

APPUNTI IN TEMA DI:

Pubblico Ministero e difensore durante la fase delle indagini preliminari.

Nel sistema accusatorio la dialettica (del tutto mancante in quello inquisitorio) tra la parte accusatrice e quella accusata diviene di grande importanza.

Al PM spetta il compito di raccogliere le prove, presumibilmente, a carico dell'imputato per fondare, se sussistente, l'accusa in giudizio; al giudice spetta il ruolo di valutare, in posizione di assoluta terzietà, quelle prove (l'accusa) e la confutazione delle stesse (difesa).

Il processo diventa pubblico e orale contraddistinto dalla libertà personale della persona accusata sino al momento della irrevocabilità della sentenza di condanna.

Sia la funzione del PM che quella del difensore sono legate alla rinnovazione del ruolo delle indagini preliminari nel sistema accusatorio.

Il difensore assume una connotazione nuova, passando da una figura prevalentemente passiva a quella di soggetto attivamente incaricato di far valere la posizione e gli interessi del proprio cliente.

L'art. 38 disp. Att. C.p.p. – Facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova – è stato modificato significativamente dalla L. 08.08.1995 n. 332, con l'aggiunta di due commi: il 2 bis e il 2 ter. Grazie a tali innovazioni al difensore spettava una nuova significativa facoltà, quella cioè di presentare direttamente al giudice gli elementi probatori ritenuti rilevanti ed ottenere di conseguenza l'inserimento della documentazione nel fascicolo delle indagini preliminari.

Il citato art. 38 disp. Att. C.p.p. è stato abrogato dall'art. 23 della L. 7.12.2000 n. 397, che ha introdotto gli artt. 391 bis e seguenti c.p.p., ossia le investigazioni difensive.

La Legge 16.12.1999 n. 479 ha introdotto l'art. 415 bis c.p.p., ossia l'obbligo per il p.m. di far notificare l'avviso di conclusione delle indagini preliminari prima della scadenza del termine. Questo allo scopo di consentire la discovery degli atti alla conclusione delle indagini preliminari e prima dell'esercizio dell'azione penale. La legge del 1999 ha preparato il terreno all'introduzione delle indagini difensive, ridimensionando il ruolo del p.m. rispetto al difensore.

In definitiva quello che emerge chiaro è che vi è stata una riconfigurazione integrale del sistema processualpenalistico nella sua fase più importante: quella delle indagini, con un ridimensionamento del ruolo del p.m. e con un difensore

forte di prerogative nuove nell'ottica di una sfida che è quella di realizzare il massimo garantismo.

QUANDO PM E DIFENSORE SI INCONTRANO:

Il rapporto con il cliente può sorgere fondamentalmente per due cause: la prima è la nomina fiduciaria, la seconda è la nomina quale difensore d'ufficio. In tale seconda ipotesi il rapporto può essere anche solo virtuale come nei casi in cui il cliente sia irreperibile o, nonostante le sollecitazioni, esso non prenda contatto con lo studio dell'avvocato.

In tutti quei casi in cui difetta il rapporto tra difensore e cliente, il difensore d'ufficio si trova ad operare in assenza di quelle preziose informazioni che solo il cliente è in grado di offrire.

La casistica relativa al rapporto tra difensore d'ufficio e cliente è quanto mai varia: si va dall'ipotesi più estrema (purtroppo oggi giorno non infrequente) del cliente "virtuale", cioè quello che risulta solo sull'atto notificato al difensore ma che non ha mai preso contatto con il medesimo, a quello del soggetto irreperibile, per il quale il difensore può impostare la propria difesa sulla base di ciò che risulta dagli atti del procedimento, a quella del cliente conosciuto.

Nei primi casi, la copia degli atti del fascicolo ed il relativo approfondimento rappresentano gli unici strumenti che il difensore d'ufficio ha a disposizione per un'eventuale strategia difensiva in assenza di indicazioni del cliente.

Una situazione diversa, ma che può comunque essere difficile, si ha quando il cliente rende edotto il difensore della propria situazione nell'immediatezza della notifica del primo atto a suo carico. In tale caso il difensore dovrà sfruttare al massimo l'occasione per carpire il maggior numero delle informazioni utili ai fini della strategia difensiva.

Di seguito verranno riportate le più importanti e significative "occasioni" che generano il contatto tra difensore d'ufficio (o difensore di fiducia) e assistito durante la fase delle indagini preliminari.

In tutte quelle eventualità il difensore d'ufficio ed il cliente vengono reciprocamente a conoscere i rispettivi nominativi, senza che ciò ovviamente significhi che abbia luogo un vero e proprio contatto tra gli stessi.

In ogni caso, una volta che il difensore d'ufficio viene a conoscenza della propria nomina e prescindendo da un eventuale contatto con l'assistito, è opportuno che invii al cliente una missiva mediante raccomandata (tale opportunità si ravvisa anche in caso di decreto penale di condanna) con la quale specificare:

- la propria designazione;

- i riferimenti del procedimento penale (autorità giudiziaria e numero del procedimento);
- l'invito a prendere contatto;
- l'invito all'informativa in caso di nomina di difensore di fiducia;
- l'avvertimento dell'obbligo di retribuzione del difensore d'ufficio.

L'obbligo di adempiere al mandato difensivo imposto senza possibilità di rinuncia costituisce una delle peculiari caratteristiche della difesa d'ufficio e nel contempo è fonte di rilevanti problemi pratici.

Il difensore d'ufficio, infatti, può scontrarsi spesso con realtà e situazioni particolarmente ostiche e di difficile gestione.

Nel rapporto fiduciario tale situazione non costituisce fonte di particolare preoccupazione in quanto il meccanismo operativo della rinuncia al mandato rappresenta un efficace strumento di rimozione di situazioni difficili.

Nella difesa d'ufficio, per contro, il difensore si trova a dover gestire tali situazioni senza la possibilità di ricorrere alla rinuncia al mandato.

E' pur vero che il legislatore ha considerato l'ipotesi di sostituzione del difensore d'ufficio per giustificati motivi ai sensi dell'art. 97 comma 5 c.p.p. e dell'art. 30 comma 3 disp.att. c.p.p., ma l'eccezionalità della norma pone problemi di ordine pratico circa l'individuazione delle concrete ragioni che potrebbero spingere il difensore d'ufficio ad una scelta di tale tipo.

Ovviamente non è possibile individuare tutte le singole situazioni che potrebbero dare adito al ricorso all'art. 97 comma 5 c.p.p.; certamente è possibile individuare due categorie di motivi che in teoria potrebbero giustificare una sostituzione: a) un irrisolvibile conflitto professionale tra difensore d'ufficio e assistito; b) una situazione di pericolo per l'incolumità del difensore stesso.

In presenza di una di tali situazioni, sarebbe buona cosa che il difensore d'ufficio non solo si limitasse a presentare richiesta formale scritta di sostituzione, ma si offra personalmente di discutere con il PM del contenuto di tale richiesta.

Ciò per la maggiore chiarezza per entrambe le parti, ma anche per una maggiore considerazione professionale del richiedente agli occhi di chi sarà chiamato a stabilire la reale portata delle ragioni sottese alla richiesta.

Ovviamente potrà capitare che il difensore d'ufficio (in particolare quello alle prime armi) utilizzi tale strumento per "sfuggire" da casi scomodi; in tali situazioni, tuttavia, non solo non è possibile ricorrere alla richiesta di sostituzione, ma un tale comportamento dovrebbe essere seriamente censurato in sede disciplinare.

Nulla vieta all'AG di rigettare una richiesta di sostituzione non adeguatamente motivata e giustificata nella considerazione che l'istanza ex art. 97 comma 5 c.p.p. non comporta l'automatismo della sostituzione.

Breve descrizione della iscrizione della notizia di reato: registro noti / ignoti / G.d.P / atti non costituenti notizia di reato / registro anonimi.

A) ATTI URGENTI: ATTIVITA' DEL P.M. E DEL DIFENSORE D'UFFICIO.

Rientrano nelle principali iniziative del PM che determinano un "contraddittorio di indagine" con il difensore:

- invio dell'informazione di garanzia e di difesa ex artt. 369 e 369 bis c.p.p.

Le attività di indagine sono normalmente coperte da segreto (art. 329 c.p.p.): ciò comporta che la persona sottoposta alle indagini preliminari può non essere a conoscenza del procedimento a suo carico.

Solo quando l'AG deve compiere un atto al quale il difensore dell'indagato ha diritto di assistere (c.d. atti garantiti), il PM dovrà inviargli un'informazione di garanzia, contenente l'indicazione sommaria dell'addebito provvisorio;

sono atti garantiti: **l'interrogatorio, l'ispezione, il confronto.**

L'informazione di garanzia deve contenere la sommaria indicazione del reato (data, luogo del fatto, norme violate) e l'invito a nominare un difensore di fiducia. Qualora l'indagato non provveda il PM nomina un difensore d'ufficio.

La persona indagata, nei medesimi casi in cui è prevista l'informazione di garanzia, deve essere informata in modo dettagliato dei suoi diritti e delle sue facoltà esercitabili nel corso delle indagini preliminari, in particolare con riguardo alla difesa tecnica e ciò avviene mediante la notifica dell'informazione sul diritto di difesa ex art. 369 bis c.p.p., introdotto con la L. 60/2000.

In tema di "informazione di garanzia" ex art. 369 c.p.p. e "informazione alla persona sottoposta alle indagini sul diritto alla difesa" ex art. 369 bis c.p.p., va precisato che mentre la prima deve essere emessa, sia pure non necessariamente prima ma anche contestualmente, quando si procede ad un "atto a sorpresa", la seconda (la cui omissione è espressamente sanzionata con la nullità degli atti successivi) deve esserlo prima dell'invito a rendere interrogatorio o, comunque, prima del compimento di un atti di indagine cui il difensore abbia diritto di assistere (Cass. Pen. Sez. III 7.12.2001 n. 44022).

La nullità di cui si è detto è una nullità a c.d "regime intermedio", prevista dall'art. 180 c.p.p. e, come tale, soggetta al regime della deducibilità e delle sanatorie di cui agli artt. 182 e 183 c.p.p. (va eccepita dall'indagato o dal difensore, pur presenti all'interrogatorio, durante l'interrogatorio o subito dopo il compimento dell'atto) (Trib. Torino 10.11.2001).

In questo ambito va ricordato lo svolgimento di atti di **ispezione ex art. 244 c.p.p.** con la partecipazione dell'indagato e dove è previsto in ogni caso l'avviso al difensore dell'indagato almeno 24 ore prima del compimento dell'ispezione (fatta salva l'omissione per assoluta urgenza al fine di non disperdere le tracce di reato ex art. 244 comma 5 c.p.p.);

si ricorda che l'avviso può essere fatto anche a mezzo fax ex art. 148 comma 2 bis c.p.p..

