

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza

"Investigazioni difensive"

istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre 2016

LA DEONTOLOGIA: UN CODICE DI PARTE, NON A PARTE

I

UN'EQUAZIONE PER UN EQUIVOCO

Questa breve relazione è ispirata dall'esigenza di una serena quanto obiettiva puntualizzazione dei principi di matrice deontologica che sovrintendono a quel particolare campo di intervento dell'avvocato penalista rappresentato dalle investigazioni difensive.

E già in premessa si sottolinea che la particolare caratterizzazione che si è loro qui attribuita non è in funzione della natura delle facoltà che possono essere attivate d'iniziativa dal difensore sul terreno della ricerca e della formazione della prova, bensì in conseguenza dell'aura di diffidenza da cui nella prassi applicativa esse sono ammantate.

Perché non è certamente un caso, ad esempio, che il codice deontologico, all'art. 55 - la cui disamina si rimanda al successivo paragrafo - contempli espressamente il divieto per il difensore e per i soggetti da lui eventualmente delegati di "... corrispondere alle persone, interpellate ai fini delle investigazioni, compensi o indennità sotto qualsiasi forma, salva la facoltà di provvedere al rimborso delle sole spese documentate".

E verrebbe, rizzelandosi, di ribattere: e c'era proprio bisogno di una norma che, con la minaccia di severe sanzioni, ingiungesse ad un avvocato di non tenere letteralmente al soldo una fonte di prova? E che, nel prevedere il rimborso delle sole spese documentate, parificasse tra le righe il legale allo Stato, quando rifonde delle stesse voci quei soggetti che, per la loro qualificata funzione, vengono chiamati ad intervenire nel processo?

Evidentemente sì.

E neppure lo è, un caso, che il legislatore, nel progetto di riforma ormai in dirittura d'arrivo, abbia sostanzialmente subordinato la richiesta di definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato, avanzata immediatamente dopo il deposito del risultato delle indagini

difensive, al decorso di un termine non superiore a sessanta giorni - che è però facoltà del p.m. invocare - e finalizzato allo svolgimento di indagini suppletive, sia pure limitatamente ai temi introdotti dalla difesa.

Proprio questa disposizione dell'impianto di riforma tuttora in gestazione assume per la riflessione che si propone una significativa valenza, legata com'è, nella sua *ratio* ispiratrice, ad uno dei principi cardine della professione forense, e perciò trasfuso al I comma dell'articolo 1 del codice deontologico: il principio del contraddittorio.

La norma in parola richiama l'avvocato al dovere di assicurare la regolarità del giudizio e del contraddittorio. Non solo dunque a rivendicarlo, ma ad assicurarlo, nel rispetto delle regole che governano il giudizio.

Ed è opportuna a questo punto una precisazione, che è poi l'autentica chiave di volta di tali note.

L'avvocato non è il garante della libertà; è il tutore del diritto alla libertà.

Lo scolpisce a chiare lettere il codice deontologico nell'*incipit* dell'art. 1.

Il che vuol dire, nelle povere parole di cui si è capaci, che è unicamente dalle regole che egli attende per il proprio assistito, nel e dall'ordinamento, il riconoscimento di tale condizione, ovvero il disconoscimento della richiesta di compressione e, pertanto, di compromissione della medesima. La sua, ancora più succintamente, è insomma una domanda di legalità, non di libertà; che ne è semmai l'approdo, non il varo.

L'avvocato è un operatore del processo, e nel processo del diritto, e col diritto per la libertà.

E' un'equazione, questa, imprescindibile che ha, non per incognita o variabile, in uno Stato di diritto quale è il nostro, ma come dato certo: le regole, tra cui anche quelle deontologiche.

Ed è su di esse che ci si vuole appuntare; ed è sui principi nelle stesse enucleati che ci si vuole soffermare: per comprendere se può esser valida un'altra equazione, questa volta incentrata specificamente sulle indagini difensive, e sulla loro tenuta e considerazione dentro e fuori il processo, per rimediare, ad esempio, alla stortura che, di fronte ad una richiesta di accesso agli atti inoltrata ad una p.a., ci si senta rispondere che è necessario corredarla di apposita autorizzazione rilasciata dall'a.g.

