



ATTI DELLA DIFESA NEL PROCESSO PENALE

a cura di
ADOLFO SCALFATI



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2009 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-8529-1

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

PARTE SECONDA

LIBRO QUINTO

INDAGINI PRELIMINARI E UDIENZA PRELIMINARE

TITOLO I

DISPOSIZIONI GENERALI

326. Finalità delle indagini preliminari. – 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

327. Direzione delle indagini preliminari. – 1. Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli.

327-bis. Attività investigativa del difensore. – 1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro.

2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

328. Giudice per le indagini preliminari. – 1. Nei casi previsti dalla legge, sulle richie-

ste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa dal reato, provvede il giudice per le indagini preliminari.

1-bis. Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51 comma 3-bis e 3-*quater*, le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

(1)

1-*quater*. Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*quinqüies*, le funzioni di giudice per le indagini preliminari e le funzioni di giudice per l'udienza preliminare sono esercitate, salve specifiche disposizioni di legge, da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

(1) *Comma soppresso.*

329. Obbligo del segreto. – 1. Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

2. Quando è necessario per la prosecuzione delle indagini il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'articolo 114, consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi. In tal

caso, gli atti pubblicati sono depositati presso la segreteria del pubblico ministero.

3. Anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto a norma del comma 1, il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato:

a) l'obbligo del segreto per singoli atti, quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone;

b) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni.

Quadro essenziale

I. Finalità delle indagini preliminari. – II. Le investigazioni difensive. – III. Il segreto nelle indagini.

I. Finalità delle indagini preliminari.

1. La disciplina delle indagini preliminari è uno dei punti qualificanti il passaggio ad un sistema tendenzialmente accusatorio. Si ripudia il cosiddetto processo bifasico – una fase destinata all'istruzione, l'altra al giudizio –; si disegna un momento preprocessuale, nel quale il pubblico ministero, parte pubblica (Cass., sez. I, 14 dicembre 1995, Abrate, *Cass. pen.*, 1997, 3523), svolge le «*indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*» (art. 326 c.p.p.). Al termine delle stesse, ed alla luce degli elementi raccolti, richiede l'archiviazione ovvero esercita l'azione (cfr. art. 125 norme att. c.p.p.). La prova, tuttavia, si forma in dibattimento, salvo eccezioni (atti irripetibili, giudizio abbreviato, ecc.). Naturalmente quanto sopra esprime una tendenza, a fronte della quale non sono mancate eccezioni e resistenze (v., ad es., C. Cost., sentt. nn. 24, 254 e 255 del 1992; 368 del 1998).

Questa breve introduzione spiega perché la titolarità delle indagini spetti al pubblico ministero (cfr. artt. 326 e 327 c.p.p.), intervenendo nelle stesse il giudice funzionalmente competente (art. 328 c.p.p.), solo in relazione a singoli atti: principalmente, la decisione sulle domande cautelari (artt. 272 ss. e 316 ss. c.p.p.), e quella sulla richiesta di incidente probatorio, ossia quando occorre anticipare l'assunzione della prova rispetto al tempo del dibattimento (artt. 392 ss. c.p.p.). Oltre che quella, già rammentata, sulla richiesta di archiviazione (artt. 408 ss. c.p.p.). Mentre a parte della dottrina pare incongrua l'attribuzione, allo stesso giudice, del potere di autorizzare la riapertura di indagini a seguito di archiviazione (artt. 414-415 c.p.p.).

II. Le investigazioni difensive.

1. Tali brevi premesse possono spiegare la collocazione sistematica dell'art. 327 *bis* c.p.p., relativo come noto alle investigazioni del difensore, originariamente disciplinate – in forma embrionale, successivamente più articolata con l. 8 agosto 1995, n. 332 – dall'art. 38 norme att. c.p.p. In tale ottica, la l. 7 dicembre 2000, n. 397, appunto introduttiva della disposizione in citata, viene generalmente inquadrata quale proiezione di dettaglio dell'art. 111, comma 2, Cost., e del principio ivi scolpito di parità delle parti (*supra* § I). Parità, peraltro, da non assumere in senso piatto e letterale; difettando, ad esempio, in capo al difensore, poteri coercitivi come il sequestro (*infra* artt. 391 *bis*-391 *decies* c.p.p., Quadro essenziale § III). Così come va rimarcato che l'investigazione difensiva ha sempre carattere facoltativo (art. 327 *bis*, comma 1, c.p.p.), a fronte dell'obbligatorietà delle indagini pubbliche a seguito della ricezione od acquisizione della notizia di reato (da non confondere, ovviamente, con l'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.). Con il che, da un lato si esplicita il diritto di difendersi provando; dall'altro, si chiarisce che la disciplina delle investigazioni difensive non può mai legittimare un'inversione o ripartizione dell'onere probatorio, che continua a gravare sul pubblico ministero (si veda tuttavia C. cost., sent. n. 111 del 1993).