La PG, in sede di accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone ex art. 354 c.p.p., può procedere all'ispezione personale ?

Cosa deve suggerire il difensore d'ufficio in un caso del genere?

Ex art. 354 comma 3 c.p.p. è fatto divieto alla PG di procedere, di iniziativa, all'ispezione personale; può essere delegata dal PM e deve essere eseguita nel rispetto del quanto previsto ex art. 245 c.p.p. (*l'ispezione è eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto*).

Va ribadita l'importanza di un corretto contraddittorio in fase di ispezione su particolari beni oggetto di acquisizione con sequestro o con ordine di esibizione ex art. 256 c.p.p., quale il materiale ed i supporti informatici dopo l'eventuale preventiva attività di accertamento urgente ed assicurazione della fonte informatica da parte della PG secondo le procedure dettate dall'art. 254 c.p.p. comma 2.

Trattasi di un atto irripetibile che va inserito nel fascicolo del dibattimento ex art. 431 comma 1 lett. b) c.p.p..

Esempio di ispezione:

trattasi di un caso di omicidio avvenuto in Provincia di Udine, dove la persona asseritamente responsabile del fatto si è presentata ai Carabinieri, confessando di avere poco prima aggredito con un coltello un uomo;

ai fini della individuazione e raccolta degli elementi di prova a carico del soggetto che si era costituito, era necessario – tra l'altro – procedere ad ispezione personale dello stesso al fine di verificare la presenza di segni di colluttazione o altro che potesse avere rilevanza per la costruzione del quadro probatorio.

Trattandosi di atto garantito, è stato prontamente nominato un difensore d'ufficio – in assenza di nomina di fiducia – e si è proceduto all'ispezione peraltro ai sensi dell'art. 360 c.p.p. con nomina di un medico – legale quale consulente tecnico del PM;

Quale strategia / attività investigativa avrebbe potuto adottare il difensore d'ufficio in questo caso?

Il caso in questione risulta abbastanza "agevolato" sotto l'aspetto strategico, atteso che il PM ha attivato una consulenza tecnica "garantita" ex art. 360 c.p.p., che comporta la possibilità per il difensore di affiancare un consulente tecnico di parte.

Tuttavia, non devono intendersi esaurite le possibilità "d'azione" del difensore, il quale infatti potrà sin da subito attivare le investigazioni difensive, procedendo nei termini e nei modi di cui si dirà in seguito.

Esempio di ispezione personale ex art. 245 c.p.p.:

il corriere di sostanza stupefacente che trasporta cocaina previamente ingerita in forma di ovuli;

l'ecografia è ispezione ?

No, perché rientra nei c.d. rilievi sulla persona, ammissibili in quanto riguardano solo le parti scoperte, con esclusione delle cavità dell'epidermide (Cordero);

Il provocare l'espulsione naturale (con le feci) degli ovuli ingeriti rappresenta un'ispezione o un altro atto garantito?

No, perché non è un ingerenza sul fisico del soggetto; il soggetto cioè si deve autonomamente determinare ad ingerire sostanze che possono provocare l'evacuazione.

Eventuali accertamenti da effettuarsi nelle cavità del corpo, per esempio nella vagina della donna, sono ispezioni?

Quali diritti spettano all'indagato? Il difensore va previamente avvisato?

La risposta è sì, trattandosi di una vera e propria ispezione.

L'accertamento dei residui di polvere da sparo sul corpo di una persona è atto di ispezione personale?

Secondo la giurisprudenza sì (Cass. Pen. Sez. I 9.2.1993 n. 125); tuttavia, personalmente, tale accertamento lo farei con le forme della consulenza tecnica ai sensi dell'art. 360 c.p.p., potendosi – tra l'altro – considerare tale atto come irripetibile (così ha proceduto il PM nel caso dell'omicidio di Manzano, dove per l'effettuazione di tale accertamento è stata disposta l'immediata iscrizione nel fascicolo delle NR del convivente Calligaro ed è stata notificata l'informazione di garanzia ex artt. 369 e 369 bis c.p.p.).

Viene, altresì, contemplata l'ipotesi di omissione di detto avviso, allorché il PM procede a ispezione e vi è fondato motivo di ritenere che le tracce del reato o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterate; in tal caso comunque è fatta salva la facoltà del difensore di intervenire.

A pena di nullità il PM deve specificare i motivi della deroga e le modalità dell'avviso (364, comma 6 c.p.p.).

Anche la difesa può eseguire ispezioni dello stato dei luoghi e delle cose, provvedendo poi alla loro descrizione o ad eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici ed audiovisivi?

Sì, ex art. 391 sexies e septies c.p.p.

In caso di accertamenti tecnici irripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al PM per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'art. 360 c.p.p.

La documentazione dell'accesso ai luoghi, quando il PM ha esercitato la facoltà di assistere, è inserita nel fascicolo del difensore del PM e ad esso si applica l'art. 431 lett. c) c.p.p..

INTERROGATORIO DELL'INDAGATO:

è al tempo stesso un *atto di indagine* ed uno *strumento di difesa*.

Quale significato potrà avere l'interrogatorio promosso dal PM durante la fase delle indagini preliminari?

Quali potranno essere le scelte del difensore d'ufficio in presenza di un invito a rendere interrogatorio?

Ovviamente il difensore d'ufficio, nominato all'uopo, si troverà innanzi ad una situazione sconosciuta, sia sotto l'aspetto delle indagini che sotto quello del cliente; situazione difficile da gestire al momento, soprattutto nei casi in cui difetta un congruo tempo di preavviso rispetto al compimento effettivo dell'atto.

Quali saranno le scelte più opportune da fare?

Dal punto di vista del PM, la risposta è abbastanza obbligata, ossia, in una situazione del genere, è opportuno "sfruttare" l'occasione che viene offerta e accettare di sottoporsi all'interrogatorio, quantomeno allo scopo di chiarire la propria posizione e di adottare le migliori strategie difensive per scongiurare provvedimenti cautelari, riservandosi – eventualmente – di prendere posizione riguardo al coinvolgimento di terze persone.

Va anche precisato che nell'eventualità suddetta il PM ha l'obbligo, oltre che di precisare i reati per i quali procede (ipotesi di reato, data e luogo del fatto), di rendere noti gli elementi di prova a carico dell'indagato, posti a supporto dell'ipotesi di reato contestata; va anche chiarito che tale discovery può essere anche parziale, limitata cioè a quegli atti necessari ed utili al fine della formulazione delle domande.

Quindi, l'accusa può ritenere utile – al fine di un corretto orientamento delle indagini da svolgere – porre delle domande al soggetto sottoposto alle indagini; dall'altra parte, attraverso l'interrogatorio, l'interessato può far valere le proprie ragioni, difendendosi dalle accuse.

E' un atto garantito che deve quindi essere preceduto dall'informazione di garanzia ex art. 369 c.p.p. e dall'informazione sul diritto di difesa ex art. 269 bis c.p.p.

Le regole dell'interrogatorio sono contemplate nell'art. 64 c.p.p. e riflettono l'esigenza di tutelare la libertà e la dignità della persona, pretendendo che la stessa:

- compaia libera davanti al giudice;
- non sia sottoposta a pressioni o suggestioni o a metodi alternativi per far riaffiorare la memoria (p.es. l'ipnosi);
- sia resa consapevole delle sue facoltà (ovvero il diritto al silenzio e anche il diritto a mentire) e dei suoi doveri (quali l'assunzione della veste di testimone per le dichiarazioni relative a terzi).

Prima dell'interrogatorio l'indagato deve essere avvertito a norma dell'art. 64 c.p.p..

L'interrogatorio può svolgersi nelle seguenti fasi del procedimento penale:

- svolto dal pm.:
 - a) invito a presentarsi (art. 375 c.p.p.)
 - b) in sede di arresto (art. 388 c.p.p.);
 - c) presentazione spontanea (art. 374 c.p.p.)

d) al termine delle indagini preliminari ex art. 415 bis c.p.p.

IN ALTRI CASI, è lo stesso difensore (o direttamente l'indagato) che amplia il fronte dei collegamenti con l'indagine del PM e questo avviene nei seguenti casi:

- *presentazione di memorie e richieste scritte da parte del difensore al PM ai sensi dell'art. 367 c.p.p.;*
- *presentazione spontanea dell'indagato ex art. 374 c.,p.p.;*
- *investigazioni difensive ex art. 391 bis c.p.p. e seguenti.*

CON IL GIP (ma non con il PM) nei casi di richiesta di incidente probatorio ex art. 392 c.p.p. ovvero di richiesta al PM ex art. 394 c.p.p. da parte del difensore della persona offesa diretta a sollecitare il PM alla presentazione di una richiesta di incidente probatorio.

- *svolgimento di atti irripetibili (perquisizioni e sequestri ex artt. 253-255 C.p.p – atti ai quali il difensore ha diritto di assistere senza avviso ex art. 365 c.p.p.)*

Le perquisizioni sono disciplinate dagli artt. 247 e ss. c.p.p. (perquisizioni disposte dal pm) e dall'art. 352 c.p.p. (perquisizioni eseguite di iniziativa dalla pg) ed è previsto il diritto per il difensore di assistere senza avviso; il pm, quindi, quando procede ad atti di perquisizione (247 ss) o sequestro (artt. 253 e ss. c.p.p.) chiede alla persona sottoposta alle indagini, che sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, qualora ne sia priva, ne designa un difensore d'ufficio a norma dell'art. 97 comma 3 c.p.p.;

il pm quindi, in concreto, oltre al decreto di perquisizione fa notificare all'indagato anche l'informazione di garanzia e l'informazione sul diritto di difesa di cui agli artt. 369 e 369 bis c.p.p., dove è indicata l'ipotesi di reato per la quale si procede, con breve descrizione del fatto reato e l'oggetto da ricercare.

Trattasi di un atto irripetibile che va inserito nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431 comma 1 lett. b) c.p.p..