In realtà, ne basterebbe una di norma, insieme al richiamo che può collegarvi. Si tratta dell'art. 12 del codice deontologico, intitolato "Dovere di diligenza". Nel disposto è invero

contenuto un altro termine oltre alla diligenza, e in anticipo peraltro su quest'ultima: la coscienza. Volendone ricavare l'omologa situazione giuridica a carico dell'avvocato, risulterebbe una locuzione che probabilmente i redattori del codice hanno reputato un pleonasmo, ma che per il fine che qui ci si propone non potrebbe essere invece più azzeccata: dovere di coscienza. Senza farla troppo filosoficamente lunga, e per questo giocando anche sulla costruzione della parola, si è sempre pensato alla co-scienza come a quella consapevolezza che l'essere umano ha di sé in rapporto agli altri, e che è tanto più elevata quanto più egli, pur nella sua specificità, è in grado di riconoscere o di disconoscere ai propri simili ciò che vorrebbe o non vorrebbe per sé stesso.

Ora, l'avvocato ce l'ha come dovere quello di sentire gli altri, ma non come altri diversi da sé, ma come proiezioni in sé degli altri.

E' con questa considerazione del prossimo, prossima alla propria di sé, che l'avvocato assurge al ruolo non solo di tutore della propria clientela, ma di affidatario, ossia di portatore di fiducia, della intera collettività. Per tale ragione, gli si domandano comportamenti consoni, secondo le stesse norme deontologiche, pure nella vita privata; quando possa risulterne compromessa la reputazione personale o la immagine della professione forense.

E' bene infatti chiarirsi che sentire l'altro secondo l'accezione proposta significa comprenderlo, non compenetrarlo.

Tutti gli altri doveri sono come i cerchi concentrici che si espandono in acqua dopo avervi lanciato un sasso: perché tale relazione dell'avvocato col prossimo in tanto è viva e foriera di fiducia in quanto egli, in questa sua vera e propria missione, sia onesto, probo, degno, decoroso, professionale, competente, aggiornato, corretto, rispettoso; in un aggettivo soltanto, responsabile, e in due ancora più specializzanti e definitivi sostantivi: Uomo o Donna.

Solo quando la collettività ne sarà persuasa, l'equivoco che inficia le investigazioni difensive eclisserà dietro l'equazione: il rispetto di tutte le regole che le disciplinano è uguale al rispetto del loro risultato nel processo.

Un'equazione, in definitiva, per un equivoco.

— — —

II

LA DEONTOLOGIA NELLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE, TRA "CONQUISTE" E INVOLUZIONI.

2.1. Il ruolo dei precetti deontologici nell'affermazione delle facoltà investigative del difensore: aperture e preclusioni.

I precetti deontologici, da sempre, hanno massima espressione ed estrinsecazione proprio nel settore delle investigazioni difensive.

In tale ambito, sebbene non assurgano a fonte del diritto sotto un profilo strettamente formale, svolgono una funzione di integrazione e innovazione rispetto alla disciplina contenuta nel codice di rito.

Questa funzione ha determinato il progressivo sgretolamento del carattere sussidiario precedentemente assunto dalle norme deontologiche rispetto a quelle di diritto positivo e la correlata acquisizione, da parte della deontologia, di una funzione paranormativa.

V'è, però, che, pur a fronte di tale "mutato" ruolo e della rinnovata, maggiore incidenza della deontologia sulle norme di diritto positivo, la prima continua ad essere priva di forza cogente e di efficacia tutelabile dinanzi all'autorità giudiziaria.

Che sia anche questo un fattore di "debolezza" delle investigazioni difensive?

Certo è che, mentre l'inosservanza delle norme processuali in tema di indagini difensive conduce all'inutilizzabilità del materiale acquisito, la violazione di quelle deontologiche rileva esclusivamente sotto un profilo disciplinare.

Accanto alla deontologia, con la funzione paranormativa sopra citata, la materia annovera un sistema delle fonti estremamente composito.

