ATTI DELLA DIFESA NEL PROCESSO PENALE

Tomo I

Seconda edizione riveduta ed aggiornata

a cura di

ADOLFO SCALFATI

coordinamento generale

Orietta Bruno, Alessandro Diddi, Roberto Puglisi

IUSTITIAM COLIMUS

G. Giappichelli Editore

laMiaLibreria

ATTI DELLA DIFESA NEL PROCESSO PENALE

Tomo I

Adolfo Scalfati (*a cura di*)
PROFESSORE ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE
Università di Roma "Tor Vergata"

ATTI DELLA DIFESA NEL PROCESSO PENALE

Formulario e analisi della materia attraverso la giurisprudenza

Tomo I

Seconda edizione riveduta ed aggiornata

coordinamento generale

Orietta Bruno
Ricercatore - Università di Roma "Tor Vergata"

Alessandro Diddi
Ricercatore - Università di Roma "Tor Vergata"

Roberto Puglisi
Dottore di Ricerca - Università di Roma "Tor Vergata"

G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2016 - LINEA PROFESSIONALE - TORINO
© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-7524-338-8 (*Due Tomi indivisibili*)

Stampa: Stamperia Artistica Nazionale S.p.A. - Trofarello (TO)

Le 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, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE GENERALE

	pag.
Presentazione alla seconda edizione	VII
Indice per autori	IX
Indice delle abbreviazioni	XIII
Indice-Sommario (Norme, Quadro essenziale, Atti)	1909

INDICE PER AUTORI

Teresa Alesci
Dottore di ricerca – Seconda Università degli Studi di Napoli; Avvocato

Simona Arasi
Dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Avvocato

Giuseppe Biscardi
Ricercatore – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Avvocato

Antonio Bitonti
Dottore di ricerca – Università degli Studi di Perugia

Carlo Bonzano
Ricercatore – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Avvocato

Orietta Bruno
Ricercatore – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Avvocato

Andrea Chelo
Dottorando di ricerca – Università degli Studi di Roma "La Sapienza"; Avvocato

Nicola Chinappi
Avvocato

Marilena Colamussi
Professore associato – Università degli Studi di Bari

Francesca Maria Cortesi
Professore associato – Università degli Sudi di Cagliari; Avvocato

Marco D'Agnolo
Dottore di ricerca – Università degli Studi di Urbino; Avvocato

Marcello D'Aiuto
Dottore di ricerca – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Avvocato

Francesca Del Vecchio
Dottore di ricerca – Università degli Studi di Foggia; Avvocato

Alessandro Diddi
Ricercatore – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Avvocato

Filippo Raffaele Dinacci
Professore ordinario – Università degli Studi di Bergamo; Avvocato

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 richieste 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 commi 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-*ter*.] (1)

1-*quater*. Quando si tratta di procedimenti per i delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*quinquies*, 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) *Abrogato*.

329. Obbligo del segreto. – 1. Gli atti d'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 che qualificano il passaggio ad un sistema tendenzialmente accusatorio. Si ripudia il cosiddetto processo bifasico (con l'istruzione separata dal giudizio). E 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.). Come noto, l'art. 358 c.p.p. obbliga il pubblico ministero a svolgere accertamenti anche «*a favore della persona sottoposta alle indagini*» (oltre, artt. 358-378 c.p.p., "Quadro essenziale", I). Tale disposizione, che costituisce evidente corollario del dovere di obiettività che incombe sulla parte pubblica, è stata interpretata dalla giurisprudenza (Cass., 23 giugno 2010, T., *Cass. pen.*, 2011, 3108) nel senso che eventuali omissioni al riguardo sono sfornite di sanzione processuale, potendo colmarsi la lacuna mediante l'esperimento di atti di investigazione difensiva (oltre, artt. 391 *bis*-391 *decies* c.p.p., "Quadro essenziale", da I a VI). Sebbene non possa disconoscersi che la previsione di cui all'art. 358 c.p.p. sia connotata da una buona dose di ipocrisia, la giurisprudenza appena citata desta perplessità. Se non altro alla luce dell'ineliminabile distinzione tra indagine pubblica ed investigazione privata: obbligatoria la prima, facoltativa la seconda (*infra*, II, 1).

Gli atti di indagine preliminare non hanno di regola valore probatorio, tranne eccezioni (atti irripetibili, giudizio abbreviato, acquisizione concordata a norma dell'art. 431, comma 2, c.p.p.).