Alcune particolarità:

- la mancata partecipazione dell'interprete alle perquisizioni riguardanti stranieri che non conoscano la lingua italiana, non produce nullità alcuna, ma influisce esclusivamente sulla decorrenza iniziale del termine per l'impugnazione della eventuale successiva misura cautelare, dovendo l'imputato rendersi conto, a tali fini, dell'atto compiuto e dei conseguenti diritti di difesa (Cass. Pen. Sez III 24.6.2009 n. 39014);
- i verbali di perquisizione e sequestro operati dalla pg, ancorché non trasmessi al pm entro i termini di legge ai fini della convalida, sono pienamente utilizzabili ai fini della prova dei fatti contestati e ai fini della formulazione del libero convincimento del giudice (Cass. Pen. Sez II 24.06.2009 n. 39014);

- la perquisizione ex art. 103 DPR 309/90 si differenzia da quella di iniziativa della PG disciplinata dal c.p.p. per il fatto che non presuppone l'esistenza di una notizia di reato e rientra tra le attività di carattere preventivo, ma al pari di quella, seppur eseguita illegittimamente, non rende illegittimo l'eventuale sequestro della sostanza stupefacente e delle altre cose pertinenti al reato, all'esito rinvenute (Cass. Pen. Sez. IV 6.5.2009 n. 26668);
- in tema di mezzi di ricerca della prova, una volta che sia stata legittimamente disposta la perquisizione locale, la riservatezza dell'indagato subisce una compressione che include necessariamente, anche in assenza di espressa indicazione nel provvedimento del magistrato, il sacrificio derivante dalla documentazione fotografica delle operazioni esecutive e dei luoghi in cui esse si sono svolte; l'esecuzione delle perquisizioni, infatti, implica e comprende per definizione l'attività di ispezione e di documentazione e la fotografia, mezzo tecnico idoneo a fissare ed a prolungare la visione, altro non è che una modalità in cui esprimersi la doverosa descrizione dei luoghi perquisiti (Cass. Pen. Sez. II 12.06.1997 n. 3513);
- in punto di motivazione del provvedimento: al fine di evitare che i provvedimenti di sequestro e perquisizione si trasformino in strumenti di ricerca della notizia criminis, è necessario che essi individuino, almeno nelle linee essenziali, gli oggetti da sequestrare con riferimento a specifiche attività illecite, onde consentire che la perquisizione e il conseguente sequestro siano eseguiti non sulla base di semplici congetture, ma trovino giustificazione in concrete ipotesi di reato rinvenibili in fatti addebitati ad un determinato soggetto, e permettere, inoltre, la verifica, in caso di " cose pertinenti al reato", della sussistenza delle esigenze probatorie, ovvero, qualora tali esigenze siano "in re ipsa", della effettiva possibilità di qualificazione di "corpo del reato" e delle cose apprese, attraverso l'accertamento dell'immediatezza descritta dal secondo comma dell'art. 253 c.p.p. tra esse e l'illecito penale (Cass. Pen. Sez. IV 11.12.1998 n. 2882) ;
- l'invalidità del provvedimento di perquisizione non si trasferisce "sic et simpliciter" al sequestro; essa pertanto non determina l'inutilizzabilità, ai fini della prova delle cose rinvenute, che consegue alla violazione di precisi divieti normativi e non alla violazione delle modalità di assunzione della prova stessa, né la nullità del sequestro probatorio, ai sensi dell'art. 185 comma 1 c.p.p.. Siffatta nullità, invero, va esclusa, sia perché il rapporto tra perquisizione e sequestro si pone in termini di accertamento specifico di pertinenza al reato per ciascuna delle cose rinvenute e non di automaticità, sia perché l'art. 185 comma 4 c.p.p. sottrae esplicitamente le prove al regime di consequenzialità delle nullità (Cass. Pen. Sez. V 27.12.1995 n. 2793).
- Sopraggiunta l'elezione parlamentare dell'imputato nel corso del procedimento penale, non è più possibile emettere o eseguire provvedimenti di arresto o altri provvedimenti cautelari limitativi della libertà personale nel neoeletto, senza la previa autorizzazione della camera di appartenenza. Parimenti non è possibile emettere o eseguire provvedimenti di perquisizione e sequestro senza la stessa previa autorizzazione. Tuttavia, i provvedimenti di perquisizione o sequestro emessi ed eseguiti prima della elezione parlamentare (prima della proclamazione

del neoeletto) restano efficaci e utilizzabili, anche se non preceduti dalla autorizzazione della camera di appartenenza. (Cass. Pen. Sez. III 24.11.1999 n. 13484).

- **Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose, sulle persone. Sequestro** ART. 354 c.p.p.:

in tema di guida in stato di ebbrezza, il c.d. alcoltest, eseguito dall'agente accertatore, costituisce un atto urgente sullo stato delle persone disciplinato dall'art. 354 c.p.p., al quale il difensore può assistere in virtù dell'art. 356 c.p.p., senza diritto di essere previamente avvisato del compimento dell'atto. Di questa facoltà la persona sottoposta alle indagini deve essere avvisata (art. 114 disp. Att. Cp.p.), ma non è a tal fine prevista la nomina di un difensore di ufficio.

Se difetta l'avvertimento si verifica una nullità a regime relativo, che deve ritenersi sanata se non dedotta prima del compimento dell'atto oppure, se questo non è possibile, immediatamente dopo il compimento dell'atto al quale la parte ha partecipato, ai sensi dell'art. 182 comma 2 c.p.p.; è tuttavia vero che si discute della natura di tale nullità, ossia se trattasi di nullità a regime intermedio: non più di qualche mese fa la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sul punto, ma non lo ha fatto perché ha ritenuto inammissibile il ricorso. La questione giuridica quindi è ancora aperta.

Ai fini della valutazione di tempestività dell'eccezione di nullità del sequestro per omesso avviso, da parte della pg all'interessato, della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia - eccezione che va formulata prima del compimento dell'atto ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo - si deve avere riguardo al termine di cinque giorni previsto dall'art. 366 c.p.p., decorrente dalla data del predetto compimento. (Cass. Pen. Sez. I 4.2.2010 n. 8107).

In tema di sequestro preventivo, non è prevista da alcuna disposizione di legge l'obbligo del previo avviso al difensore di fiducia dell'indagato della esecuzione del sequestro disposto dal giudice, né sussiste obbligo per la pg di avvisare l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, posto che le norme degli artt. 256 e 364 c-p.p. e 114 disp. att. c.p.p., che prevedono tale avviso per il sequestro probatorio, non trovano applicazione nell'ipotesi di sequestro preventivo (Cass.Pen. Sez. IV 16.07.2009 n. 42512).

Per quanto riguarda le garanzie difensive circa il compimento delle attività di cui all'art. 354 c.p.p., occorre ricordare che l'art. 356 c.p.p. prevede espressamente che il "difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini (e quindi non anche quello della persona offesa) ha facoltà di assistere, senza diritto di essere previamente avvisato.

Sul punto la Corte di Cassazione ha chiarito che i verbali degli accertamenti e dei rilievi eseguiti ex art. 354 comma 2 c.p.p. dagli ufficiali di PG al fine di conservare le tracce del reato, possono essere acquisiti nel fascicolo del dibattimento a

norma dell'art. 431 lett. b) c.p.p. ed essere regolarmente utilizzati ai fini della decisione, a nulla rilevando il mancato avviso al difensore in quanto trattasi di atti irripetibili e per di più a sorpresa, per i quali il difensore ha solo il diritto di assistere ma non di essere previamente avvisato (Cass. Pen. Sez. I 2.12.1999 n. 5624).

Così come è stato deciso che l'attività di individuazione e rilevamento delle impronte dattiloscopico – papillari, risolvendosi in operazioni urgenti non ripetibili di natura meramente materiale, rientra nella disciplina dell'art. 354, comma 2 c.p.p. e non già in quella concernente gli accertamenti tecnici ex artt. 359 e 360 c.p.p..

Una disciplina in parte diversa riguarda le ispezioni, perquisizioni e sequestro presso gli uffici dei difensori di cui all'art. 103 c.p.p..

- **il prelievo coattivo di campioni biologici ex art. 359 bis c.p.p. (introdotto dall'art. 25 L. 30.6.2009 n. 85),**

attivabile anche dal PM in caso di urgenza con preventivo avviso al difensore in forza del richiamo del comma 2 dell'art. 224 bis a pena di nullità delle operazioni e della inutilizzabilità dei risultati;

ai sensi del primo comma e fermo quanto stabilito dall'art. 349 comma 2 bis c.p.p. in tema di identificazione della persona sottoposta alle indagini e di altre persone (dove è previsto che per il prelievo di capelli o saliva, in assenza del consenso dell'interessato, la pg procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, de pubblico ministero), *quando devono essere eseguite le operazioni di cui all'art. 224 bis e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste.*

Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'art. 224 bis c.p.p., provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa si rifiuti di sottoporvisi. Entro le quarantotto ore successive il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari la convalida del decreto e dell'eventuale accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto e comunque entro le 48 ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore.

L'art. 224 bis c.p.p. (inserito dall'art. 24 della L. 30.06.2009 n. 85) si riferisce alle perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, peli o mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del DNA o accertamenti medici e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito.

In tal senso si può procedere solo quando trattasi di delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o

della reclusione superiore nel massimo a tre anni e negli altri casi espressamente previsti dalla legge;

è previsto che venga dato avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia (art. 224 bis lett.d) e l'atto è nullo se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato.

- **lo svolgimento di accertamenti tecnici irripetibili ex art. 360 c.p.p.:**

di particolare rilievo sono gli accertamenti medico – legali, su tracce ematiche e biologiche e gli eventuali STUB; come si è visto, secondo la Cassazione, tali accertamenti potrebbero rientrare anche nelle ispezioni personali, atti garantiti.

In questo contesto rientra anche l'autopsia, che rappresenta un accertamento urgente e sicuramente irripetibile, da disporsi nell'immediatezza di un fatto – reato che abbia determinato la morte di una persona.

Frequenti sono i casi di autopsia e quasi sempre si procede con il difensore d'ufficio.

B) LE MISURE PRECAUTELARI:

ARRESTO IN FLAGRANZA – FERMO DEL PM /PG

SENTENZA S.U. CORTE CASS. 11.10.2010 n. 36121:

con tale sentenza le Sezioni Unite Penali hanno affermato la sussistenza del diritto del difensore del soggetto sottoposto ad arresto o fermo di accedere agli atti relativi alla richiesta di convalida e di contestuale applicazione di misura cautelare.

Con tale sentenza la Corte ha esaminato l'interrogatorio di garanzia in sede di atti cautelari (dove è prevista la discovery) e l'interrogatorio in sede di convalida; per quanto riguarda l'udienza di convalida, posta l'assenza di una previsione corrispondente a quella dettata per l'ordinario procedimento cautelare e considerati i termini ristretti ad horas in cui la stessa deve essere celebrata ai sensi dell'art. 13 Cost., le Sezioni Unite hanno rilevato l'impossibilità di replicare pedissequamente le regole sulla conoscenza degli atti da parte del difensore stabilite ai fini dell'interrogatorio di garanzia.