Esso si radica, anzitutto, nella Carta costituzionale; l'articolo 24 sancisce, al comma 2, l'inviolabilità della difesa "in ogni stato e grado del procedimento".

Ma il principio cardine è posto dall'articolo 111 Cost, non a caso modificato dalla Legge costituzionale n° 2/1999, in materia di "giusto processo".

Il ruolo preminente sul terreno delle investigazioni difensive è affidato ai principi della "parità tra le parti" e del "contraddittorio nella formazione della prova".

Quale giusto processo, in effetti, in assenza di contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale?

Quale giusto processo, senza garanzia, per l'accusato, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore?

Nell'articolo 111 Cost. risiede, dunque, in tale chiave interpretativa, il fondamento costituzionale per l'approvazione di una disciplina normativa coerente dell'attività investigativa compiuta dal difensore, che si è concretizzata nell'emanazione di una serie di interventi legislativi, culminati nella Legge n° 397/2000.

Pacifica è la collocazione delle norme deontologiche al di fuori dell'alveo delle fonti del diritto: incontrovertibile è l'assenza della forza cogente tipica degli atti normativi.

Quale ruolo assegnare, dunque, alla deontologia e ai suoi precetti?

Quale efficacia nei confronti del professionista, difensore/investigatore nell'ambito del procedimento penale?

La deontologia è etica; e con l'etica si fonde per colmare gli spazi lasciati vuoti dal legislatore con i plurimi interventi "a singhiozzo" che hanno riguardato la materia delle investigazioni del difensore.

Non è un caso che, proprio in tale ambito, tanto nuovo e delicato quanto estraneo alla tradizione forense, i precetti deontologici abbiano costituito un punto di riferimento imprescindibile per gli avvocati penalisti.

Ed è dall'intrinseca delicatezza della materia che discende la necessità degli stessi difensori di riferirsi a parametri comportamentali ben precisi e determinati nello svolgimento di tale qualificata attività.

Perché il richiamo alla deontologia?

La risposta non è univoca e non può avere alcuna pretesa di esaustività.

Innanzitutto perché svolgere investigazioni nell'interesse e in difesa del proprio assistito è, non solo, legittimo, quanto, soprattutto, doveroso ai fini di una diligente esecuzione del mandato; *recte*, ai fini del pieno e compiuto esercizio del diritto di difesa, di cui l'accezione del "difendere provando" costituisce corollario ineludibile.

L'estraneità di tale dimensione alla tradizione forense è esemplificata da un dato oggettivo: soltanto a partire dal 1988 si sono lentamente e progressivamente delineate, nel nostro ordinamento, norme a presidio delle facoltà del difensore.

Il peculiare ruolo assunto dalla deontologia in tale ambito si manifesta, in modo pregnante, nei rapporti che intercorrono tra i due sistemi di norme: codicistiche, da un lato, deontologiche, dall'altro.

E si estrinseca con maggiore "prepotenza" proprio nella materia in esame, ove i precetti deontologici non svolgono soltanto la funzione, propriamente accessoria, di parametro etico-professionale, bensì quella di precursori degli interventi legislativi che si sono susseguiti nel corso degli anni.

Tra i due sistemi normativi - codicistico e deontologico - intercorre, dunque, un rapporto biunivoco: dalla deontologia al diritto e dal diritto alla deontologia.

Per tale ragione, la disamina delle norme deontologiche incidenti sulle investigazioni difensive procederà attraverso il costante raffronto - al fine di evidenziarne le reciproche interrelazioni - tra l'evoluzione delle norme processuali e quella dei correlativi precetti deontologici.

2.2. La deontologia come "limite" all'attività di investigazione del difensore: il Codice del 1930.

Il concetto di deontologia come limite all'evoluzione e all'affermazione delle facoltà di investigazione difensiva non si pone in antitesi con quello, sin qui affermato, di spinta propulsiva all'emanazione degli interventi legislativi che hanno contribuito alla formazione di una disciplina organica della materia.

Un inciso.

