



## Editoriale

# INDAGINI DIFENSIVE, FUNZIONE DEL DIFENSORE, ETICA DELL'AVVOCATO

La legge 7 dicembre 2000 n. 397 relativa alla regolamentazione delle indagini difensive costituisce una svolta nella disciplina della prova.

-La rottura del monopolio della prova a favore di altri soggetti diversi dal P.M. – nella fase delle indagini preliminari – dal Giudice e dallo stesso P.M. – nelle successive fasi processuali, non può non essere evidenziata con forza.

Superando gli angusti limiti nei quali “il diritto di difendersi provando” risultava confinato dall’art. 38 disp. att. c.p.p., sia nella sua formulazione originaria, sia a seguito delle modifiche di cui alla l. n. 332 del 1995 (ora, significativamente abrogata), il legislatore oggi stabilisce (V. art. 71 n. 397 del 2000, con cui viene introdotto l’art. 327 bis c.p.p.) che ai fini del più ampio “esercizio del diritto di difesa”

il difensore, (ovvero, a seguito di incarico da parte dello stesso difensore, gli investigatori privati autorizzati nonché, ove necessario, i consulenti tecnici) possa svolgere autonome investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito.

Oltre ad evidenziare che l’attività investigativa può riguardare sia la persona sottoposta alle indagini sia le altre parti priva-



te sia la persona offesa, va sottolineato, sotto il profilo cronologico, che il momento iniziale per l'espletamento dell'attività *de qua* è rappresentato dal momento del conferimento dell'incarico professionale (art. 327 bis comma 1 c.p.p.), pur non escludendosi la possibilità di una attività di investigazione preventiva nell'evenienza che si instauri un procedimento penale (art. 391 *nonies* c.p.p.).

Lo spazio temporale nel quale si colloca l'attività investigativa del difensore riguarda sia la fase di cognizione (in ogni suo stato e grado), sia la fase esecutiva, sia quella tesa a promuovere il giudizio di revisione.

In parallelo con i poteri del P.M., al difensore è consentito oltre lo svolgimento dell'attività suppletiva di indagine (art. 419 c.p.p., come integrato dell'art. 13 della legge in esame), anche quella integrativa (art. 430 c.p.p., come sostituito dell'art. 14 della legge in esame).

Molto ampio si presenta lo spettro dell'attività espletabile dal difensore. In rapida successione, si segnalano: la richiesta di documentazione alla Pubblica amministrazione (art. 391 *quater* c.p.p.); l'accesso ai luoghi per la presa visione e descrizione ovvero per l'esecuzione di rilievi vari (art. 391 *sexies* c.p.p.); l'esame delle cose sequestrate (art. 366 c.p.p., come modificato dall'art. 10 della legge in commento), gli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 391 *decies* commi 3 e 4 c.p.p.).

Un ruolo centrale e decisivo è sicuramente assegnato all'attività di cui all'art. 391 bis c.p.p., cioè all'acquisizione di notizie presso persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa (art. 11 della legge in esame) laddove sono ricomprese tre attività profondamente diverse tra loro: il colloquio, la ricezione di dichiarazioni, l'assunzione di informazioni.

Con la prima attività, i già citati soggetti legittimati ex art. 327 bis c.p.p. si limitano a dialogare con la persona informata dei fatti; con la seconda, si richiede il rilascio di una dichiarazione scritta; con la terza, si pongono domande e si danno risposte in successiva sequenza. La presenza dell'imputato e delle parti private è esclusa solo per quest'ultima attività (art. 391 bis comma 8 c.p.p.).

L'attività di indagine è circondata da svariate garanzie di cui la persona informata dei fatti deve essere adegua-

tamente e preventivamente avvertita pena l'inutilizzabilità del materiale probatorio acquisito (art. 391 bis comma 6 c.p.p.). Sarà così necessario che sia chiarito fra gli altri il tipo di attività che si intende svolgere, le modalità della sua documentazione, l'avvertimento della facoltà di non rispondere, la responsabilità per le false dichiarazioni.

Previsioni speciali sono previste per conferire, ricevere dichiarazioni, assumere informazioni da persone detenute (art. 391 bis comma 7 c.p.p.) e da persone sottoposte ad indagini ovvero imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato (art. 391 bis comma 5 c.p.p.).

Tendenzialmente, l'espletamento dell'attività di investigazione è svolto in autonomia e senza l'intervento, a vario titolo, del Giudice o del P.M.

In alcuni casi, invece, questo intervento è ritenuto necessario.

In particolare, va segnalato che nel caso in cui la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini delle indagini, si rifiuti o si prospetti immotivati differimenti da parte del Pubblico Ministero allo svolgimento di specifiche attività difensive (art. 233 comma 1 bis c.p.p., come inserito dall'art. 5 della legge in commento; art. 366 comma 2 c.p.p., come sostituito dell'art. 10 l. cit.; art. 391 *quater* comma 3 c.p.p. con riferimento al rifiuto della Pubblica amministrazione) è consentito ai difensori di proporre opposizione al Giudice.

Nell'espletamento dell'attività di investigazione del difensore, sempre con riferimento alle dichiarazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili per le indagini, vanno segnalati due precisi limiti.

Innanzitutto, in condizione di reciprocità con il P.M. e la P.G., si prevede che non sia possibile richiedere notizie sulle domande formulate e sulle risposte date (art. 362 c.p.p., come modificato dall'art. 9 della legge in esame, ed art. 391 bis comma 4 c.p.p.).

A tutela dell'attività investigativa, l'art. 391 *quinquies* c.p.p. prevede il potere di segretezza da parte del P.M. – in presenza di specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine e per un periodo massimo di due mesi – potere consistente nel divieto alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine.