Ciononostante i giudici di legittimità hanno evidenziato come non possa essere trascurata la previsione dettata dall'art. 294, comma 1 c.p.p., a norma del quale il giudice è tenuto a procedere all'interrogatorio di garanzia, pena, altrimenti, la perdita di efficacia della custodia cautelare ex art. 302 c.p.p., salvo che all'interrogatorio non abbia già provveduto in sede di udienza di convalida del fermo o dell'arresto.

Orbene, a parere delle Sezioni Unite, la previsione che nel corso dell'udienza di convalida, il pubblico ministero indichi i motivi dell'arresto o del fermo, esponendo le richieste in ordine alla libertà personale, non appare sufficiente a qualificare

tale attività – meramente illustrativa – come esaustiva ai fini della conoscenza degli atti e dell'approntamento di una difesa effettiva.

Appare quindi opportuno assicurare agli avvocati copia degli atti. In tal senso ci si potrebbe attivare per introdurre una “prassi operativa” tra Procura della Repubblica e Ordine degli Avvocati.

Del resto il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. è inteso quale potestà di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo in modo che in ciascun processo – procedimento venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti.

Appena informato dell'arresto o del fermo, il difensore d'ufficio, qualora i tempi processuali lo consentano, dovrebbe recarsi in carcere prima dell'interrogatorio del PM o dell'udienza di convalida. Ove ciò non fosse possibile, è prassi comune la concessione da parte del giudice o del PM di qualche minuto al fine di poter conferire con l'assistito soprattutto per valutare la necessità o meno di sottoporsi all'interrogatorio oppure optare per la facoltà di non rispondere.

Ovviamente l'applicazione di una misura cautelare consente al difensore di mantenere il contatto con il cliente e quindi di svolgere in modo completo l'attività difensiva.

Un caso particolare in tema di soggetto arrestato è costituito dall'assistito straniero che non conosce la lingua italiana. Tale evenienza rappresenta una situazione piuttosto comune che richiede al difensore un supplemento di attività volta alla concreta possibilità di comunicare con l'assistito.

In tali casi, atteso l'obbligo di nomina di un interprete da parte del PM o del giudice, costituisce utile consiglio la richiesta al giudice della possibilità di usufruire dell'interprete già previamente nominato sia ai fini immediati dell'interrogatorio che per le future attività difensive.

Nulla vieta, infatti, di svolgere i successivi ed eventuali colloqui in carcere con l'assistenza dell'interprete, pena la grave violazione del diritto di difesa.

C) NELLA GESTIONE DELLE MISURE CAUTELARI:

In sede di richiesta di misura cautelare ex art. 291 c.p.p. da parte del PM, oltre alla completezza degli elementi a sostegno per cui il PM accetta la discovery parziale, è necessaria la completa allegazione e trasmissione degli elementi a favore dell'indagato; si deve trattare peraltro di atti di indagine che abbiano una rilevanza sostanziale per la difesa e che siano nella disponibilità del PM:

- l'obbligo del pm dell'invio al GIP delle memorie difensive ;
- completezza nell'allegazione delle dichiarazioni etero accusatorie (trasmissione dei verbali integrali delle dichiarazioni del chiamante in correità sui fatti contestati all'indagato);
- il dovere di trasmissione da parte del PM al GIP di eventuali dichiarazioni di coindagati sui medesimi fatti non coinvolgenti l'indagato o di segno opposto ;

In sede di riesame sulla misura cautelare ex art. 309 comma 5 ccp.p., da parte del PM devono essere trasmessi gli atti di indagine originari e successivi all'esecuzione che siano a favore dell'indagato, Devono intendersi tali gli atti di indagine che abbiano una rilevanza sostanziale per la difesa e che siano conosciuti e nella disponibilità del PM.

Non sussiste, invece, obbligo per il PM di trasmettere al GIP gli atti prodotti dalla difesa, atteso che questi sono disponibili per la difesa e da questa producibili in sede di riesame.

Al momento dell'esecuzione della misura cautelare il difensore deve poter ottenere la disponibilità delle intercettazioni su cui la misura stessa si fonda; è stato, infatti, dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, che il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non ancora depositate. Il pm può depositare a supporto della propria richiesta anche solo i brogliacci e non le registrazioni; tuttavia, in sede di esecuzione della misura, deve mettere a disposizione della difesa, anche i nastri; in effetti, l'ascolto diretto delle conversazioni non può essere surrogato dalle trascrizioni eseguite, senza contraddittorio, dalla pg (Corte Cost, sentenza 10.10.2008 n. 336).

CASO 1:

come valutate l'atteggiamento del difensore ?

che influenza può avere avuto sulla richiesta di custodia cautelare avanzata dal PM?

Quali potrebbero essere gli atti da trasmettere da parte del PM al GIP ex art. 291 c.p.p.?

INTERAZIONE TRA L'ATTIVITA' DEL P.M. E QUELLA DEL DIFENSORE.

A) NELLE INDAGINI CONDOTTE DAL PM/PG:

1. Art. 350 c.p.p. – Sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini.

(“Gli Ufficiali di pg assumono, con le modalità previste dall'art. 64, s.i. utili per le investigazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini che non si trovi in stato di arresto o di fermo a norma dell'art. 384.

Prima di assumere le s.i., la pg invita la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini a nominare un difensore di fiducia e, in difetto, provvede a norma dell'art. 97 comma 3.

Le s.i. sono assunte con la necessaria assistenza del difensore, al quale la polizia giudiziaria dà tempestivo avviso. Il difensore ha l'obbligo di presenziare al compimento dell'atto.

Se il difensore non è stato reperito o non è comparso, la pg richiede al pubblico ministero di provvedere a norma dell'art. 97 comma 4.

Sul luogo o nell'immediatezza del fatto, gli ufficiali di pg possono, anche senza la presenza del difensore, assumere dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, anche se arrestata in flagranza o fermata a norma dell'art. 384, notizie e indicazioni utili ai fini della immediata prosecuzione delle indagini.

Delle notizie e delle indicazioni assunte senza l'assistenza del difensore sul luogo o nell'immediatezza del fatto a norma del co. 5 è vietata ogni documentazione e utilizzazione.

La pg può altresì ricevere dichiarazioni spontanee dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, ma di esse non è consentita la utilizzazione nel dibattimento, salvo quanto previsto dall'art. 503 comma 3.").

Particolarità:

- le dichiarazioni rese dall'indagato in assenza del difensore, alla cui assistenza lo stesso indagato abbia rinunciato, sono utilizzabili in sede di giudizio abbreviato nei confronti dei coimputati, in quanto qualificabili come dichiarazioni spontanee, sottratte alle regole generali per l'interrogatorio previste dall'art. 64 c.p.p. (Cass. Pen. Sez. III, 20.01.2010 n.10643);
- sono pienamente utilizzabili nella fase delle indagini preliminari, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare personale, le dichiarazioni spontanee rese ai sensi dell'art. 350 c.p.p., comma 7 di un coindagato annotate dalla pg e riportate sull'informativa di reato, anche se non sottoscritte dall'interessato (Cass. Pen. Sez. I 16.03.2010, n. 15437; conformi Cass. Sez. I 8.3.1993 n. 440; Cass. Pen. Sez. I 17.09.1994 n. 3263; Cass. Pen. Sez. III 4.3.1988, n. 863);
- Il divieto di utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni rese dall'indagato, senza assistenza del difensore, alla pg., non si comunica al successivo interrogatorio cui il pm, edotto di tali dichiarazioni, sottoponga l'indagato, ritualmente assistito dal difensore (Cass. Pen. Sez. I 10.02.2009, n.8632);
- L'art. 350, comma 5 c.p.p. consente di assumere sul luogo o nell'immediatezza del fatto dalla persona indagata, anche se arrestata o fermata e senza l'assistenza del difensore, notizie e indicazioni utili ai fini della immediata prosecuzione delle investigazioni. Tali dichiarazioni non possono essere utilizzate (art. 350 co. 6 c.p.p.), né possono formare oggetto di testimonianza (art. 62 c.p.p.); la pg., tuttavia, ha il potere – dovere di sviluppare le indagini in base a quanto appreso, sicchè restano validi ed utilizzabili nel processo i risultati di tali attività investigative. Ne consegue che deve considerarsi pienamente legittima ed utilizzabile, non rientrando nei predetti divieti, la testimonianza dell'ufficiale di pg che abbia riferito sull'esito delle indagini svolte e sugli elementi raccolti a seguito delle indicazioni ricevute dall'indagato nell'immediatezza del fatto (Cass. Pen. Sez. II 17.12.1997 n. 11811);
- A norma dell'art. 350 c.p.p., comma settimo, le dichiarazioni spontanee rese alla pg da persona indagata, senza assistenza del difensore, possono essere utilizzate nel dibattimento ai sensi dell'art. 503 comma terzo c.p.p. (per le

contestazioni); le dichiarazioni medesime possono altresì essere utilizzate in fase di indagini preliminari come indizio di reato non ricorrendo né l'inutilizzabilità generale di cui all'art. 191 c.p.p. né alcuna ipotesi di inutilizzabilità specifica, e , ai fini della configurabilità delle condizioni richieste per il sequestro probatorio, possono costituire elementi concorrenti a fare ritenere ragionevolmente presumibile l'ipotesi di reato, anche attraverso la valutazione di altri elementi logici (Cass. Pen. Sez. III 25.2.1995 n.166).

2. Art. 351 c.p.p. Altre sommarie informazioni .

"1.La pg assume sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Si applicano le disposizioni del secondo e terzo periodo del comma 1 dell'art. 362.. 1-bis. All'assunzione di informazioni da persona imputata in un procedimento connesso ovvero da persona imputata di un reato collegato a quello per il quale si procede nel caso previsto dall'art. 371 comma 2 lett. b), procede un ufficiale di pg. La persona predetta, se priva del difensore, è avvisata che è assistita da un difensore di ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore deve essere tempestivamente avvisato e ha diritto di assistere all'atto."

Particolarità:

- Gli ufficiali e agenti di pg non possono rendere testimonianza indiretta sulle dichiarazioni ricevute da persone informate sui fatti anche in caso di mancata verbalizzazione delle stesse, qualora la loro verbalizzazione sia prescritta dalla legge (Cass.Pen. Sez. VI 17.3.2010 n. 13465);
- È costituzionalmente illegittimo l'art. 195 comma 4 c.p.p. ove interpretato nel senso che gli ufficiali e agenti di pg non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese da testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357 comma 2 lett.a) e b) c.p.p., e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, non abbiano provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle norme medesime (Corte Cost. 30.07.2008 n. 305);
- Le s.i. di pg (art. 351 c.p.p.), quali attinenti alle indagini circa la fondatezza di una determinata notizia criminis, costituiscono documentazione dotata di efficacia processuale nell'ambito della fase delle indagini preliminari e , in quanto tali, possono essere utilizzate, da sole o insieme ad altri atti di indagine, per l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale (Cass. Pen. Sez. VI 20.11.2006 n.24);

B) DURANTE L'INTERROGATORIO DELL'INDAGATO:

si rimanda a quanto già sopra riportato in punto interrogatorio di garanzia.