Di materia riteniamo debba, correttamente, parlarsi poiché le indagini difensive non sono e non si esauriscono in un dato istituto del diritto penale processuale vigente.

Le investigazioni del difensore costituiscono la massima espressione del diritto di difesa.

Rappresentano la più nobile modalità di esercizio della funzione difensiva.

Quella del "difendere provando"; purché - ed è qui la peculiarità della funzione della deontologia in tale ambito - nel rigoroso rispetto dei precetti deontologici; se non altro perché, come annotato, sono esse stesse (le indagini difensive), in taluni casi, un dovere deontologico.

Ma torniamo ad occuparci del tema centrale dell'indagine.

La deontologia quale limite.

Siamo nella vigenza del sistema processuale inquisitorio. Codice di procedura penale del 1930.

Il difensore è mero garante dei diritti dell'imputato in relazione alle attività svolte dal Pubblico Ministero e dall'Organo giudicante nel corso del procedimento penale.

La concreta operatività del diritto alla prova e, con esso, dell'investigazione difensiva è infrenata dalla ritenuta censurabilità e dalla concreta previsione di sanzioni disciplinari per il comportamento del difensore che abbia intrattenuto colloqui sui fatti di causa con i soggetti indicati quali testimoni, anche se in favore del proprio assistito ⁽¹⁾.

La *ratio* sanzionatoria di siffatti comportamenti risiedeva nella ritenuta contrarietà degli stessi ai principi di correttezza e lealtà nonché della dignità e del decoro professionale ⁽²⁾.

Il paradosso del sistema si ravvisava nella specificazione, da parte del Consiglio Nazionale Forense, del *genus* delle condotte idonee a integrare l'illecito: giammai i soli contatti suscettibili di limitare la libertà, la sincerità e la obiettività del testimone, bensì, anche, il mero colloquio, nella convinzione che ogni contatto fosse tale da determinare una condizione obiettiva di suggestioni e turbamenti dell'animo degli stessi testimoni, anche senza il concorso attivo del professionista.

Si profilava, così, un'evidente distonia del sistema: alla facoltà delle parti private di richiedere al giudice istruttore o a quello del dibattimento l'ammissione dei testimoni, prevista nel Codice, si contrapponeva la preclusione, dettata dalle norme deontologiche, della verifica preventiva in ordine all'utilità dell'elemento di prova.

Un approccio così restrittivo deve essere correttamente inquadrato nella struttura inquisitoria del Codice Rocco e del rito penale dell'epoca, il cui fulcro era costituito essenzialmente dalla discussione finale piuttosto che dalla fase istruttoria di raccolta e acquisizione della prova.

È, questo, nonostante il capovolgimento del sistema da inquisitorio in accusatorio, un retaggio della nostra cultura giuridica ancora troppo vivo e latente nella classe forense per poter dare compiuta attuazione a prerogative e facoltà in tema di investigazioni difensive?

Una "incrostazione" ancora non rimossa da parte dell'Avvocatura e di tutti gli operatori del diritto e dell'ordinamento giudiziario? Forse.

¹ N. TRIGGIANI, "Le investigazioni difensive", Milano, 2002, pp. 10 ss.

² Cons. Naz. Forense del 8 gennaio 1976; Cons. Naz. Forense del 29 giugno 1985, in "Rass. Forense", 1986, 80, m. 798: "È principio consolidato di deontologia professionale che non sia conforme alla dignità e al decoro professionali il comportamento dell'avvocato che, per qualsivoglia motivo, avvicini il testimone per acquisire notizie sui fatti di causa"

2.3. *Il ruolo spiegato dalla deontologia rispetto alla formulazione dell'articolo 38 norme att. cpp.*

L'articolo 38 quale parametro di liceità deontologica dell'attività di indagine del difensore.

Lo scenario processuale in materia di diritto alla prova inizia a mutare con l'affermazione e l'introduzione dei caratteri del sistema accusatorio all'interno del nuovo codice di procedura penale.

L'articolo 2 della Legge n° 81 del 16 febbraio 1987, recante "*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*", conteneva direttive, principi e criteri di connotazione manifestamente accusatoria, quali la "massima semplificazione nello svolgimento del processo", la "adozione del metodo orale", la "partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento".

