



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



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

Il filone normativo e giurisprudenziale in tema di indagini difensive si presenta incerto. Ben 18 anni dopo l'entrata in vigore della legge n. 397/2000, un lungo processo evolutivo ha visto una gestione travagliata del sistema delle investigazioni difensive. L'analisi del sistema americano aiuterà ad evidenziare le soluzioni di metodo.

di Mariangela Miceli
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Estratto dal n. 11/2018 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Venerdì 23 Novembre 2018

Sommario: Premessa: sul panorama normativo interno e internazionale; 1. L'evoluzione normativa interna dell'investigazione difensiva; 2. La prova nelle indagini difensive nel sistema americano; 3. Accertamento delle verità processuale vs fair trial; 4. Le indagini difensive all'estero; 5. Conclusioni.

Premessa: sul panorama normativo interno e internazionale

Il diritto processuale penale è quel corpus normativo che si occupa di tutte le attività dirette ad attuare il diritto penale, tant'è che, infatti, si parla di strumentalità del processo penale rispetto al diritto penale sostanziale.

Tradizionalmente, i sistemi processuali sono distinti in inquisitori ed accusatori, pur se si tratta di una classificazione meramente dottrinale, elaborata sulla base di caratteristiche di ordinamenti giuridici vigenti in un determinato periodo storico.

Nei sistemi inquisitori, in genere, si assiste al c.d. cumulo delle funzioni processuali: in altre parole, in capo ad un unico organo si concentra sia il potere di acquisire che quello di valutare la prova, con una conseguente marcata valorizzazione della presunzione di colpevolezza, con poco spazio per una effettiva contrapposizione dialettica tra accusa e difesa; nei sistemi accusatori, invece, il procedimento penale è ispirato al principio del contraddittorio nella formazione della prova, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, dinanzi al quale assume rilevanza la presunzione di non colpevolezza dell'imputato.

Vale la pena evidenziare in questa sede come un'ulteriore caratteristica del sistema accusatorio sia l'iniziativa probatoria di parte (diritto di difendersi provando), espressione del potere (e della facoltà) dell'accusa e della difesa di ricercare ciascuna gli elementi probatori necessari a sostenere le proprie posizioni.

Ciò posto, non vi sono dubbi che il difensore impegnato nella ricerca della prova debba godere di un forte senso di accuratezza e di analisi giuridica per poter rinvenire nelle pieghe delle indagini quanto in modo naturale tende ad occultarsi ^[1], tanto più che l'attività di indagine cela in re ipsa la possibilità di invadere innumerevoli diritti statuiti dalla stessa Carta costituzionale, quali, ad esempio, la libertà personale, quella del domicilio, nonché il diritto alla riservatezza.

Pertanto, ogni attività investigativa (quale ispezioni, perquisizioni, sequestri ed intercettazioni) deve essere svolta entro specifici confini normativi.

In tema di indagini difensive ci si muove, però, su un terreno difficile, come dimostra la circostanza che, a distanza di ben 18 anni dall'entrata in vigore della L. 397 del 2000, siamo lontani dal vedere un'applicazione vera e concreta di quanto disposto dall'art. 111 della Costituzione in tema di giusto processo^[2].

Esaltare la prospettiva individualistica del diritto di difesa allo scopo di ottenere maggiori poteri espone a fragilità "sistemiche": ritenere che l'investigazione difensiva debba esistere allo scopo di bilanciare l'opposta indagine pubblica conduce a quella riduzione delle distanze che non soddisfa le esigenze costituzionalmente orientate. Se, infatti, il metodo di formazione della prova deve porsi al centro della struttura processualistica, allora il semplice limare le distanze dal giudice può tradursi nell'attribuzione di poteri processuali tesi a formare unilateralmente le prove.

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

Il diritto di "difendersi indagando" nasce, infatti, dal diritto di difesa sotto la declinazione del diritto alla prova. In sintesi, per contraddire è necessario conoscere, proprio perché il processo penale è quel procedimento volto ad accertare la responsabilità penale in ordine al fatto dell'imputazione. Per raggiungere tale obiettivo, il P.M. dovrà dimostrare che il fatto è riferibile all'imputato e che sia stato lui a commetterlo al di là di ogni ragionevole dubbio. Accertare il fatto di reato ed appurarne le dinamiche significa che se ne deve dar prova, ai sensi di quanto disposto dall'art. 187 c.p.p.