C) DURANTE LE INDAGINI DIFENSIVE

Va sottolineato come le Sezioni Unite della Corte di Cassazione riconoscano sostanzialmente pari valenza agli *atti di investigazione del difensore* rispetto agli *atti di indagine del pm* quanto a funzione fidefacente e alle conseguenze sul piano penale della falsificazione degli atti dichiarativi formalizzati e documentati a verbale dal difensore.

Cassazione Sezioni Unite 27.6.2006 n. 32009 Schera .. "integra il reato di falsità ideologica in atto pubblico la condotta del 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 in quanto l'atto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero" ... E' vero che il difensore non ha il dovere di cooperare alla ricerca della verità e che al professionista è riconosciuto il diritto di ricercare soltanto gli elementi utili alla tutela del proprio assistito, però sicuramente non gli è riconosciuto il diritto di manipolare le informazioni ricevute ovvero di selezionarle verbalizzando solo quelle favorevoli. L'interesse dell'Avvocatura, del resto, non può che essere quello di rendere la prova dichiarativa assunta dal difensore affidabile al pari di quella raccolta dall'accusa, mentre la tutela difensiva resta assolutamente integra e non riceve compromissione alcuna attraverso il riconoscimento legislativo della possibilità di non far seguire al colloquio preventivo la sua verbalizzazione...".

L'asimmetria dei poteri delle parti sul piano funzionale nella fase delle indagini si attenua in modo significativo proprio quando ci si sposta sul diverso piano della valenza probatoria degli atti di investigazione/indagine difensiva una volta pervenuti nella fase del giudizio abbreviato, strutturalmente fondato sui dati raccolti nella fase delle indagini preliminari.

In tale ottica la Corte Costituzionale con sentenza 26.6.2009 n. 184, pronunciandosi per la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 442 comma 1 bis c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., in materia di valore probatorio delle investigazioni difensive di carattere dichiarativo in fase di giudizio abbreviato, qualifica gli atti di investigazione difensiva espressione della fase di indagine preliminare aventi piena dignità probatoria in sede di giudizio abbreviato e giustifica la parificazione probatoria di tutti gli atti di indagine preliminare e quindi anche di quelli costituiti da investigazioni difensive .. " quale meccanismo che compensa in parte il marcato squilibrio di partenza nella fase delle indagini preliminari tra le posizioni delle parti, squilibrio correlato alla funzione istituzionale del PM".

La centralità del dibattimento – e quindi del principio del contraddittorio nella formazione della prova – trova la sua più solenne espressione nell'art. 111 della Costituzione.

Spostandoci nella legislazione ordinaria rinveniamo una prima norma che dà concreta attuazione ai principi generali enunciati nel dettato costituzionale nell'art. 327 bis c.p.p., intitolato "attività investigativa del difensore", che rivela tutta la sua importanza sotto un duplice profilo.

In primo luogo, perché fissa il momento a partire dal quale è possibile lo svolgimento delle indagini difensive. Detta facoltà può esercitarsi fin dal momento del conferimento dell'incarico professionale e ciò indipendentemente dalla instaurazione di un procedimento penale per effetto dell'iscrizione oggettiva nel registro delle notizie di reato ex art. 335 c.p.p. .

Per espressa previsione dell'art. 391 nonies c.p.p. esse possono avere luogo anche preventivamente rispetto ad un procedimento penale, la cui instaurazione è ancora ipotetica. La facoltà in commento però non arriva a ricomprendere anche gli atti che richiedono l'autorizzazione all'intervento dell'AG, dal momento che questi presuppongono l'instaurazione di un procedimento.

In secondo luogo perché stabilisce che il mandato professionale deve risultare da atto scritto, conformemente a quanto già statuito dall'art. 96 c.p.p.

Le possibili interferenze con le investigazioni difensive:

- la possibilità di assunzione reciproca delle dichiarazioni di indagati e persone informate;
- i limiti reciproci per difensore e PM del divieto di formulare domande sulle precedenti domande della controparte e sulle risposte date (391 bis comma 4 c.p.p. e per il PM ex art. 362 c.p.p.);
- l'ammissibilità di esame – dichiarazioni sui fatti oggetto di indagine;
- il potere di segretezza del PM ex art. 391 quinquies c.p.p. sulle dichiarazioni assunte in sede di investigazione difensiva;
- la richiesta del difensore al PM di assumere informazioni dalla persona che non presti dichiarazioni al difensore ex art. 391 bis comma decimo c.p.p. (fatto salvo il potere di richiedere al GIP incidente probatorio atipico).
- La richiesta di documentazione della PA (art. 391 quater c.p.p.) quale richiesta autonoma da parte del difensore. Questo appare uno strumento scarsamente utilizzato sia perché di solito è il PM che provvede ad acquisire i documenti presso le PPAA, sia per gli scarsi poteri di incidere per la difesa sulle decisioni della PA; normalmente il difensore chiede al PM di attivarsi sul punto;
- L'accesso ai luoghi pubblici e privati (391 bis sexies e septies c.p.p.) per descrizioni o rilievi con autorizzazione del GIP in caso di dissenso da parte del titolare del luogo privato.

Esame di alcuni casi di indagini difensive:

- a) Indagini difensive e sopralluogo sulla scena del delitto:

immaginiamo lo scenario di più frequente verifica: all'interno di un luogo chiuso di privata proprietà viene posta in essere una condotta delittuosa (es. omicidio, rapina ecc.); supponiamo che tale condotta venga occasionalmente scoperta da un parente o conoscente della vittima, il quale avverte immediatamente la pg; quest'ultima, allertata, interviene sul posto, seguita a ruota da un difensore, possibilmente accompagnato dal proprio investigatore

privato e dal consulente tecnico, il quale chiede di poter accedere per un primo sopralluogo.

Quid iuris?

Innanzitutto il potere del difensore trova fondamento normativo nell'art. 391 septies c.p.p. (accesso ai luoghi privati e non aperti al pubblico), mentre le modalità operative del potere di accesso sono disciplinate dall'art. 391 sexies c.p.p. (accesso ai luoghi e documentazione).

Va subito detto che non vi è obbligo per il difensore di redigere verbale di sopralluogo e delle operazioni connesse, rimanendo tuttavia sottinteso che qualora il difensore intenda dare una valenza processuale all'attività espletata non potrà che farlo a mezzo di verbale delle operazioni compiute, inserendo tale atto nel fascicolo di cui all'art. 391 octies c.p.p..

Ma chi è il soggetto legittimato a prestare il consenso per l'accesso ai luoghi?

Fino all'intervento della PG, sarà colui che ha la disponibilità del luogo e che ha la possibilità di esercitare sullo stesso uno *ius excludendi*, in quanto proprietario, possessore, conduttore usuario;

dal momento successivo all'intervento della PG, titolare di tale potere sarà la pg in quanto titolare del dovere – potere pubblico di curare la conservazione dello stato dei luoghi, finalizzato alla ricerca delle tracce del reato nonché della conservazione delle stesse.

Quindi, intervenuta la pg,, di fronte al diniego da parte della stessa di accesso ai luoghi, al difensore non resterà che avanzare al giudice istanza di autorizzazione.

Resta peraltro sottinteso che una volta assunta dal PM la direzione delle indagini, si trasferirà in capo a costui il potere di disponibilità del luogo , con la conseguenza che il difensore , al fine di poter procedere al sopralluogo, dovrà interpellare prima il PM, e, in caso di diniego, il giudice.

Nell'altra ipotesi in cui il delitto sia stato consumato in luogo pubblico, quid iuris se il difensore arriva sul posto e chiede di poter superare lo sbarramento per compiere un sopralluogo e le attività connesse?

Come sopra, si deve ritenere che spetti prima alla PG, poi al PM decidere su tale richiesta e, in caso di diniego, il difensore dovrà rivolgersi al giudice. Dopo la restituzione del luogo alla sua originaria natura, il difensore avrà libero accesso.

Quale tipo di attività può svolgere il difensore in occasione dell'accesso ai luoghi ?

Il riferimento normativo è nell'art. 391 sexies c.p.p., nel quale si parla di accesso finalizzato "a prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose, ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici grafici, planimetrici, fotografici, audiovisivi".

Sembrerebbe comunque escluso un intervento di carattere invasivo, volto al prelievo, campionamento o alla scomposizione di oggetti; il condizionale è d'obbligo atteso che il tenore letterale dell'art. 391 decies c.p.p. sembrerebbe smentire quell'assunto, consentendo per l'effetto al difensore di compiere atti oltre quelli espressamente contemplati nell'art. 391 sexies c.p.p..

Il raffronto del dato normativo testuale consente di cogliere che, mentre nell'art. 391 sexies c.p.p. si utilizza il termine "rilievi" (da intendersi come osservazioni dell'esistente), nell'art. 391 decies c.p.p. si parla di "accertamenti" (concetto più ampio comprendente anche attività di tipo invasivo o manipolativo delle cose che ne sono oggetto).

In definitiva, si dà per scontata la possibilità di compiere una tipologia di atti che tuttavia non vengono descritti adeguatamente, quantomeno in sede di disciplina dell'accesso.

Altrettanto equivoca è la distinzione terminologica emergente dal confronto tra il secondo e il terzo comma dell'art. 391 decies c.p.p.; nella prima disposizione si parla di "atti non ripetibili" compiuti in occasione dell'accesso sui luoghi; nella seconda di "accertamenti tecnici non ripetibili", con la conseguenza che in queste ultime ipotesi il difensore dovrà dare avviso senza ritardo al PM; ciò che non dovrà fare nelle ulteriori ipotesi di "atti non ripetibili" nelle quali di conseguenza il PM avrà mera facoltà di intervento senza diritto di preavviso.

Stante la citata lacuna legislativa, si può solo presumere che l'accertamento tecnico sia attività che può richiedere una operazione sulla cosa che va oltre il semplice rilievo (es. l'accertamento tecnico su un brandello di stoffa rinvenuto sul luogo del delitto).

Ne discende che l'accertamento tecnico è possibile solo se si è abilitati a compiere sulla cosa rinvenuta operazioni invasive.

In ogni caso ben si comprende come tali attività difensive trovino un limite insuperabile nel sequestro disposto dalla AG, una delle tipiche attività investigative di fronte al corpo di reato o cose pertinenti al reato.