Principio di parità enunciato, però, nelle premesse e tradito nei fatti, nella fattiva e concreta affermazione.

In effetti, a fronte di una disciplina analitica e dettagliata dell'attività investigativa da parte del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria (contenuta nel Libro V del Codice di rito), il nuovo Codice dedicava una sola disposizione all'attività investigativa del difensore.

L'articolo 38 delle norme di attuazione.

Ed era, soprattutto, la collocazione sistematica a rivelare il chiaro intento del legislatore di attribuire alle facoltà investigative della difesa rilievo marcatamente secondario: all'esterno del *corpus* codicistico, nelle disposizioni di attuazione, approvate con D. L.vo n° 271/1989.

Confermava e avvalorava tale rilievo, infine, il contenuto della norma, formulata in termini estremamente generici e lacunosi.

Il comma 1: "*Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'articolo 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*".

Il secondo: l'attività di investigazione difensiva "*può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati*".

Ne era immediatamente evidente la natura di norma programmatica, priva di effettivo contenuto precettivo innovativo.

Ne era, ancor più, manifesta la *ratio*: la previsione delle facoltà investigative del difensore veniva ancorata al diritto alla prova sancito dall'articolo 190 cpp. e non al diritto di difesa di cui all'articolo 24 Cost. ovvero ai principi del giusto processo enucleati nell'articolo 111.

Un velato - e neppure tanto - tentativo di disconoscerne il fondamento costituzionale?

Ad ogni modo, della disposizione di cui all'articolo 38 norme att. cpp. la giurisprudenza di Legittimità ha esaltato, sin dall'introduzione, i plurimi profili di debolezza e fallacia ⁽³⁾.

La disposizione taceva del tutto in merito ai temi di maggiore "sensibilità" tecnica dell'attività di indagine del difensore, e precisamente: (a) ai soggetti che il difensore avrebbe potuto contattare, (b) alle modalità di svolgimento dei colloqui e della relativa documentazione, (c) al regime di utilizzabilità processuale dei risultati delle investigazioni compiute dal difensore (ovvero dai suoi ausiliari).

In tali lacune si è inserita la Suprema Corte che, nella citata pronuncia della sezione feriale, ha svilito e depotenziato la portata dei risultati delle investigazioni difensive mediante il ricorso alla cosiddetta "*teoria della canalizzazione*": in estrema sintesi, tutti gli elementi probatori, ivi comprese le risultanze delle indagini difensive, dovevano essere - giustappunto - "canalizzati" sul P.M, essendo questi, nella fase delle indagini preliminari, "*non parte, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale*".

L'effetto era devastante (benché in linea con la tradizione forense): il difensore era destituito - *recte*, continuava ad essere destituito - del potere di assumere autonomamente l'elemento di prova.

Accanto a questi profili di carenza, la previsione dell'articolo 38 ha, però, avuto un indiscutibile merito: ha scalfito il divieto deontologico per il difensore di intrattenere contatti con il potenziale testimone.

³ Cass. pen. sez. feriale, 18 agosto 1992, *ric. Burrafato*

Lo stesso Consiglio Nazionale Forense, successivamente all'entrata in vigore del nuovo Codice, manifestava un atteggiamento di apertura e sensibilizzazione all'espletamento di attività di indagine difensiva, quale naturale estrinsecazione del diritto alla prova.

Si ribadisce, alla prova; non ancora, si badi, del diritto di difesa!

In tale panorama, si profilava, sempre più stringente, l'esigenza di una disciplina e di una regolamentazione analitica ed organica della materia; non solo e non tanto per l'estrema genericità ed elasticità della formulazione dell'articolo 38 norme att. cpp, quanto, soprattutto, per arginare gli elevati rischi del difensore di incorrere nella commissione di illeciti penali e, su tutti, nel reato di favoreggiamento personale.