1. L'evoluzione normativa interna dell'investigazione difensiva.

All'interno del codice di procedura penale del 1930 le investigazioni difensive non trovarono riconoscimento alcuno, in quanto il difensore era considerato un mero garante dei diritti dell'imputato, in relazione alle attività svolte dal P.M. e dal giudice nel corso del processo.

Il diritto alla prova - e, per contro, il diritto alle indagini difensive - era fortemente condizionato da una prassi limitatrice: ad esempio, il difensore che avesse avuto colloqui sui fatti di causa con persone indicate quali testimoni, veniva considerato censurabile sotto il profilo disciplinare e deontologico. Va da sé che il colloquio con un potenziale testimone fosse in qualche modo vietato e la difesa per poterli sentire si sarebbe dovuta rivolgere alla P.G..

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1988 si ha l'inizio del cambiamento; la "delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del

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

Il legislatore, a dispetto di una disciplina analitica e minuziosa dell’attività investigativa svolta dal P.M. e dalla P.G., contenuta nel Libro V del codice di rito, riservava alle indagini difensive però un’unica disposizione - peraltro collocata all’interno delle disposizioni d’attuazione - approvate con d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 - ovvero l’art. 38, rubricato “Facoltà dei difensori per l’esercizio del diritto alla prova” e collocata tra le “Disposizioni relative alle parti private e ai difensori”. Tale norma, al comma 1, si limitava a disporre che “al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall’art. 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni”.

Al comma 2 puntualizzava che tale attività potesse “essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati”. Tuttavia, la norma si presentava lacunosa, poiché il legislatore si limitava a determinare il diritto di difendersi tramite lo svolgimento di un’indagine privata, senza indicare nulla circa le persone contattabili dal difensore, le modalità dei colloqui e la relativa documentazione, né sul regime di utilizzabilità processuale dei risultati delle investigazioni compiute dal difensore o dai suoi ausiliari.

Pertanto, l’art. 38 disp. att. si traduceva, diversamente da quanto la sua collocazione voleva indicare presentandola come norma di attuazione del diritto di difesa, in una mera norma programmatica, priva di un contenuto precettivo innovativo.^[3]

Da qui le prese di posizione della giurisprudenza, che, in merito alle indagini difensive, sono rinvenibili in due orientamenti la cui linea di demarcazione può essere considerata la legge 332 dell’8 agosto 1995 che, con le innovazioni apportate all’articolo 38 delle norme d’attuazione, ha riformulato gli orientamenti giurisprudenziali fino a quel momento accolti. Prima che il legislatore intervenisse in favore della posizione difensiva con la legge sopra citata, si era consolidata una profonda discrasia tra accusa e difesa, in virtù della c.d “teoria della canalizzazione”, affermata come la ratio comune di ogni decisione. Tale tesi affermava in sintesi che il difensore potesse solo ricercare ed individuare i mezzi di prova senza avere la possibilità di acquisirli, ritenendosi che per tale attività fosse preposto il solo pubblico ministero. Ne conseguiva che ad esso non restava altro da fare che “canalizzare” il thema probandum verso il pubblico ministero, per sollecitarlo all’acquisizione, in virtù dell’obbligo previsto dall’articolo 358 c.p.p.

Va da sé che tale tipo di orientamento fosse coerente con la scelta codicistica di attribuire al magistrato del pubblico ministero una funzione difensiva ex articolo 358 c.p.p. e non vi erano soluzioni alternative, a fronte della vaghezza dell'articolo 38 delle norme di attuazione che si limitava ad un'enunciazione di principio e per nulla descrittiva, pur essendo l'unica disposizione in merito.