Particolare attenzione è dedicata dal legislatore alla disciplina dell'utilizza-

bilità del materiale oggetto dell'investigazione difensiva. Innanzitutto, si prevede che gli atti di investigazione possano essere canalizzati direttamente sul Giudice, secondo uno schema duplice. Qualora il Giudice debba prendere una decisione con l'intervento della parte privata, la presentazione può avvenire in quel contesto; se si tratta di decisione eventuale, senza intervento di parte, gli elementi difensivi possono essere depositati presso il Giudice (art. 391 *octies* commi 1 e 2 c.p.p.).

Si forma in tal modo il fascicolo del difensore destinato a confluire, al termine delle indagini preliminari – conservando la sua autonomia – nel fascicolo del Pubblico Ministero (art. 391 *octies* comma 4 c.p.p.). Qualora si tratti di atti non ripetibili – come nelle ipotesi regolate dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 391 *decies* c.p.p. (accesso ai luoghi; accertamenti tecnici non ripetibili) – la documentazione dell'investigazione privata, già destinata in generale, su consenso delle parti, a confluire nel fascicolo del dibattimento, sarà inserita nel fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p. in parallelo con quanto previsto per gli omologhi atti del P.M.

Il regime di cui all'art. 512 c.p.p. opererà anche per gli atti del difensore.

Sempre in analogia a quanto previsto per gli atti del P.M., si prevede, infine, che delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore sia consentita l'utilizzazione ai sensi degli artt. 500, 512 e 513 c.p.p. (art. 391 *decies* comma 1 c.p.p.).

Il materiale probatorio, oggetto dell'attività investigativa, assume dunque a piena dignità di atto processuale e come tale risulterà sottoposto – nei limiti della compatibilità – alla disciplina di cui al Titolo III del Libro II, cioè, alla disciplina generale della documentazione degli atti processuali (art. 391 *ter* comma 3 c.p.p.).

La legge con cui si è introdotta la disciplina delle indagini difensive ha necessariamente previsto una tutela penale delle indagini difensive medesime. Non sarebbe stato possibile un assetto diverso perché senza una tutela penale delle dichiarazioni rese al difensore, non solo si sarebbero espone le indagini al rischio di un inquinamento ma in prospettiva ne sarebbe derivato anche un pregiudizio per la verità processuale nelle ipotesi dell'utilizzazione processuale di queste dichiarazioni.

Premessa la necessità di un apparato penale di tutela delle indagini difensi-

ve, nella legge non vi è alcun cenno relativo alla tutela dalle indagini difensive scorrette.

Non c'è una sanzione relativa ad eventuali comportamenti del difensore non solo deontologicamente scorretti, ma che, superando il livello della violazione disciplinare, necessitano di una vera e propria tutela penale.

Questa assenza di norme specifiche ha comportato il rischio che nel vuoto di norme destinate alla tutela delle indagini difensive scorrette, si prospetti la c.d. "pubblicizzazione del difensore" con scenari molto inquietanti, quali la considerazione del difensore come pubblico ufficiale.

Una premessa deve essere posta: il difensore ricerca gli elementi di supporto alla difesa ma un punto fermo va nel contempo ribadito: la genuinità del processo è valore comune al Giudice e alle parti. L'abuso delle indagini difensive, a parte la rilevanza deontologica, ha ancora prima un carattere di insidia tale da poter alterare la verità. La rilevanza penale di un comportamento del genere è difficilmente discutibile. La mancata previsione da parte del legisla-

tore di fatti di reato in tema di abuso, ha però portato verso la deriva di considerare il difensore nell'espletamento delle indagini difensive pubblico ufficiale. Valutazione non condivisibile perché per qualificare l'attività difensiva come una attività pubblica, posto che per essa non può trattarsi di funzione amministrativa, è quanto meno necessario allargare il concetto di funzione giudiziaria. Funzione giudiziaria intesa come funzione propria di tutti i soggetti che intervengono nel giudizio processuale. Ma se così fosse si trasformerebbe la difesa in una funzione. Ma poiché "funzione" significa vincolo allo scopo, lo scopo in questo caso trascendendo gli interessi dell'assistito riporterebbe la figura del difensore nella orbita diretta della verità processuale.

Ma l'Avvocato esplica il suo mandato nell'ambito dell'art. 24 della Costituzione che prevede il diritto di difesa. Il diritto non può essere un potere-dovere. Deve essere un diritto sia pure con dei limiti, ma sempre un diritto con i suoi contenuti di facoltà, di scelta, di libertà.

Riportare il difensore in una orbita

diversa significherebbe negare la difesa come diritto e quindi come espressione di libertà.

Ciò premesso, debbono essere ribaditi sul piano del comportamento gli aspetti deontologici che la materia sottende, aspetti in ordine ai quali è necessario essere molto fermi, indipendentemente dai necessari interventi sanzionatori previsti dalla legge con la introduzione di nuove fattispecie di reato.

La introduzione nel nostro codice di procedura delle indagini difensive costituisce un sicuro riconoscimento del "diritto alla prova" e del "difendersi provando".

Gli avvocati devono nel contesto dei fatti gestire la ricerca della prova con alta professionalità, con scrupolo, con correttezza senza facili scorciatoie.

Sono in gioco la credibilità della classe forense ed il suo riconoscimento di partecipare a quella cultura della giurisdizione tanto spesso da tutti richiamata.

Ma vi è di più: la messa in pericolo di diritti costituzionali riconosciuti ai cittadini.

**Antonio Rossomando**