Questa breve introduzione può spiegare perché la titolarità delle indagini spetti al pubblico ministero (cfr. artt. 326 e 327 c.p.p.), intervenendo nel corso delle stesse il giudice funzionalmente competente (art. 328 c.p.p.), solo in relazione a singoli atti. Tra cui, principalmente, la decisione sulle domande cautelari (artt. 272 ss. e 316 ss. c.p.p.), e quella sulla richiesta di incidente probatorio (artt. 392 ss. c.p.p.). Oltre che quella, già rammentata, sulla richiesta di archiviazione (artt. 408 ss. c.p.p.). A parte della dottrina è sembrata invece 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 dell'art. 327-*bis* c.p.p., relativo come noto alle investigazioni del difensore, e significativamente situato tra la previsione di titolarità delle indagini in capo al pubblico ministero (art. 327 c.p.p.), e l'attribuzione di competenze *ad acta* al giudice della fase (art. 328 c.p.p.). La l. 7 dicembre 2000, n. 397, introduttiva della disposizione in esame, viene generalmente inquadrata quale proiezione di dettaglio dell'art. 111, comma 2, Cost., e del principio ivi scolpito di parità delle parti. Parità, peraltro, da non assumere in senso piatto e letterale. Difettando, ad esempio, in capo al difensore, poteri coercitivi come il sequestro (oltre, 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, è evidente, con l'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.). Il carattere eventuale dell'inchiesta privata è da intendersi con riferimento tanto allo svolgimento di atti investigativi, quanto alla produzione, nel procedimento o nel processo, degli stessi (cfr. oltre, artt. 391-*bis*-391-*decies* c.p.p., "Quadro essenziale", II, 4, IX, 2). Da un lato, quindi, 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, 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'investigazio-

ne da parte del sostituto, oltre che dell'investigatore privato – autorizzato a norma dell'art. 222 norme att. c.p.p. e d.m. 1° dicembre 2010, n. 269 – 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 – 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, 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 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, si ricorda che per quest'ultima il rispetto delle forme di acquisizione degli elementi difensivi è necessario anche quando gli stessi vengano raccolti ai fini della 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 (ed è quindi senz'altro possibile la produzione di atti investigativi nel corso del giudizio abbreviato. In ultimo v. Cass., sez. V, 13 gennaio 2015, Giovannetti, *www.cortedicassazione.it*, per la quale ciò è possibile anche in caso di rito abbreviato incondizionato). 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 previ-

sione 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. Il che, beninteso, non esime il difensore ed i suoi ausiliari – anche se i piani non vanno confusi – dal rigoroso rispetto delle disposizioni che tutelano la riservatezza dei soggetti coinvolti nell'attività investigativa (v. deliberazione n. 60 del Garante della Privacy, *Gazz. Uff.* 24 novembre 2008, n. 275). 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. Quest'ultima è possibile se vi è consenso dell'indagato o se può darsi pregiudizio per le indagini concernenti altre persone (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 esplicazione 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).

134

Nomina del sostituto per lo svolgimento di indagini difensive

Procura della Repubblica presso il Tribunale di ... ... [1]

L'Avv. ... ... (nome e cognome)

premesso

– 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];
– che il mandato conferito ha ad oggetto anche la possibilità di svolgere investigazioni difensive [3];

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 indicato [4].

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.

135

Conferimento dell'incarico al consulente tecnico per lo svolgimento di indagini difensive e accettazione dell'incarico

Al ... ...

L'Avv. ... ... (nome e cognome)

premesso

– 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");
– 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: ... ... [5];
– che tali specifiche competenze sono possedute da ... ... [6];

designa

proprio consulente tecnico il Sig. ... ... (nome e cognome) per lo svolgimento delle investigazioni difensive sopra indicate.

Luogo e data

Sottoscrizione del difensore

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

Luogo e data

Firma consulente tecnico

---

[5] V. art. 327-*bis*, comma 3, c.p.p.

[6] Indicare anche la qualifica professionale. V., altresì, nota precedente.

136

Conferimento dell'incarico all'investigatore privato per lo svolgimento di indagini difensive e accettazione dell'incarico

Al Sig. ... ..., investigatore privato [7]

L'Avv. ... ... (nome e cognome)

premesso

– 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");
– che il mandato conferito ha ad oggetto anche la possibilità di svolgere investigazioni difensive;
– che, appunto, egli intende svolgere investigazioni difensive aventi ad oggetto ... ...;

designa

proprio investigatore privato il Sig. ... ... (nome e cognome) per lo svolgimento delle investigazioni difensive sopra indicate. Queste ultime dovranno consistere esclusivamente nelle seguenti attività: ... ... [8]
L'attività di investigazione privata non potrà proseguire oltre la data del ... ... [9]

Luogo e data

Sottoscrizione del difensore

---

[7] Deve trattarsi di persona autorizzata a norma dell'art. 222 norme att. c.p.p. e del d.m. n. 269 del 2010.

[8] Cfr. artt. 391-*bis* e 391-*sexies* c.p.p. (v. artt. 391-*bis*-391-*decies* c.p.p., "Quadro essenziale", I, 2, III, 2, V, 1, VI, 2) e art. 5 d.m. n. 269 del 2010. Elencare espressamente, e pertanto circoscrivere, le attività delegate all'investigatore, appare necessario specie in virtù dell'orientamento giurisprudenziale volto ad affermare il *numerus clausus* degli atti di indagine difensiva (v. "Quadro essenziale", II, 5).

[9] Se l'incarico, come di regola avviene, viene conferito nel corso delle indagini preliminari, non si vede come possa essere oltrepassato il termine fissato per la loro durata; termine che potrà essere eventualmente rinnovato in caso di proroga a norma dell'art. 406 c.p.p.

Il Sig. ... ... (nome e cognome), investigatore privato autorizzato a norma del d.m. n. 269 del 2010, presa visione dell'atto sopra trascritto, dichiara di accettare l'incarico conferitogli.

Luogo e data

Firma investigatore privato