Poiché il difensore non rivestiva la qualifica di pubblico ufficiale, essendo così escluso dall'applicazione delle norme previste in materia di false informazioni al magistrato ex art. 371 bis c.p. e falsità in atti ex artt. 476 e 479 c.p., non dava adeguate garanzie di attendibilità e autenticità. Il nodo centrale poggiava sull'assunzione di informazioni da persone informate, che venivano considerate mere scritture private non affidabili quanto alla loro genuinità.^[4]

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

Un primo miglioramento si ebbe, come già sopra accennato, con la legge 332 dell'8 agosto 1995: la novella legislativa, infatti, diede spunto ad un'interpretazione autentica alla norma di attuazione. Furono aggiunti all'articolo 38 att. i commi 2 bis e 2 ter, nei quali si precisava che il difensore potesse presentare "direttamente al giudice" gli elementi ritenuti utili ai fini della decisione da adottare e che questi poi sarebbero confluiti nel fascicolo delle indagini. La giurisprudenza dovette prendere atto dell'intervento chiarificatore e cambiare la propria posizione, a beneficio di un riequilibrio del rapporto accusa – difesa.

La diretta conseguenza fu una rielaborazione della facoltà di svolgere indagini difensive, tale che il difensore poteva ricercare, individuare ed anche acquisire i mezzi di prova. A tale proposito la Suprema Corte stabilì che "gli atti investigativi compiuti dal difensore ai sensi dell'articolo 38 disp. att. c.p.p., essendo formati da un soggetto del procedimento nell'esercizio di una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento al fine di essere esibiti al giudice, che ha il dovere di prenderli in considerazione al momento della decisione, hanno il valore di atti del procedimento, per cui il loro risultato probatorio è utilizzabile tanto quanto quello degli atti di indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero", tuttavia, "La valutazione del contenuto degli atti investigativi della difesa rimane affidata al prudente apprezzamento del giudice, il quale, nell'esercizio del suo libero convincimento⁶³, deve comunque tenere conto della diversità di disciplina esistente tra l'indagine condotta dal titolare della funzione d'accusa e quella del difensore, ed in particolare della circostanza che gli elementi forniti dalla difesa sono circondati da una minor garanzia di veridicità, dato che alle dichiarazioni raccolte ai sensi dell'articolo 38

disp. att. c.p.p. non si applicano gli articoli 371bis, 476 e 479 c.p., né le rigorose modalità di documentazione cui devono attenersi gli organi inquirenti”.

Il difensore poteva svolgere la propria indagine privata, essendo libero di ricercare, individuare, acquisire i mezzi di prova e quindi formare e presentare la prova ma, unico inconveniente di non poco conto, il giudice l'avrebbe considerata meno genuina, meno attendibile.^[5] Mancava ancora un passo decisamente importante per avvicinarsi ad una lettura costituzionalmente orientata del diritto di difesa: fare in modo che i giudici valutassero con lo stesso metro di giudizio gli atti presentati dal difensore e quelli forniti dal magistrato del pubblico ministero.

Il contesto evolutivo normativo delle indagini difensive ha coinvolto anche figura del difensore-avvocato che, da semplice garante della persona assistita, ha assunto un ruolo ben più dinamico, potendo far accertare, raccogliere e, infine, poter far valere nel corso del contraddittorio processuale elementi in grado di acquisire valenza probatoria utile alla difesa del proprio assistito: invro, prima della novella legislativa introdotta con la legge 397/2000, l'indagato, soprattutto nella fase delle indagini preliminari, non veniva posto nelle condizioni di intraprendere alcuna azione difensiva idonea a configurare elementi probatori da contrapporre alla pubblica accusa.

Nel disegno di legge n. 2849 del 10 luglio 1997, fu presa in considerazione l'ipotesi che molti processi, attraverso gli opportuni interventi difensivi, avrebbero ridotto l'iter temporale di definizione.

Ciò si sarebbe reso possibile attraverso la modifica delle norme di cui all'art. 369 c.p.p., inviando all'indagato, contestualmente all'iscrizione del suo nome nel registro delle notizie di reato, l'informazione cosiddetta di garanzia.