2. Il “difensore” di cui all'art. 327 *bis*, comma 1, c.p.p. è tanto il difensore dell'indagato, quanto della persona offesa (art. 90 c.p.p.) o dell'ente cosiddetto esponenziale (art. 91 c.p.p.); e non vi è ragione di escludere, al riguardo, il difensore dell'ente responsabile “da reato” di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Ciò si ricava dalla genericità della dizione “assistito” di cui alla disposizione in esame, oltre che – e si direbbe soprattutto – dall'obbligo di aderenza al principio scolpito dall'art. 24, comma 2, Cost. Anche se in dottrina non è mancato chi, specie prima dell'entrata in vigore della disciplina di settore, si è interrogato sull'opportunità di estendere le facoltà investigative al difensore dell'offeso.

3. La facoltà in questione sorge «*fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto*» (art. 327 *bis*, comma 1, c.p.p.). Vi è da chiedersi se il requisito della scrittura valga con riferimento al “momento”, ovvero all’“incarico”. Nel primo caso esso fungerebbe da *dies a quo* per la legittimazione ad investigare; nel secondo occorrerebbe, contestualmente od in aggiunta alla nomina di cui all'art. 96 c.p.p., specifico mandato ad investigare. La soluzione corretta, come da molti ritenuto, è la prima: la nomina a difensore di per sé autorizza allo svolgimento delle investigazioni, anche se spesso si sottolinea l'opportunità di farsi rilasciare specifico mandato in tal senso, per salvaguardare la duplice finalità della responsabilizzazione e del “consenso informato” della clientela.

4. A conclusioni opposte deve giungersi invece se si consente l'investigazione da parte del sostituto, oltre che dell'investigatore privato – autorizzato a norma dell'art. 222 norme att. c.p.p. – e del consulente tecnico, “*su incarico del difensore*” (art. 327 *bis*, comma 3, c.p.p.). In tal caso, l'inequivocità del dato testuale obbliga il difensore a conferire incarico specifico al sostituto (oltre che – ma ciò è ovvio – all'investigatore ed al consulente, figure che non troverebbero ingresso nel procedimento in assenza di necessità investigative). Ciò, anche se la nuova formulazione dell'art. 102 c.p.p. – risultante dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 – recide il nesso tra impedimento del difensore e designazione del sostituto, in sostanza legittimando quest'ultimo al compimento di qualsivoglia atto difensivo. Con riferimento al consulente tecnico, vi è da aggiungere che l'incarico *de quo* è possibile se necessitano specifiche competenze (art. 327 *bis*, comma 3, c.p.p.). Dal che deriva l'obbligo, per il difensore incaricante, di dettagliare le stesse, nonché la valutazione di idoneità allo scopo del consulente prescelto.

5. Ovvio che la facoltà di investigare sia attribuita per ricercare elementi favorevoli al proprio assistito (art. 327 *bis*, comma 1, c.p.p.). Si precisa, tuttavia, che l'investigazione deve avvenire «*nelle forme ... stabilite nel titolo VI bis del presente libro*» (art. 327 *bis*, comma 2, c.p.p.; *infra*, artt. 391 *bis*-391 *decies* c.p.p., Quadro essenziale § I ss.). Dal che sorge il quesito se il difensore possa o meno espletare attività investigativa quando essa non sia tipizzata nel titolo ora richiamato. La soluzione positiva, che suggerisce di colmare la lacuna mediante rinvio analogico alle corrispondenti attività del pubblico ministero e della polizia giudiziaria (artt. 347 ss. c.p.p.), appare condivisibile in base ai principi, anche costituzionali (artt. 24, comma 2 e 111, comma 2, Cost.), non potendo la carenza di disciplina positiva comprimere l'esercizio del diritto. A tale conclusione, tuttavia, si oppone talora la giurisprudenza (Cass., sez. II, 12 ottobre 2005, G., *Dir. e giustizia*, 2006, 1, 81; v. altresì, artt. 391 *bis*-391 *decies* c.p.p., Quadro essenziale § III, 1). Infine, va ricordato che quest'ultima ha affermato che il rispetto delle forme di acquisizione degli elementi difensivi è necessario anche quando gli stessi vengano raccolti ai fini della (eventuale) revisione, a norma dell'art. 327 *bis*, comma 2, c.p.p. (Cass., sez. I, 5 novembre 2003, D., *Cass. pen.*, 2004, 3742).

6. Riguardo l'arco temporale dell'investigazione difensiva, l'art. 327 *bis*, comma 2, c.p.p. precisa che il diritto può essere esercitato in ogni stato e grado del procedimento. Quest'ultimo è da intendersi onnicomprensivamente: con riferimento, quindi, sia alle indagini preliminari che al processo. In proposito, va registrata l'affermazione giurisprudenziale per cui, pur in presenza della citata onnicomprensività, è inibita la produzione – ma non la raccolta, sembra – di atti investigativi nel giudizio di legittimità (Cass., sez. III, 19 ottobre 2001, Bonaffini, *Cass. pen.*, 2002, 3784).