Non è semplice tirare le fila di questo complesso quadro normativo, perché su di esso grava l'ipoteca della non chiara definizione dei poteri del difensore della po, sicchè non può escludersi a priori che la scena del delitto sia inflazionata da soggetti privati che si muovono in direzioni e diverso, spesso contrastanti.

La disciplina delle indagini difensive affidate ai consulenti tecnici è inserita dalla L. 397/00 nel contesto dei poteri riconosciuti dall'art. 327 bis c.p.p. di ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito.

Il difensore può incaricare il consulente tecnico di svolgere indagini difensive ogni qual volta per eseguirle siano necessarie particolari cognizioni tecniche e ciò in ogni fase del procedimento.

La consulenza tecnica extraperitale (art. 233 c.p.p., ma anche 327 bis c.p.p.) è un mezzo di prova (e non uno strumento di ausilio tecnico della difesa), in quanto tale distinto dalla perizia, dalla testimonianza e dalla prova documentale.

Certo l'attendibilità intrinseca di tale elaborato difensivo è pesantemente condizionata dal suo essere di parte.

Resta anche sottinteso che se il difensore intende utilizzare processualmente tale consulenza tecnica extraperitale, dovrà esercitare un controllo sulla correttezza e veridicità della stessa (non certo in punto valutazioni tecniche, che risultano opinabili, bensì in ordine all'acquisizione dei dati di partenza); pertanto, se il consulente offrirà al difensore un elaborato inadeguato sotto il quel profilo, il difensore non potrà utilizzare tale consulenza in giudizio, stante l'inequivoco tenore delle norme deontologiche sul punto; l'art. 14 comma 1 del codice deontologico forense statuisce infatti che "l'avvocato non può introdurre intenzionalmente nel processo prove false. In particolare, il difensore non può assumere a verbale né introdurre dichiarazioni di persone informate dei fatti che sappia essere false".

Quindi è dovere del difensore non produrre in giudizio atti sfavorevoli e gli è fatto divieto di formare atti falsi sia pure solo per omissione.

b) - l'audizione "congiunta" ex art. 391 bis comma 10 c.p.p. (Cass. Pen. Sez. II 6.12.2006 n. 40232):

La richiesta al PM di disporre l'audizione della persona informata sui fatti di interesse per le investigazioni del difensore, che si è avvalsa della facoltà di non rendere dichiarazioni (è il caso, in concreto, più frequente), deve indicare le circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali si ritiene che esse siano utili alle indagini, con la conseguenza che, in difetto di tali indicazioni, il PM non ha l'obbligo di provvedere.

Quindi non è sufficiente per far scaturire tale obbligo per il PM la semplice dimostrazione di avere rivolto al teste gli ammonimenti di cui all'art. 391 bis c.p.p. comma 3, ma occorre mettere il PM nelle condizioni di valutare la ricorrenza della utilità di tale atto ai fini delle indagini; almeno questa è la conclusione interpretativa a cui perviene la sentenza sopra citata.

Certo è che tale interpretazione può prestarsi anche a delle critiche atteso che appare attribuire al PM una ingerenza sulla "pertinenza- rilevanza" delle indagini difensive, ingerenza indebita perché vertente su un ambito di stretto appannaggio della parte privata e, inoltre, non va dimenticato che tale decisione della Corte è stata emessa in un contesto cautelare.

L'art. 391 bis comma 10 c.p.p. si colloca in un contesto di norme che disciplinano l'intervento del PM in funzione "vicaria" nei confronti dei poteri del difensore.

In tale ambito, infatti, vanno ricordate: l'autorizzazione ad intervenire all'ispezione, all'esame dell'oggetto dell'ispezione alla quale il consulente non abbia partecipato, all'esame delle cose nel luogo in cui queste si trovano, ai sensi dell'art. 233 comma 1 -bis c.p.p., la procrastinazione, per gravi motivi, dell'esame delle cose sequestrate, ai sensi dell'art. 366 comma 2 c.p.p., il meccanismo di intervento in seguito a rifiuto della PA della richiesta del difensore di fornire documenti ai sensi dell'art. 391 quater c.p.p., 367 e 368 c.p.p., il parere sulla possibilità di conferire con la persona detenuta previsto dall'art. 391 bis comma 7 c.p.p., le prerogative in merito di accertamenti tecnici previste dall'art. 391 decies commi 3 e 4 c.p.p., il potere -

probabilmente il più incisivo tra quelli attribuiti al PM – di vietare alle persone già sentite, di comunicare sulle circostanze oggetto di indagine ex art. 391 quinquies c.p.p..

Tornando ora alla richiesta di audizione ex art. 391 bis comma 10 c.p.p., è necessario chiarire quali siano i requisiti della istanza del difensore.

Va detto in via preliminare che l'interpretazione letterale della norma parrebbe escludere del tutto qualsiasi tipo di filtro da parte del PM, supportata peraltro anche dall'indicazione del termine di 7 giorni, davvero breve per la convocazione della persona informata sui fatti.

In realtà una interpretazione sistematica suggerisce una soluzione più variegata: integrando, infatti, tale disposizione con la parte rimanente dell'art. 391 bis comma 10, oltre che con i commi 1,2 e 3 della medesima disposizione, è infatti possibile configurare l'esistenza di alcuni limiti al potere di convocazione attribuito al difensore che, in quanto tali, potrebbero essere intesi come requisiti di ammissibilità della richiesta, la cui ricorrenza sarebbe pertanto, di volta in volta, verificabile da parte del PM.

Si pensi, infatti, al limite soggettivo imposto dalla seconda parte del citato art. 391 bis comma 10 c.p.p., che esclude dalla disciplina dell'audizione congiunta le persone sottoposte alle indagini o imputate nello stesso procedimento nonché le persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'art. 210 c.p.p.

Sarà, infatti, proprio il PM il soggetto più indicato – se non l'unico in caso di segretezza ai sensi dell'art. 335 comma 3 c.p.p. – a conoscere di tali situazioni procedurali concernenti i soggetti da sentire.

Ancora, la richiesta difensiva potrebbe essere viziata da difetto di legittimazione, situazione che si verifica nel caso in cui tale richiesta sia avanzata dal consulente tecnico e non dal vero e proprio difensore o, ancora, qualora il difensore richiedente risulti in una situazione di incompatibilità ai sensi dell'art. 106 c.p.p.

Inoltre, va considerato anche il problema dell'onere della prova, da parte del difensore, dell'avvenuto rifiuto di rendere dichiarazioni o comunque della mancata presentazione alla convocazione.

Così come va tenuto conto anche di un altro problema, connesso a quello testè indicato, relativo alla possibilità di escludere dalla richiesta di audizione forzata le persone che si sono rifiutate di rilasciare dichiarazioni al difensore in sede di semplice colloquio non documentato ex art. 391 bis comma 1 c.p.p..

In realtà la risposta al secondo di questi quesiti sembra pregiudiziale rispetto al primo. In effetti, se si dovesse ritenere che un difensore non possa condurre dinanzi all'AG un soggetto cui abbia chiesto notizie solo informalmente o che abbia precedentemente semplicemente avvicinato per un colloquio informale, indirettamente si concentrerebbe l'area soggettiva della convocazione mediata esclusivamente su quei soggetti formalmente contattati e, conseguentemente, si dovrebbe ritenere necessaria la

documentazione di una convocazione nonché la verifica della medesima da parte del PM.

Quindi in questo caso si dovrebbe ammettere la possibilità per il PM di rigettare la richiesta in assenza di tale prova, e comunque in tutti i casi in cui si tratti di persone avvicinate per il semplice colloquio.

Tale conclusione, necessitata dalla combinazione normativa, può apparire controversa ove si guardi alla funzione degli istituti e si tenga conto del bilanciamento dei contrapposti interessi.

Tuttavia, di fatto, è così: ossia il PM si attiva solo se il difensore dimostra di avere formalmente convocato il soggetto.

Venendo ora al secondo requisito richiesto dalla citata decisione della Suprema Corte per fondare l'obbligo per il PM di convocazione ed audizione della persona informata sui fatti indicata dal difensore, ossia la presenza di circostanze utili ai fini dell'attività investigativa (oltre, quindi, all'esercizio da parte della medesima persona della facoltà di non rendere dichiarazioni al difensore ex art. 391 bis comma 3 c.p.p.), si potrebbe subito dire che tale esigenza si può leggere in due modi. Si potrebbe, infatti, ritenere che il difensore soddisfi l'onere suddetto dando semplicemente atto di avere saggiato l'utilità degli elementi acquisiti o, altrimenti, si potrebbe ritenere dovuta la puntuale indicazione al PM dei temi e delle considerazioni per le quali si ritiene che gli stessi saranno utili; opzione, quest'ultima, preferita dalla Corte di Cassazione.

Tuttavia un simile approccio sembra difficilmente condivisibile, innanzitutto per un motivo di ordine logico: sarà infatti quasi sempre impossibile conoscere ex ante il risultato dell'indagine, di talchè imporre l'indicazione di quei particolari elementi nella richiesta di audizione significa, in effetti, richiedere una prognosi sul contenuto delle risposte e sull'utilità delle stesse.

Appare invece del tutto opportuno traslare ed applicare le regole utili alla delimitazione dell'oggetto della prova di cui all'art. 187 c.p.p. anche alla fase delle indagini preliminari; in tal senso, a parte l'imprescindibile principio di completezza delle indagini desumibile dall'art. 358 c.p.p., sembra doversi riconoscere un esclusivo appannaggio del difensore sul punto, che deve essere libero nella individuazione delle indagini ai sensi dell'art. 327 bis c.p.p..

In definitiva, la rilevanza, la pertinenza e l'utilità delle circostanze oggetto di audizione, che sembra essere implicita nella richiesta di audizione, devono intendersi di esclusiva competenza del difensore, come per contro l'individuazione dell'an e del quomodo delle sommarie informazioni e dell'assunzione di informazioni dalle persone che possono fornire circostanze utili ai fini delle indagini ai sensi degli artt. 351 e 362 c.p.p. è autonomamente valutabile dalla PG e dal PM.