Un atto squisitamente di carattere garantista che, però, non vide mai la luce. L'attuale art. 369 c.p.p., infatti, al suo primo comma dispone che “solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha il diritto di assistere, il pubblico ministero invia per posta, impiego chiuso raccomandato con ricevuta di ritorno, alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, una informazione di garanzia con indicazione delle norme di legge che si intendono violate, della data e del luogo del fatto e con invito a esercitare la facoltà di nominare un difensore di fiducia”.

Quindi, come ben si può notare, neanche la modifica apportata successivamente dalla legge 332 del 1995, che arricchiva l'art. 38 disp.att. di ulteriori due commi, il 2 bis e il 2 ter, attribuendo al difensore la facoltà di presentare direttamente al giudice gli elementi probatori rilevanti raccolti, favorì di fatto un miglioramento della disciplina.

Anzi, in conseguenza dell'inasprimento del dibattito giurisprudenziale sorto a seguito della modifica dell'art. 38 disp. att. c.p.p., nuove e significative modifiche furono introdotte a seguito del varo della legge 479/1999 la c.d. "Legge Carotti", recante "Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense".

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

Fu operato, così, un significativo passo in avanti a favore del riconoscimento delle indagini difensive, concedendo, ad esempio, alla persona sottoposta alle indagini ed alla parte offesa di rilevare l'incompetenza territoriale del pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari.

Infine, è con l'entrata in vigore della L. 397/2000 che si è ottenuta una disciplina unitaria e dettagliata delle investigazioni difensive: abrogato l'art. 38 delle disposizione di attuazione, il legislatore ha dettagliato gli elementi oggettivi di cui deve essere composto il verbale che il difensore redigerà, e su cui poggerà la validità dello stesso, così come la previsione di cui all'articolo 391 quater c.p.p. che offre la possibilità di richiedere alla Pubblica Amministrazione la documentazione utile ai fini delle indagini; inoltre, per quanto concerne l'accesso ai luoghi pubblici o aperti al pubblico al fine di visionarli, procedere alla loro descrizioni ed eseguire eventuali rilievi (quando si rende necessario accertare l'esistenza tracce e effetti materiali del reato) è precisato che, qualora non vi sia il consenso della persona che ha la disponibilità del luogo, l'accesso è consentito solo se

autorizzato dal giudice; qualora, infine si tratti di accertamenti tecnici non ripetibili, si applica la disposizione ex art. 391 decies, terzo comma c.p.p., mentre, ai sensi dell'articolo 391 nonies c.p.p., la possibilità di eseguire attività investigativa preventiva, nell'eventualità che si instauri in procedimento penale, rende possibile il compimento di indagini a prescindere dall'esistenza di un procedimento penale.

Appare evidente, dunque, come, con l'avvento delle indagini difensive, il ruolo dell'avvocato si sdoppi: non è più solo il difensore che passivamente contraddice nell'oralità del dibattimento, ma è parte attiva e dinamica nella ricerca delle fonti di prova.

2. La prova nelle indagini difensive nel sistema americano

Il sistema di diritto processuale penale negli Stati Uniti appare completamente differente rispetto al nostro .

In questa sede non appare inutile evidenziare come il sistema americano, appartenendo ad un sistema di common law, consista in una imponente sovrapposizione c.d. “massive overlay” di norme e sentenze, che vanno dalla Costituzione degli Stati Uniti, matrice fondante i diritti ed i principi a cui fanno riferimento le sentenze delle varie Corti, alle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti ed alcune norme a carattere federale, a leggi e sentenze statali che producono i loro effetti nei rispettivi Stati. La ricognizione delle fonti che regolano tale materia negli Stati Uniti trova perciò la sua limitazione nelle diverse normative che i 50 Stati hanno adottato nel corso del tempo.

Le indagini difensive nel sistema americano costituiscono un vero e proprio dovere per il difensore, i cui compiti non sono indicati all'interno di un codice, quanto piuttosto negli standards relativi alla defense function formulati dall'American Bar Association (A.B.A.). Al difensore si raccomanda di svolgere una tempestiva investigation sulle circostanze del caso che deve, tra l'altro, comportare sempre specifiche attività dirette ad ottenere le informazioni in possesso dell'accusa e delle autorità di polizia. Tale particolare tipo di indagini viene in considerazione come un profilo del diritto dell'imputato a sviluppare la propria difesa in giudizio anche attraverso l'autonoma presentazione di prove a discarico. In proposito, si può parlare di un vero e proprio diritto costituzionale, esplicitamente previsto in alcuni Stati e riconosciuto dalla Corte Suprema.