7. È possibile investigare anche nella fase dell'esecuzione, oltre che, come visto, ai fini dell'eventuale revisione (art. 327 *bis*, comma 2, c.p.p.). Dalla previsione ora citata esula la facoltà investigativa finalizzata all'eventuale instaurazione del procedimento: ad esempio, la raccolta di elementi utili a proporre querela. La lacuna è colmata dall'art. 391 *octies* c.p.p. (v. artt. 391 *bis*-391 *decies* c.p.p., Quadro essenziale § VII, 1).

III. Il segreto nelle indagini.

1. Già dall'*incipit* dell'art. 329 c.p.p., che si riferisce espressamente agli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, si ricava senza dubbio che l'obbligo del segreto non è previsto per gli atti di investigazione difensiva. Per il resto, la disposizione ora citata vincola temporalmente al segreto interno – ossia nei confronti dei soggetti del procedimento – sin quando l'indagato non possa legalmente conoscere gli atti e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari (art. 329, comma 1, c.p.p.). I due commi successivi autorizzano deroghe alla regola, rispettivamente consentendo al pubblico ministero la pubblicazione di atti prima di detti termini (in tal caso, tuttavia, ciò che viene in rilievo è l'eliminazione del segreto esterno: gli atti sono conoscibili anche da soggetti estranei al procedimento) e prevedendo la possibile proroga dei tempi del segreto. Nel primo caso, la proroga è possibile se vi è consenso dell'indagato o se può darsi pregiudizio per le indagini concernenti persone diverse da questi (art. 329, comma 3, lett. *a*), c.p.p.). Si tratta del cosiddetto potere di segretazione del pubblico ministero: in proposito, va rimarcato che ulteriore esplicitazione di tale potere è prevista proprio all'interno della disciplina sulle investigazioni difensive (art. 391 *quinquies* c.p.p.; v. artt. 391 *bis*-391 *decies* c.p.p., Quadro essenziale § IV, 1).

Nomina del sostituto per lo svolgimento di indagini difensive

Procura della Repubblica presso il Tribunale di¹

L'Avv. (nome e cognome)

premessò

– che con atto del .../.../... è stato nominato difensore nel procedimento penale n. di (nome e cognome), indagato (oppure: “imputato”, “persona offesa”, “ente rappresentativo di interessi lesi dal reato”, “parte civile”, “responsabile civile”, “civilmente obbligato”, “ente responsabile per il reato a norma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231”)² per il reato di cui all'art. nel procedimento sopra indicato;

– che il mandato conferito ha ad oggetto anche la possibilità di svolgere investigazioni difensive³;

nomina

proprio sostituto, nel procedimento sopra indicato, a norma dell'art. 102 c.p.p., l'Avv. (nome e cognome), del Foro di con studio in, Via, n. ed altresì lo

incarica

di svolgere, a norma dell'art. 327 *bis*, comma 3, c.p.p., investigazioni difensive, nelle forme di cui agli artt. 391 *bis* ss. c.p.p., in favore dell'assistito sopra indicato⁴.

Luogo e data

Sottoscrizione del difensore

¹ O, il diverso organo giudiziario che procede al momento della nomina.

² V. Quadro essenziale § II, 2.

³ Il mandato specifico a svolgere investigazioni difensive non è necessario, ma senz'altro opportuno (v. Quadro essenziale § II, 3).

⁴ L'incarico può avere ad oggetto anche singoli atti investigativi.

Conferimento dell'incarico al consulente tecnico (o all'investigatore privato) per lo svolgimento di indagini difensive e accettazione dell'incarico

Al (oppure: al Sig., investigatore privato ⁵)

L'Avv. (nome e cognome)

premess

- che con atto del .../.../... è stato nominato difensore nel procedimento penale n. di (nome e cognome), indagato (oppure: “imputato”, “persona offesa”, “parte civile”, “responsabile civile”, “civilmente obbligato”, “ente rappresentativo di interessi lesi dal reato”, “ente responsabile per il reato a norma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231”) per il reato di cui all'art.;
- che il mandato conferito ha ad oggetto anche la possibilità di svolgere investigazioni difensive;
- che, appunto, egli intende svolgere investigazioni difensive aventi ad oggetto;
- che, a tal riguardo, è necessario possedere le seguenti, specifiche competenze: ⁶;
- che tali specifiche competenze sono possedute da ⁷;

incarica

proprio consulente tecnico (o investigatore privato) il Sig. (nome e cognome) per lo svolgimento le investigazioni difensive sopra indicate ⁸.

Luogo e data

Sottoscrizione del difensore

⁵ Deve trattarsi di persona autorizzata a norma dell'art. 222 norme att. c.p.p.

⁶ V. art. 327 *bis*, comma 3, c.p.p. Tale parte della premessa non va riportata, ovviamente, nell'atto di incarico all'investigatore privato.

⁷ Indicare anche la qualifica professionale. V., altresì, nota precedente.

⁸ È possibile formulare direttive specifiche all'investigatore, ovvero incaricarlo di singoli atti investigativi.

Il Sig. (nome e cognome), (consulente tecnico o investigatore privato), presa visione dell'atto sopra trascritto, dichiara di accettare l'incarico conferitogli.

Luogo e data

Firma consulente tecnico
(oppure investigatore privato)