- Utilizzazione delle investigazioni difensive nella fase delle indagini preliminari:

Ovviamente non vi sono regole procedurali in ordine alla concreta valutazione e alle concrete modalità di approccio del PM in ordine alle investigazioni difensive prodotte dal difensore, attesa la piena libertà di valutazione da parte dell'organo

della pubblica accusa degli elementi di prova sempre tuttavia nel rispetto delle regole generali (ossia la completezza delle indagini, che si concretizza anche attraverso le investigazioni difensive e l'obbligo di compiere indagini in favore dell'indagato);

intesi così gli ambiti di "discrezionalità" del PM e considerata, altresì, la disposizione di cui all'art. 125 disp. Att. C.p.p., (*"Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione – art. 408 c.p.p. – quanto ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio"*.) appare doversi concludere per un sostanziale "dovere" del PM di valutazione di tali investigazioni difensive, da tenersi in debito conto alla stessa stregua delle risultanze delle proprie indagini preliminari, fatto salva la possibilità di un controllo / approfondimento in virtù del proprio ruolo pubblico di garante della legalità.

Non vi è obbligo per il PM di dar conto alla difesa della valutazione effettuata e, proprio tale aspetto, potrebbe indurre a ritenere che l'organo dell'accusa non ne abbia tenuto conto;

in concreto, tuttavia, per esperienza diretta, le investigazioni difensive entrano a far parte del bagaglio "probatorio" di cui dispone il PM e vanno in valutazione, assieme a tutti gli altri elementi di prova, ai fini delle successive determinazioni.

D) DOPO L'AVVISO EX ART. 415 BIS C.P.P.

Il deposito di tutta la documentazione relativa alle indagini espletate costituisce un obbligo al quale il PM non può sottrarsi.

Solo una discovery completa ed effettiva scongiura il rischio di imputazioni avventate e consente al giudice l'adozione di una decisione "giusta".

Pertanto, l'omesso deposito anche di un solo atto di indagine – piuttosto che determinarne l'inutilizzabilità nelle successive fasi processuali – sembra imporre una declatoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio.

Il magistrato requirente, infatti, può selezionare gli elementi sui quali fondare la richiesta di rinvio a giudizio, ma non certo quelli sulla cui scorta il giudice è chiamato a decidere in ordine alla stessa; il pm, cioè, nella sua duplice veste di attore e di garante della legalità, non può in alcun modo sottrarsi all'obbligo di portare a conoscenza dell'indagato e del giudice tutta la documentazione delle indagini espletate: dall'esame della stessa parte privata potrà adeguatamente articolare la propria difesa, mentre il giudice potrà dirimere l'alternativa tra rinvio a giudizio e sentenza di non luogo a procedere (se del caso, previo esercizio dei poteri istruttori che gli artt. 421 bis e 422 c.p.p. gli riconoscono), così adottando una decisione che tenga conto di tutto quanto possa legittimamente incidere sulla stessa.

Attesa la segretezza della fase delle indagini preliminari, sebbene sia prevista la possibilità di un contraddittorio preventivo nei vari momenti in cui la difesa viene posta a conoscenza degli atti di indagine, si tratta tuttavia comunque di una dialettica imperfetta che porta pertanto a considerare l'avviso di conclusione

delle indagini preliminari come un atto di natura marcatamente difensiva: da un lato esso finisce spesso ad essere il primo atto a fronte del quale l'indagato viene a conoscenza del procedimento a suo carico, dall'altro, la distanza – non solo temporale ma che logico funzionale – tra il compimento degli atti di indagine e la notifica dell'avviso de quo, fa sì che lo stesso si presenti come strumento volto a consentire un'adeguata e consapevole difesa.

Nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. deve essere prevista "la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, delle date e del luogo del fatto".

La funzione dell'avviso non è quella di contestare il fatto – reato, bensì quella di assicurare più efficacemente il diritto di difesa, fornendo all'indagato uno strumento che possa orientare l'indagine verso l'archiviazione o che possa prevenire l'instaurazione di un processo, specie se inutile.

L'enunciazione del fatto è pertanto sommaria proprio perché l'atto non ha una finalità di contestazione.

La sua mancanza è, per legge, causa di nullità (a regime intermedio, non sottacendo che buona parte della dottrina ritiene trattarsi di un'ipotesi di nullità ex art. 178 comma 1 lett. c.p.p., ossia di una nullità assoluta) della richiesta di rinvio a giudizio (416 comma 1) o del decreto di citazione a giudizio (art. 552 comma 2) e, pertanto, essa va eccepita o rilevata d'ufficio prima della deliberazione della sentenza di primo grado (Cass. Pen. 16.6.2006 n. 29931).

Cosa succede in caso non di mancanza dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p., ma in caso di avviso che contempri un fatto diverso rispetto a quello poi contestato nella richiesta di rinvio a giudizio o nel decreto di citazione a giudizio ?

Sulla base della lettera delle norme (552 co 2 c.p.p.), la richiesta di rinvio a giudizio o il decreto di citazione a giudizio è nulla quando manca l'avviso ex art. 415 bis c.p.p. e non già quando c'è la presenza di un avviso con contenuto diverso;

va anche detto che detto, tuttavia, che se le osservazioni difensive o le indagini svolte a seguito di esse dovessero portare ad una sostanziale modifica del fatto già enunciato in precedenza e da travasare poi nell'atto propulsivo dell'azione penale, di fatto l'avviso mancherebbe.

Quindi, pare difficile negare che ogni volta un cui vi sia un eccessivo divario tra l'imputazione provvisoria e quella definitiva, determinata anche da altri ed ulteriori atti di indagine svolti dopo l'invio dell'avviso, tale situazione possa provocare l'invalidità del decreto di citazione a giudizio (Cass. 10.3.2004 n. 11405 Marastoni).

In forza del generale principio di autotutela, il PM, avvedutosi della nullità per mancata notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, ha potere di rinnovare la richiesta di rinvio a giudizio, perché la mera reiterazione e sovrapposizione di una nuova richiesta di rinvio a giudizio non integra un caso di sospensione o interruzione dell'azione penale (Cass. Pen. Sez. III 23.10.2003 n. 47578).

L'avviso ex art. 415 bis c.p.p. non interrompe la prescrizione (Cass. Pen. Sez.Un. 22.2.2007 n. 21833).

Sul PM grava l'obbligo di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato (art. 358 c.p.p.) il che significa che deve compiere ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 c.p.p.; quindi, qualora all'esito delle investigazioni, figurino elementi tali da far intravedere in via prognostica un orizzonte assolutorio, il pm deve optare per la richiesta di archiviazione.

Conseguentemente si comprende l'importanza e la funzione dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. e delle investigazioni difensive.

Attività del PM in ordine agli atti promossi dal difensore dopo la notifica dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p.:

- viene sempre disposto l'interrogatorio richiesto ex art. 415 bis c.p.p.;
- in relazione all'esito dell'interrogatorio, vengono solitamente espletati gli ulteriori atti di indagine richiesti dalla difesa, purchè reputati rilevanti ai fini delle determinazioni del PM;
- quando necessario, il PM procede anche ad un supplemento di indagini proprio a riscontro delle risultanze acquisite a seguito di richieste formulate ex art. 415 bis c.p.p., nel termine previsto di 30 giorni (eventualmente prorogabile);
- in molti casi proprio le memorie difensive corredate di documentazione o investigazioni difensive hanno consentito al PM di formulare idonea richiesta di archiviazione, basata su un quadro investigativo più completo;
- in altri casi, la prospettazione difensiva può rivelarsi non sufficiente a sconfiggere tutti gli elementi di prova del PM, tanto da indurre questi a mantenere inalterata la propria impostazione e a determinarsi per l'esercizio dell'azione penale.

INDAGINI PRELIMINARI E SEGRETO INVESTIGATIVO:

Il vigente sistema positivo della tutela del segreto investigativo o segreto di indagine è il risultato del compromesso tra l'esigenza della collettività di perseguire efficacemente i reati e di controllare l'avvenuto rispetto dei diritti del singolo.

Le norme che vengono in rilievo sono quelle di cui agli artt. 329, 114, 115, 116 c.p.p. e 326 e 684 c.p., cui fanno da corollario gli artt. 335, ult. comma, 369, 117 e 118 c.p.p..

Ai sensi dell'art 329 c.p.p. "gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto"; tuttavia, l'indagato, in attuazione del suo diritto di difesa, deve essere ex lege informato in presenza di determinati atti istruttori.

Ai sensi dell'art. 114 c.p.p., volto ad impedire non già la semplice conoscenza bensì la pubblicazione degli atti di indagine attraverso i canali di informazione, vi è divieto di pubblicazione di tali atti nell'intento di evitare possibili pregiudizi per la neutralità del giudice.

Presupponendo il dissolversi di ogni riservatezza sia sotto l'aspetto interno che esterno in riferimento all'intercorsa conoscenza che ne abbia o ne debba avere l'indagato, il divieto di pubblicazione – allo stesso modo del segreto d'indagine – è destinato progressivamente a cadere, in primo luogo rispetto al contenuto e poi anche rispetto agli atti veri e propri e alle loro parti. La legge consente la pubblicazione del contenuto degli atti anche durante la fase delle indagini preliminari.

Dopo la chiusura della fase delle indagini preliminari il divieto di pubblicazione, ormai non più valido nei confronti del contenuto degli atti, rimane tuttavia in vigore per gli atti o parte di essi del fascicolo per il dibattimento e del PM, allorché si proceda al dibattimento.

Se, invece, il dibattimento non ha luogo – salva sempre la pubblicabilità del contenuto – per decisione del giudice può essere interdetta la pubblicazione (in tutto o in parte) degli atti che offendono il buon costume o possono causare pregiudizio alla riservatezza di testimoni e parti private; ciò, tuttavia, esula dal segreto investigativo.

L'art. 329 c.p.p., nel fissare i limiti di efficacia del segreto investigativo, si rivolge indifferentemente a “tutti gli atti di indagine compiuti dal PM e dalla PG, coprendo in tal modo di riservatezza non solo gli atti dell'indagine definita ex lege preliminare, in quanto intesa al possibile giudizio, ma pure quelli antecedenti alla stessa notizia di reato e diretti più propriamente come è scritto nell'art. 330 c.p.p. a “prenderla”. Si tratta della fase che la dottrina ha qualificato come “informazione” (Foschini), che per sua natura sembra prescindere da tutti quegli adempimenti di forma, che invece riguardano la fase della “acquisizione” della notizia di reato, per la quale – invece – è previsto l'obbligo della “immediata iscrizione” nel registro di cui all'art. 335 c.p.p..

E' chiaro tuttavia che sia il PM che la PG, in questa fase di “ricerca” possono dar luogo a tutte le investigazioni e a tutti gli accertamenti idonei allo scopo di “informarsi”, con il limite che tutto ciò non coinvolga i diritti alla cui tutela l'ordinamento mostra particolare attenzione, garantendo per esempio l'esercizio della difesa, che automaticamente implica la caduta del segreto quanto meno sotto il profilo interno.