Vale la pena evidenziare che, al di là della previsione normativa delle indagini come dovere e diritto, non è prevista alcuna organica regolamentazione positiva né a livello legislativo, né delle rules of court, né delle regole deontologiche e neppure degli standards dell'A.B.A.: tutte le fonti intervengono solo a fissare i limiti dell'attività del difensore, la

cui estensione trova unico fondamento nella prassi, determinata, in via di fatto, dalla struttura stessa del modello adversary.

Ne consegue che l'indagine difensiva si trasforma in uno strumento necessario per evitare che un processo di parti diventi processo di una parte sola e per garantire l'oralità e la concentrazione del giudizio, irrealizzabili senza un'accurata preparazione del materiale di causa, cosa che solo una previa investigazione può consentire. In particolare, il processo adversary, caratteristico dell'ordinamento statunitense, vede proprio nelle investigazioni difensive un momento fondamentale per il suo corretto funzionamento, basato sulla iniziativa delle parti nella ricerca, individuazione e presentazione dei mezzi di prova, e sulla formazione delle prove nel contraddittorio delle parti in un giudizio pubblico dinanzi alla giuria.

In un tale quadro risulta pleonastico osservare come le indagini del difensore siano, piuttosto che una facoltà, un dovere.

L'American Bar Association (A.B.A.) ha statuito degli standards relativi alla funzione difensiva, secondo i quali, appunto, è dovere dell'avvocato difensore condurre una tempestiva investigation.^[6]

Per quel che concerne l'impugnazione per ineffective assistance, si verifica la stessa scarsa applicazione in quanto si tratta di mezzo di impugnazione difficilmente sostenibile e straordinario, c.d. collateral attack, quindi esperibile solo una volta ultimati i mezzi ordinari.^[7]

Le indagini difensive, oltre a configurarsi come un dovere del difensore, si devono quindi ritenere un diritto della persona sottoposta a procedimento penale: senza le indagini difensive, un simile dettato costituzionale sarebbe lettera morta.^[8]

3. Accertamento delle verità processuale vs fair trial

Il processo italiano si focalizza sull'accertamento della verità processuale mentre il sistema americano struttura il processo attorno ad una regola fondamentale, quella del "fair trial", al fine di consentire un equo bilanciamento delle forze in gioco, tendendo quindi a quello che, in civil law, chiameremmo giusto processo.

Si tratta di un'impostazione, quest'ultima, non esente da difetti, poiché, nonostante consenta un maggior campo d'azione ai "giocatori" del processo penale, può verificarsi che il giudice rimanga a latere della decisione dell'imputato che si opponga all'istruzione

di un procedimento penale per omicidio colposo scegliendo pertanto di essere giudicato per la sola imputazione di omicidio volontario. Una simile decisione, infatti, avrebbe delle ripercussioni in sede di valutazione delle prove fornite dalle parti perché proprio in questo ambito si rivela, esprimendosi, il bagaglio culturale del giudice e il suo comportamento verso le parti e la loro ricerca della prova.^[Washington v. Texas, 388 U.S. 14 (1967). Interessante la motivazione della Corte che ha esplicitamente richiamato, a sostegno di tale interpretazione, la clausola del due process e il diritto al fair trial.]

Nel processo italiano, dominato dal normativismo e dal principio del *jura novit curia*, i giudici invece detengono il monopolio in ordine a tutte le decisioni procedurali, consentendo una tensione verso la verità – pur se meramente processuale – che si presume dotata di migliori garanzie di un risultato affidabile. Il sistema americano, invece, è caratterizzato dall’oralità e dalla concentrazione processuale nel c.d. *day trial*, sgravato dal peso di enormi perizie, *ctu* e capace pertanto di lasciar assorbire alla giuria direttamente e immediatamente le prove all’atto della loro formazione.

