio, 3–4 ottobre 1964)*, Milano, 1965.

NUVOLONE P., *La riforma del processo penale in Italia e in Germania*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1963.

PAGLIUCA C., *La cosiddetta “inchiesta parallela” del difensore dell’imputato e limiti deontologici nei rapporti con potenziali testimoni*, in *Giur. it.*, 1991, IV.

PAGLIUCA, *La cosiddetta inchiesta parallela del difensore dell’imputato e limiti deontologici nei rapporti coi potenziali testimoni*, in *Giur. It.*, 1991, IV.

PANAGIA, *Il diritto alla prova della difesa tra norme penali e codice di rito*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991.

PANNAIN R., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, UTET, Torino, 1953;

PANSINI C., *La rinnovata difesa d’ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

PANSINI G., *Nessuna sanzione processuale per il mancato attivarsi del p.m. in favore dell’indagato*, in *Dir. pen. proc.*, 1997.

PAOLOZZI G., *Fase prodromica della difesa ed efficacia degli elementi di prova*, in AA. VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.

PAOLOZZI G., *Fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in AA. VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.

PARLATO L., *Irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine difensiva ed impossibilità di darne lettura in dibattimento*, in *Cass. pen.*, 2000.

PARLATO L., *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001.

PAULESU P. P., *Una sentenza ambigua in tema di indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 1998.

PECORELLA G., *Il difensore e la sua posizione nel procedimento penale di fronte alla nuova legge*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. GREVI, Milano, 1996.

PECORELLA G., *La deontologia del "nuovo" avvocato. L'inchiesta "parallela"*, in *Cass. pen.*, 1989.

PECORELLA G., *La garanzia del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.

PECORELLA, *La deontologia del nuovo avvocato: l'inchiesta parallela*, in *Cass. Pen.*, 1989.

PERCHINUNNO V., *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in AA. VV., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di G. Vassalli*, II, Milano, 1991.

PERONI F., *Commento all'art. 38 disp. att. c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato a M. CHIAVARIO, III Agg., Torino, 1998.

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

PERONI F., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.

PERONI F., *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giur. cost.*, 2002.

PERONI F., *Le indagini difensive: tra problematiche attuali e istanze di riforma*, in *Cass. pen.*, 1998.

- PICCIALLI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007.
- PIERRO G., *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIII, Torino, 1997.
- PISA P., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (II). Modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- PISANI M. – GALANTINI N., *La fase preparatoria del processo penale nel progetto Delmas – Marty e le recenti modifiche del code de procédure pénale*, II ed., Bologna, 1994.
- PISANI M., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in *Foro it.*, 1966, V.
- PISAPIA G. D., *Il codice di procedura penale: cinque anni dopo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995.
- PISAPIA G. D., *Modifiche al codice di procedura penale: un decreto molto discusso*, in *Corr. giur.*, 1992.
- PISAPIA, *Ma Perry Mason non abitò mai qui – Finzione e realtà del processo accusatorio*, in *Il sole 24 ore*, 15 Settembre 1993.
- PISTOCHINI A., *Natura e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 1997.
- PITTARO P., *L'ordinamento italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 1987, IV.
- PIZIALI G., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (II). Utilizzo dei risultati delle indagini*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- PIZIALI G., *Primi orientamenti sulle “nuove” indagini difensive*, in *Ind. pen.*, 1996.
- PIZIALI G., *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in *AA. VV.*, *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.
- PRESUTTI A., *Indagini difensive e “parità delle armi”*, in *AA. VV.*, *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Milano, 2000.
- PRESUTTI A., *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991.

- PRIOTTI G., *Le investigazioni difensive: la conclusione di una storia infinita*, in *Quest. giust.*, 2001.
- PROCACCINO A., *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.
- PULEIO F., *Sulla facoltà del difensore di redigere verbali d'informazione testimoniali*, in *Giust. pen.*, 1998, III.
- QUAGLIERINI C., *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in *Cass. pen.*, 1993.
- RAIMONDI G., *La Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 nel quadro della protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Cass. pen.*, 2002..
- RAMAJOLI S., *Acquisizione e impiego, da parte del difensore, di informazioni testimoniali raccolte a mezzo di registrazione magnetofonica*, in *Giust. pen.*, 1991, III.
- RAMAJOLI S., *Le indagini difensive e l'art. 38 disp. att. c.p.p. di nuova fattura*, in *Giust. pen.*, 1996.
- RANDAZZO E., *Casi e quesiti*, in *AA. VV., Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001.
- RANDAZZO E., *Deontologia e tecnica del penalista*, in *Unione delle Camere Penali Italiane – Centro studi A. Marongiu, Giuffrè, Milano, 2005.*
- RANDAZZO E., *Le indagini difensive nel sistema normativo*, in *Cass. pen.*, 1994.
- RANDAZZO E., *Per un corretto funzionamento del processo sedici articoli operativi dal 15 maggio 2001*, in *Guida dir.*, 2001, n. 23.
- RANDAZZO E., *Rapporto tra indagini difensive e codici deontologici*, in *AA. VV., Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.
- RANDAZZO E., *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1.
- RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