Derive che la Commissione Parlamentare Antimafia stigmatizzava, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 1989 e, dunque, dell'articolo 38, nella Relazione presentata al Parlamento in data 10 ottobre 1990: ***"Infatti il rapporto con i testimoni, e l'indagine su quanto essi sanno, mettono il difensore in una situazione nella quale il discrimine tra richiesta di informazioni e suggerimento della risposta desiderata può diventare sottile. Tanto più che, spesso, il contatto con il teste verrà procurato da parenti, amici e, non raramente, da complici dell'accusato. È auspicabile che vengano a formarsi chiare regole deontologiche soprattutto per le garanzie che il difensore corretto ha il diritto di preconstituersi tanto nei confronti della persona con cui ha preso contatto, quanto nei confronti dello stesso assistito"*** (4).

2.4. La disciplina normativa: la Legge n° 332/1995 e l'introduzione dei commi 2-bis e 2-ter dell'articolo 38 norme att. cpp.

La Legge "Carotti" n° 479 del 16 dicembre 1999.

L'intervento del legislatore, invocato da più parti all'indomani dell'emanazione del nuovo Codice di rito penale, si concretò nella Legge n° 332 del 08 agosto 1995, recante *"Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa"*.

⁴ "Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa. Relazione della Commissione parlamentare antimafia: relatore on. Luciano Violante, in Cass. pen., 1990, 2056 ss.

La novità più incisiva nella cornice normativa dell'epoca è rappresentata dall'inserzione, nell'articolo 38 citato, dei commi 2-bis e 2-ter.

La portata dirompente di tale *novum* legislativo risiede nella tensione al superamento della "teoria della canalizzazione", oltre che nel tentativo di "ripianare" le lacune insite nell'originaria formulazione della norma.

Il disposto del comma 2-bis: "il difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa può presentare direttamente al giudice elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare".

Il successivo comma 2-ter: "*la documentazione presentata al giudice è inserita nel fascicolo relativo agli atti di indagine in originale o in copia, se la persona sottoposta alle indagini ne richiede la restituzione*".

Si conseguiva, così, l'agognato obiettivo di svincolare le facoltà difensive in materia di investigazione dal "filtro" del Pubblico Ministero.

A fronte di tale "conquista", però, continuavano a restare irrisolti i precedenti nodi problematici relativi al regime di utilizzabilità ed alla valenza probatoria del materiale acquisito dal difensore nello svolgimento della propria attività di indagine.

Permaneva, dunque, l'esposizione del difensore ad elevati rischi in termini sia di sanzioni disciplinari sia di incriminazione in ordine ai reati in tema di amministrazione della giustizia.

L'esigenza di codificazione diveniva, pertanto, sempre più impellente.

Fu così che si pervenne all'elaborazione di una codificazione, d'intesa tra il Consiglio Nazionale Forense e il Consiglio direttivo dell'Unione delle Camere penali italiane, riuniti in seduta comune in data 30 marzo 1996; il risultato fu l'approvazione di un *corpus* di diciassette articoli, **di cui ben tredici dedicati alla disciplina delle indagini difensive**: le "*Direttive deontologiche dell'Unione delle Camere Penali Italiane*", specificamente rubricate "*Direttive Deontologiche sui temi dei Rapporti con i colleghi, Rapporti con la Stampa e Indagini difensive*", approvate a Catania il 30 marzo 1996 e chiaramente antesignane delle attuali "*Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*", di cui si tratterà nei successivi paragrafi (5).

⁵ Testo reperibile su *Cass. pen.*, 1996, pp. 1357 ss, con introduzione di G. FRIGO, "*Primi passi del Codice deontologico del difensore penale*", pp. 1355 ss.

Il progetto si segnalava per essere, senza dubbio, la prima codificazione analitica e rigorosa della materia delle investigazioni del difensore, con l'indiscutibile pregio di sopperire all'assenza di altrettante chiare disposizioni normative (codicistiche).

Iniziava a prospettarsi una prima inversione di tendenza rispetto al passato: l'obbligo di osservanza delle disposizioni contenute nelle "Direttive" costituiva indice di genuinità e correttezza, con conseguente estensione dell'indirizzo giurisprudenziale in tema di inutilizzabilità dei risultati delle indagini difensive.