Da ciò si può trarre una considerazione importante, anche al fine di sottolineare le differenze tra i due sistemi processuali: mentre in Italia si assiste, pur se in via eccezionale, ad un processo di formazione della prova unilaterale, al di fuori e anche precedente al processo penale ad opera delle parti, negli USA, invece, nonostante le molteplici pressioni che spingono il difensore all’indagine privata, essa si trasforma nella mera raccolta di elementi probatori da sottoporre alla giuria nel dibattimento, sede naturale del processo di formazione della prova.

Il modello americano “a inchiesta di parte”, si realizza, ad esempio, per quanto concerne le fonti dichiarative, nell’assoluta inutilizzabilità processuale delle dichiarazioni al di fuori della sede dibattimentale, in ragione di un principio del contraddittorio forte che attribuisce credibilità alle sole dichiarazioni che si dimostrano tali dopo aver superato lo strumento della *cross-examination*.^[9]

4. Le indagini difensive all’estero

Vale la pena a questo punto evidenziare il focus giurisprudenziale in merito alle indagini difensive all’estero, dal momento che la giurisprudenza nazionale esclude facoltà di investigazione difensiva all’estero, tanto più che l’unico mezzo idoneo ad evitare questioni sulla utilizzabilità delle prove raccolte all’estero per la giurisprudenza è quello della rogatoria (artt. 723 ss. c.p.p.).

Ma, la procedura rogatoria può essere attivata solo dai giudici e dall’organo *Inquirente*, per il tramite del Ministro della Giustizia, in virtù dell’art. 727, primo comma, c.p.p.: da ciò discende che il difensore che vuole raccogliere una prova all’estero, al fine di

preservarne l'utilizzabilità in sede giurisdizionale italiana, deve avanzare apposita istanza di attivazione della procedura rogatoria all'Autorità Giudiziaria o all'Inquirente.

Questo tipo di procedura comporta delle conseguenze non di poco conto: procedendo con l'istanza di attivazione, la Procura viene a conoscenza, prima dell'instaurarsi dello stesso processo, della strategia difensiva seguita dal difensore, così come l'Autorità Giudiziaria, avendo potere insindacabile sull'opportunità di attivare la procedura, potrebbe respingere la richiesta formulata dalla difesa.

Va da sé che il pubblico ministero non è obbligato in senso proprio a svolgere attività d'indagine a favore dell'indagato ed un'eventuale richiesta di incidente probatorio formulata al Giudice è soggetta a limiti più forti di quelli nazionali.

La Suprema Corte di Cassazione ha così ribadito che “In relazione alla inutilizzabilità delle investigazioni difensive, deve rilevarsi che la stessa discende dai principi generali del codice di procedura penale e, pur non essendo esplicitamente affermato che il difensore non può recarsi all'estero a svolgere dette investigazioni, discende dall'ordinamento tale divieto, essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie. Poiché non è prevista la possibilità per il difensore di ricorrere alla rogatoria all'estero, ne discende che tale tipo di atto non è esperibile dal difensore mediante la disciplina prevista dall'art. 391 bis cpp ed egli ha l'obbligo di passare attraverso la richiesta al PM o al GIP, affinché costoro attivino la procedura della rogatoria internazionale. D'altronde, tramite le indagini difensive non è esperibile ogni tipo di atto: il legislatore ha limitato l'oggetto delle indagini all'assunzione di dichiarazioni, alla richiesta di documentazione, all'accesso ai luoghi, ma ad esempio non ha previsto la possibilità di effettuare accertamenti tecnici irripetibili, in relazione ai quali il difensore ha l'obbligo di inoltrare richiesta al PM”.^[10]

La rogatoria si rende necessaria quando un soggetto pubblico proceda ad attività d'ufficio oltre i confini nazionali. In merito, la dottrina, difendendo il principio di parità delle armi tra accusa e difesa come base del principio del contraddittorio affermato dall'art. 111 Cost., ritiene insostenibile la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza di legittimità: dall'art. 729 c.p.p. non si deduce un divieto implicito di ricerca difensiva di prove pro reo al di fuori della rogatoria.