RAVAGNAN L., *Difensore pubblico ufficiale? “Il difensore non è mai un p.u. quando raccoglie la prova”*, in *Riv. pen.*, 2001, n. 1.

RICCIO G., *Le “investigazioni difensive” tra compiti di preparazione della prova e vocazioni di alternativa alle indagini del p.m.*, in *Pol. dir.*, 1998.

RIVELLO P. P., *Le modifiche all’acquisizione delle prove non mettono al riparo ai “guasti” del processo*, in *Guida dir.*, 1997, n. 32.

RIVIEZZO C., *Art. 22: l’esercizio del diritto alla prova dei difensori*, in *Custodia cautelare e diritto di difesa*, a cura di C. RIVIEZZO, Milano, 1995.

RIZZO A., *Manuale pratico delle intercettazioni. Aspetti giuridici e profili operativi*, ed. *Experta*, Forlì, 2002.

ROMBI N., *L’indagine suppletiva del difensore*, in *AA. VV., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.

ROMBI N., *Nel fascicolo per il dibattimento gli atti irripetibili del difensore*, in *AA. VV., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.

ROSSI G., *Indagini difensive, luci ed ombre della nuova (incerta) disciplina*, in *Dir. e giust.*, 2004, n. 2.

RUGGERI S., *“Accertata impossibilità di natura oggettiva” ed irripetibilità degli atti: qualche spunto per una ricostruzione verfassungskonform*, in *Giur. it.*, 2002.

RUGGIERI F., *La difesa d’ufficio*, in *AA. VV., Processo penale. Il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2001.

RUGGIERI F., sub *art. 222*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO – O. DOMINIONI, *Appendice. Norme di coordinamento e transitorie*, a cura di G. UBERTIS, Milano, 1990.

RUGGIERO F., *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2004.

RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003.

SALUZZO F., *Il dibattito sulle investigazioni difensive. II) Il punto di vista di un magistrato*, in *Dir. pen. proc.*, 1995.

- SANTALUCIA G., *Il verbale di Perry Mason: atto pubblico*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 37.
- SANTALUCIA G., *Persona offesa e attività investigativa*, in *Giust. pen.*, 2001, III.
- SCALFATI A., *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova" dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2002.
- SCALFATI A., *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995.
- SCAPARONE M., *Commento all'art. 24, secondo comma*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di G. BRANCA, 1981.
- SCAPARONE M., *Indagini difensive e falso in atto pubblico*, in *Quest. Giust.*, 2003.
- SCAPARONE M., *La testimonianza indiretta dei funzionari di polizia giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1992.
- SCELLA A., *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993.
- SIRACUSANO D., *Lunga marcia del contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 45.
- SPANGHER G., *I profili soggettivi*, in *AA. VV., Le indagini difensive*, Milano, 2001.
- SPANGHER G., *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000.
- SPANGHER G., *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocatura può vincere*, in *Corr. giur.*, 2001.
- SPANGHER G., *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I). Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- SPANGHER G., *Pluralità di imputazioni e trasmissione degli atti al tribunale del riesame*, in *Cass. pen.*, 2003.
- SPANGHER G., *Revisione*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XII, Torino, 1997.
- STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005.

STEFANI E., *Manuale delle indagini difensive nel processo penale – Aspetti teorico pratici di investigazione privata, utilizzabilità processuale degli atti*, Giuffrè, Milano, 1994.

SURACI L., *Le indagini difensive*, Torino, Giappichelli, 2014.

TESORIERO S., *I poteri investigativi del difensore in occasione dell'accesso ai luoghi*, in *Cass. pen.*, 2007.

TODARO G., *Note in tema di “provata condotta illecita” ai sensi dell'art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2009.

TONINI P. – FOCARDI F., *Utilizzabili nel procedimento cautelare le dichiarazioni raccolte dal difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.

TONINI P., *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.

TONINI P., *Commento all'art. 22 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *AA. VV., Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995.

TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.

TONINI P., *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2001.

TONINI P., *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del “giusto processo”*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

TRAMONTANO L., *Il codice di procedura penale spiegato*, Piacenza, Ed. Tribuna, 2004.

TRANCHINA G., *L'intervento dell'organo giurisdizionale durante lo svolgimento delle attività di indagine*, in *SIRACUSANO – GALATI – TRANCHINA – ZAPPALÀ, Diritto processuale penale*.

TRANCHINA G., *L'investigazione difensiva*, in *SIRACUSANO – GALATI – TRANCHINA – ZAPPALÀ', Diritto processuale penale*, Milano, 2004.

TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, Milano, 2003.

- TROIANI M., *L'indagine difensiva nel processo penale*, in *Studium iuris*, 1996.
- UBERTIS G., *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. III, Torino, 1989.
- UBERTIS G., *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994.
- UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003.
- UBERTIS G., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.
- UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000.
- UBERTIS G., *Prova e contraddittorio*, in AA. VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Caserta, 12-14 ottobre 2001)*, Milano, 2003.
- VALLINI A., *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.
- VANNI R., *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989.
- VARRASO G., *Indagini difensive, giudizio abbreviato e diritto alla "prova contraria"*, in *Cass. pen.*, 2006.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968.
- VENDITTI P., VENDITTI G., *Le investigazioni private*, ed. Altagamma, Milano, 2006.
- VENTURA P., *Accertamenti irripetibili, no al difensore*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 35.
- VENTURA P., *Falsa documentazione di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2002.
- VENTURA P., *Il verbale delle dichiarazioni rese non va nel fascicolo dell'avvocato*, in *Guida dir.*, 2007, n. 28, p. 69.

VENTURA P., *Indagini difensive e qualifica giuridica del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.

VENTURA P., *Le indagini difensive*, Giuffrè, Milano, 2005.

VENTURA P., *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, vol. XXVII.2, diretto da G. UBERTIS e G. P. VOENA, Milano, 2005.

VENTURA P., *Una diversa interpretazione favorirebbe la presentazione di richieste dilatorie*, in *Guida dir.*, 2007, n. 14.

VESSICHELLI M., *Investigazioni difensive e falsità*, in *Cass. pen.*, 2006.

VIGNA P. L., *Il pubblico ministero e la sua posizione nel procedimento di fronte alla nuova legge*, in *AA. VV., Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. GREVI, Milano, 1996.

VOENA, *La "prova privata": Le indagini del difensore e la loro utilizzabilità*, relazione svolta all'incontro di studio del CSM sul tema "La prova penale" svoltosi a Frascati in data 6–8 Novembre 1995.

ZACCHÈ F., *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 2002.

ZACCHÈ F., *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004.

ZAFFALON E., *Nella documentazione delle indagini difensive il difensore è pubblico ufficiale*, in *Giur. merito*, 2004.

ZANCAN G. P., *Problemi della difesa con particolare riferimento ai profili delle investigazioni private*, in *Quad. C.S.M.*, 1989, n. 82.

ZANCAN, *Problemi della difesa con particolare riferimento ai profili delle investigazioni private*, in *Quad. CSM*, 1990, n. 32.

ZANOTTI C. M., *La nuova disciplina concernente l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, informatico e telematico: diritto alla privacy e dovere di indagini*, in *Il Foro Ambrosiano*, 2004, fasc. 3.

ZAPPALÀ E., *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1998.

49. Monografie americane.

BINDER D. A., PRICE S., *Legal interviewing and counseling*, West Pub Co., Minnesota, 1977.

BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure – The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006.

BRIAN A. G., *Black's Law Dictionary*, Deluxe Eight Edition, Thompson West, St. Paul (MN), 2004.

FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007.

FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007.

GROSS S. R., *Expert evidence*, in Wisconsin L. R., 1991.

KAPLAN J., WEISEMBERG R., BINDER G., *Criminal Law – Cases and materials*, Aspen Publishers, New York, 2008.

MORGAN T., ROTUNDA R., *Model code of professional responsibility and other selected standards on professional responsibility*, New York, Mineola, 1984.

MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules – Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008.

MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008.

SIEGEL B. N., *Criminal Law*, Aspen Publishers, New York, 1998.

STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law – CrunchTime*, Aspen Publishers, New York, 2007.

STORM M., CARPI F., *In Honorem, Mauro Cappelletti. Tribute to an International Procedural Lawyer*, Aspen Publishers, Frederick, MD, 2005.

WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008.