Ulteriore e considerevole apporto legislativo in materia si concretizzò con l'approvazione della Legge "Carotti", n° 479 del 16 dicembre 1999, 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"*.

Questa volta l'incidenza fu diretta alle norme del codice di rito.

L'apporto fu proteso al riconoscimento al difensore delle prerogative d'investigazione all'interno dell'impianto codicistico; giammai, come precedentemente avvenuto, al di fuori di esso, nelle norme di attuazione ovvero in testi e documenti elaborati d'iniziativa e d'impulso delle istituzioni del mondo forense.

L'impronta più incisiva, in senso riformista, riguardò le disposizioni di cui agli articoli 415-bis, 431, 493 comma 3 e 555 comma 4 del codice di procedura penale:

- il nuovo il nuovo articolo 415 *bis* c.p.p. dispone che 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'articolo 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**"*;

- l'articolo 431 c.p.p, contenente la disciplina in materia di formazione e contenuto del fascicolo per il dibattimento, veniva novellato, con l'aggiunta, al comma 2, della previsione secondo la

quale "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**";

- identica previsione era inserita nell'articolo 493 comma 3 c.p.p. in tema di richieste prova, per cui, in termini testualmente omologhi alla disposizione di cui all'articolo 431, "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**";

- analoga facoltà era prevista nell'articolo 555 comma 4 c.p.p., con riferimento al procedimento davanti al Tribunale in composizione Monocratica.

2.5. La Legge n° 397 del 7 dicembre 2000: l'invocata disciplina codicistica delle investigazioni difensive diviene realtà.

La spinta propulsiva all'emanazione della Legge del 2000 è segnata dall'introduzione dei principi del "giusto processo" nel novellato articolo 111 della Carta costituzionale.

Il testo di legge si compone di venticinque articoli, ripartiti in tre capi:

- "Modifiche al codice di procedura penale",
- "Modifiche al codice penale" (⁶),
- "Norme di attuazione".

Una vera e propria irruzione nella struttura e nella sostanza del rito: l'abrogazione dell'articolo 38 delle norme di attuazione e la collocazione della disciplina delle investigazioni difensive, per la prima volta, all'interno dello stesso codice.

Precisamente, nel libro V, titolo VI-bis, rubricato "Investigazioni difensive".

È evidente che non si è trattato di una mera scelta sistematica da parte del legislatore.

L'intento (almeno in linea programmatica) è manifesto: conferire alle indagini della difesa pari dignità formale e sostanziale rispetto a quelle del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria.

L'opzione rivela l'esigenza di dare concreta attuazione ai principi del "giusto processo".

⁶ Si segnala, incidentalmente, che sul versante del diritto penale sostanziale la Legge n° 397/2000 ha introdotto nuove fattispecie incriminatrici a tutela dell'attività di indagine difensiva: l'articolo 371 *ter* c.p. sanziona la condotta del soggetto informato dei fatti che rende dichiarazioni false al difensore; l'articolo 379 *bis* c.p. sanziona la rivelazione indebita di notizie segrete concernenti un procedimento penale.

La disciplina delle prerogative investigative della difesa, contrapposte ai tradizionali strumenti di indagine appannaggio del magistrato inquirente, è condensata in nove articoli del codice di procedura penale.

Nove norme che racchiudono anni di tentativi, parziali e lacunosi, di traguardi intermedi faticosamente raggiunti, di aspettative deluse e osteggiate, non solo, dal naturale antagonista (in senso processuale) della difesa, quale è il Pubblico Ministero, ma perfino dagli stessi Ordini forensi (emblematici gli originari divieti deontologici).

La disciplina codicistica si sostanzia in una triplice tipizzazione delle facoltà del difensore: (a) le attività che questi può compiere, (b) le relative modalità di documentazione, (c) l'utilizzazione processuale degli stessi elementi.