Non di discute tanto sul diritto all'indagine difensiva all'estero, poiché questo è ritenuto pacifico: il difensore può individuare extra moenia persone che riferiscano circostanze utili e può conferire con le stesse per valutarne l'utilità a scopi difensivi, in sostanza può compiere il colloquio esplorativo ex art. 391 bis c.p.p. non documentato. Il problema è

legato all'utilizzabilità o meno delle prove raccolte che in dottrina si ritiene possano essere utilizzate sulla scorta dell'art. 512 c.p.p.^[1]

In altre parole, all'interno della materia esiste sì un generico diritto a compiere le indagini difensive, ma non risultano coordinate attraverso una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 512 bis e 431 c.p.p. ovvero attraverso la sottoposizione di una questione di legittimità alla Corte costituzionale sull'art. 391 bis c.p.p. per violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, sullo sfondo dell'enunciato principio di parità tra accusa e difesa nel contraddittorio.

5. Conclusioni

Appare evidente come in Italia il difensore debba ancora necessariamente riferirsi in fase difensiva al P.M., sia ad esempio per ottenere un'audizione della persona informata sui fatti che rimanga silente ai suoi appelli o per poter chiedere l'apposizione del vincolo di sequestro sui documenti di cui l'amministrazione ha impedito l'ostensione.

Probabilmente, un correttivo potrebbe essere quello di canalizzazione delle istanze difensive direttamente al gip che estrometta il pubblico ministero da qualsiasi "decisione" che influisca sulla strategia difensiva. In quanto organo *super partes*, il gip non avrebbe le tensioni di cui all'articolo 358 c.p.p., liberando così la difesa dell'onere di interagire, talvolta attuando una vera e propria *discovery* anticipata, con il medesimo soggetto dal quale ci si deve difendere.

^[1]Cfr. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 172 "... a differenza del diritto civile, è il diritto dell'ombra". ^[2]Tuttavia, secondo SPANGHER G., Il "giusto processo" penale, in *Studium iuris*, 2000, p. 256, il giusto processo è un'idea che dovrà prendere forma con il tempo in quanto traducibile come un orizzonte mai raggiunto né raggiungibile: "In altri termini, si tratta di una tensione verso la previsione di disposizioni sorrette da finalità di garanzia nella scelta delle diverse soluzioni processualmente possibili". ^[3]PRESUTTI, *Indagini difensive e "parità delle armi"*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 613, il quale afferma che "anche in questo caso, la pochezza del dato normativo racchiuso nel testo riformato dall'art. 38 disp. att. c.p.p. si regge sulla scelta politica di rimettere ad altro specifico intervento legislativo la configurazione organica della disciplina. ^[4]FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 169 e ss. ^[5]Sul tema delle prove, vedasi CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 283 e

ss.. Pur trattate brevemente, in PICCIALLI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007, pag. 84 e ss., le tavole nr. 33, 34 e 35 rappresentano degli schemi relativi alle prove, ai mezzi di prova ed ai mezzi di ricerca della prova, utili ad una prima visione d'insieme del tema. ^[6]Per una disamina del tema in lingua originale mediante lo studio dei casi *Wainwright v. Sykes* e *Reed v. Ross*, vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1186 e ss. ^[7]GAMBINI MUSSO R., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 202, che ricorda come vi sia “una certa chiusura all'affermazione del principio dell'accesso al diritto della difesa in sede di collateral attack”. Per una disamina del tema in lingua originale mediante lo studio dei casi *Wainwright v. Sykes* e *Reed v. Ross*, vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, cit. ^[8]Individuata nel 14° Emendamento della Costituzione Americana, di cui si tratta più oltre. L'argomento viene ampiamente trattato da MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 764 e ss., ove si ricorda, tra l'altro che "a defendant in a criminal case has the right to 'compulsory process for obtaining witnesses in his favor' ". Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi anche BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 333 e ss., e FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 13, 16 e ss. ^[9]MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, cit., pag. 203. ^[10]Cass. Pen. Sez. I, 19 giugno 2007, n. 23967, KANEVA, in Cass. Pen., 2008, p. 4707. ^[11]Cfr. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, Proc. pen. e giust., 2016, n. 6, pag. 4, nota 10.