Quindi nella fase delle indagini preliminari, che parte con l'iscrizione della notizia di reato nel registro ex art. 335 c.p.p., la preclusione conoscitiva sugli atti di indagine appare strettamente condizionata alla conoscenza “naturale” o “indotta ex lege”, che l'indagato possa o debba averne.

Alla stregua degli artt. 329 e 114 c.p.p., mentre il segreto continuerà a permanere tanto all'esterno quanto all'interno sino alla chiusura delle indagini preliminari per tutti gli atti non conosciuti o conoscibili dall'indagato, per gli altri atti che, invece,

per natura non possono essere realizzati senza essere conosciuti dall'interessato o che, secondo legge, presuppongono o postulano l'esercizio dell'autodifesa o della difesa tecnica, dovrà necessariamente cadere ogni riservatezza interna o esterna, con l'unico limite, dal lato esterno, della pubblicabilità del solo contenuto degli atti stessi.

L'art. 329 c.p.p. con il sollevare il "segreto interno" sugli atti di indagine in concomitanza con la conoscenza che ne può avere l'indagato, autorizza pure, in combinato disposto con l'art. 114 c.p.p., la caduta del "segreto esterno", rendendone pubblicabile il "contenuto".

La chiusura delle indagini preliminari segna la tendenziale caduta (salvi i casi di segretezza) sia del segreto interno che di quello esterno.

Tuttavia, mentre il primo è destinato ex lege ad essere eliminato in toto, tanto nei confronti dell'indagato – imputato quanto di chiunque vi abbia interesse (*il quale peraltro, ex art. 116 c.p.p., già durante il procedimento aveva diritto di farsi rilasciare non solo copie, estratti o certificati di singoli atti, ma pure sequenze di atti, poiché nulla lo esclude*), il secondo è destinato a permanere, purchè ciò che venga divulgato sia in sé idoneo, per la sua genericità o per difetto di riscontro, ad influenzare il giudice del futuro (eventuale) dibattimento.

E' infatti solo la celebrazione del dibattimento a condizionare, ex art. 114 comma 3 c.p.p., la piena attuazione della pubblicità sugli atti di indagine.

In effetti, se non si procede al dibattimento, il divieto di pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto sussiste sino alla chiusura delle indagini preliminari che si raggiunge, ad esempio, con l'ordinanza di archiviazione ex art. 409, comma 5 c.p.p. o con un decreto penale di condanna o con una sentenza che applica la pena su richiesta delle parti ovvero fino al termine dell'udienza preliminare che si concluda con una sentenza di non luogo a procedere o con la sentenza che applica la pena su richiesta delle parti o con una sentenza emessa in sede di giudizio abbreviato ovvero con l'emissione del decreto di citazione a giudizio.

Qualora, invece, si proceda al dibattimento, in riferimento alla pubblicabilità degli atti, bisogna distinguere tra atti del fascicolo del dibattimento e atti del fascicolo del PM. Degli atti contenuti nel primo fascicolo, non è consentita ex lege la pubblicazione se non dopo la pronuncia della sentenza di primo grado; gli atti del fascicolo del PM sono, invece, pubblicabili solo dopo la pronuncia della sentenza in grado di appello, fatta eccezione per gli atti utilizzati per le contestazioni dibattimentali ex artt. 500 e 503 comma 3 c.p.p..

D) Cessazione anticipata del segreto – protrazione del segreto:

mentre nel primo caso vi è la c.d. "desegretezza", ossia la cessazione anticipata del segreto con divulgazione della notizia in deroga all'art. 114 c.p.p. , nel secondo si ha l'estensione del segreto, cioè anche ad atti che dovrebbero invece essere conosciuti o conoscibili dall'indagato e, pertanto, potrebbero essere divulgati in riferimento al contenuto.

Il PM (non la pg) con decreto motivato può autorizzare la pubblicazione parziale o totale di un atto o di taluni atti di indagine, specificatamente individuati. La ratio di esporre i motivi della desegretazione andrà colta nell'art. 124 c.p.p., il quale impone un generico dovere di osservanza della forma degli atti anche in assenza di sanzioni processuali, soprattutto al fine di evitare sanzioni disciplinari e penali previste in caso di violazione dagli artt. 115 c.p.p., 326 e 648 c.p..

Il PM deve poi depositare tali atti desegretati presso la segreteria del pm, in modo che siano portati a conoscenza dell'indagato e dell'eventuale suo difensore. Tuttavia tale deposito potrebbe pregiudicare le indagini in corso (soprattutto perché il decreto del PM è motivato), sicché l'interpretazione prevalente sostiene che vadano depositati solamente gli atti di indagine che abbiano portato al compimento di atti garantiti.

Figura inversa è la segretazione che consente al PM di protrarre la riservatezza su uno o più atti di indagine che, per natura o per legge, dovrebbero invece essere conosciuti dall'indagato ovvero di impedire la divulgazione del contenuto di taluni atti o di notizie specifiche relative a determinate operazioni per cui non sussisterebbe più il divieto sancito dall'art. 114 c.p.p..

Anche in questo caso il presupposto è sempre l'esigenza investigativa di proseguire le indagini.

Il PM dispone la segretazione attraverso un decreto motivato non impugnabile e dovrebbe essere emanato "nel momento in cui si realizza la conoscibilità dell'atto" (Corsero), altrimenti questo avrebbe effetto in un momento anomalo.

Inoltre, con riferimento alla durata della segretazione deve ritenersi che questa può essere consentita solo negli stretti limiti di quel "necessario" che la stessa formula juris puntualizza, menzionando l'esigenza di prosecuzione delle indagini.

La limitazione alla conoscenza degli atti segreti non potrà operare al di là della chiusura delle indagini preliminari, momento in cui cade ogni preclusione di merito.

Diversamente per il divieto di "pubblicazione" imposto dal PM; stabilendo con questo solo la protrazione del "segreto esterno" e non venendo pregiudicato il diritto alla difesa, sembra che l'organo della pubblica accusa possa estendere tale divieto anche alla fase dibattimentale (si tenga presente, per esempio, complesse operazioni di PG).

Il codice però contempla alcuni casi di legittimo superamento della riservatezza delle indagini.

Vi è la possibilità di rilascio di copie, estratti o certificati di singoli atti, anche durante il procedimento, prevista dall'art. 116 c.p.p. a favore di "chiunque vi abbia interesse".

Tuttavia l'assoluta perentorietà del precetto attinente la segretezza delle indagini di cui all'art. 329 comma 1 c.p.p. ed il connesso divieto di pubblicazione sancito dall'art. 114 c.p.p., sembrano fortemente ridimensionare la portata pratica di tale disposizione allorché il "procedimento" si collochi nella fase delle indagini preliminari.

Soggetti legittimati a conoscere degli atti di investigazione e, pertanto, a farsi rilasciare una riproduzione integrale o parziale, o l'attestazione dell'esistenza, in cui si sostanziano "copia", "estratto" e "certificato", possono essere :

- E) l'indagato e il suo difensore;
- F) le parti private e qualche terzo.

Nella prima eventualità, non può sorgere alcun problema in relazione agli atti che ex lege l'indagato può o deve conoscere tant'è che l'art. 116 c.p.p. sembra essere un corollario dell'art. 366 c.p.p.

Invece, più problematico, sotto il profilo della concreta praticabilità della portata del dettato normativo, appare essere tale facoltà con riferimento a soggetti diversi dall'indagato.

In effetti, a meno che non si voglia intendere l'espressione "atti" come "documenti", per cui potrebbe ipotizzarsi ad esempio il rilascio di copia di un titolo di credito sequestrato, al di là di quanto concesso al denunciante, al querelante o alla p.o. o al danneggiato dal reato nel procedimento contro ignoti ex art. 107 disp.att. c.p.p., risulta molto difficile individuare quali atti di indagine siano comunicabili a tali soggetti.

Competente al rilascio di copie, estratti e certificati è – come sancito dall'art. 116 comma 2 c.p.p. – il PM, il quale – escluse le ipotesi in cui a chiederli siano l'indagato o il suo difensore allorché la legge prevede il deposito degli atti – valutata la ricorrenza e fondatezza dell'interesse addotto dal richiedente e l'inesistenza di controindicazioni per l'ulteriore svolgimento delle indagini, provvederà con decreto motivato ed inoppugnabile.

In generale, il tema del rilascio di copie degli atti del procedimento disposto dall'art. 116 c.p.p. deve essere armonizzato con le norme a tutela del diritto di difesa e, tra queste, sicuramente le disposizioni ricomprese nell'art. 309 c.p.p., che impone il deposito degli atti, presentati dal PM al GIP a sostegno della richiesta di misura cautelare. Essendo il deposito di tali atti presso la cancelleria del GIP funzionale al pieno esercizio del diritto di difesa, le facoltà riconosciute al difensore si estendono sino a ricomprendere l'estrazione di copie ritenute utili, senza che occorra l'autorizzazione dell'autorità procedente, necessaria con riferimento a quegli atti che non siano stati depositati (Cass. Pen. Sez. II 26.10.1994 n. 4620).

In effetti la norma di cui al citato art. 116 c.p.p. va coordinata anche con l'art. 43 disp. att., secondo cui l'autorizzazione non è richiesta nei casi in cui è riconosciuto espressamente al richiedente il diritto al rilascio di copie, estratti o certificati di atti ex lege ed ex ante, come nel procedimento cautelare (artt. 309, 310 c.p.p.), quando siano depositati atti ai quali il difensore ha diritto di assistere (art. 366 c.p.p.), alla chiusura delle indagini preliminari (art. 415 bis c.p.p.), in seguito all'esercizio dell'azione penale (artt. 419 e 552 c.p.p.).

In tutti questi casi si deve ritenere di essere al di fuori dell'ipotesi contemplata dall'art. 116 c.p.p..

Oggetto del diritto al rilascio di cui all'art. 116 sono le COPIE, gli ESTRATTI ed i CERTIFICATI dei documenti, che fanno parte del fascicolo del procedimento. Soggetto legittimato è chiunque vi abbia interesse e tale interesse può essere ravvisato sia nel diritto di difesa in altro procedimento sia in un più ampio e generale interesse informativo che comunque dovrà essere vagliato dall'AG.

In via rigorosa, come da norme e giurisprudenza, tutti gli atti del procedimento possono formare oggetto di richiesta di rilascio, ad eccezione degli atti coperti dal segreto ai sensi dell'art. 329 c.p.p.; tale segretezza viene meno solo nelle ipotesi derogatorie specificatamente previste dagli artt. 117 e 118 c.p.p., ma non nel caso dell'art. 116 c.p.p..

Il rilascio di quanto richiesto non fa venir meno il divieto di pubblicazione degli atti.

Udine, 18.01.2011.

Il Sostituto Procuratore della Repubblica
- dott. Claudia Danelon -