La regolamentazione legislativa ha reso necessario un "rinnovamento" sul parallelo fronte deontologico: con delibera adottata in via d'urgenza il 17 novembre 2000, la Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane sospendeva l'efficacia delle regole di cui agli articoli 5, 6, 7, 8, 9 comma 2, 10 e 11 delle precedenti "Direttive" del 1996, poiché ritenute incompatibili con il nuovo assetto normativo.

Con ulteriore deliberazione urgente del 16 gennaio 2001, la Giunta delle Camere penali, all'indomani dell'entrata in vigore della Legge n° 397/2000, varava le cosiddette "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive", definitivamente approvate dal Consiglio dell'Unione delle Camere penali il 14 luglio 2001 e tuttora vigenti, salve marginali modifiche apportate dal Consiglio delle Camere penali il 19 gennaio 2007.

È un *corpus* di sedici articoli, in cui la materia deontologica, nell'ambito delle investigazioni difensive, è totalmente ridisegnata.

2.6. Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive.

Il Consiglio delle Camere Penali, su proposta della Giunta dell'Unione del 19 Aprile 2001, approvava, come annotato, le «*Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive*».

“*Regole di comportamento*”!

Scelta di denominazione che non è lasciata al caso; che ha, infatti, il merito di rimarcare la *ratio* sottesa alla stesura del lavoro.

L'Unione delle Camere Penali ha voluto fornire al penalista che si approccia alle attività di investigazione difensiva, non solo, avvertenze puramente deontologiche, bensì norme di comportamento che finiscono per identificarsi in vere e proprie "strategie" da adottare, addirittura sopperendo alle lacune del codice di rito.

Un primo raffronto codicistico è sicuramente offerto dall'articolo 327 *bis* c.p.p. - norma processuale cardine in tema di investigazioni difensive - che detta disposizioni generali in ordine alla legittimazione (comma 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*»), alla durata (comma 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*») e ai soggetti facultati al loro svolgimento (comma 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*»).

Il testo approvato dall'Unione si suddivide in quattro parti, rispettivamente intitolate «*Regole generali*» (artt. 1-7), «*Regole per le indagini da fonti dichiarative*» (artt. 8-13), «*Disposizioni relative agli accessi ai luoghi, alla ispezione di cose e agli accertamenti irripetibili*» (artt. 14 - 15) e «*Disposizioni finali*» (articolo 16).

L'articolo 1, al primo comma, statuisce l'applicabilità delle norme contenute nel *Codice deontologico forense* nello svolgimento delle investigazioni difensive, rammentando al difensore, in particolare, il *dovere di probità, fedeltà, competenza e verità*.

Al fine di garantire l'effettività del diritto di difesa, il secondo comma dello stesso articolo avverte come non sia consentita, nell'ambito dell'attività di investigazione difensiva, alcuna distinzione connessa alla natura, di fiducia o di ufficio, dell'incarico ricevuto.

Per quanto attiene alla «*legittimazione alle investigazioni difensive*», l'articolo 2 comma 1 dispone che «*il conferimento dell'incarico professionale, rilasciato con atto scritto, legittima il difensore a svolgere investigazioni difensive **senza necessità di specifico mandato***».

L'atto di nomina, dunque, conferisce al difensore, senza che occorran ulteriori formalità, la

legittimazione allo svolgimento delle investigazioni difensive.

Il passaggio è cruciale: la legittimazione deriva dalla sola qualità di DIFENSORE del professionista.

Da questo primo confronto emerge *prima facie* che la regola deontologica chiarisce la portata della corrispondente regola processuale – contenuta nel sopracitato articolo 327 *bis* c.p.p. – che sembrerebbe essere suscettibile di una interpretazione più restrittiva.

La portata del principio è di tutta evidenza: lo svolgimento di attività investigativa non necessita di un mandato *ad hoc* poiché rientra a pieno titolo nell'attività di difesa tecnica, della quale costituisce una naturale estrinsecazione. È proprio l'articolo 2 ad esplicitare nitidamente questo concetto: l'attività investigativa quale attività "ordinaria", non eccezionale, del difensore.

Si osservi inoltre come l'articolo 327 *bis* cpp, al comma 1, definisca il compimento di attività di investigazione difensiva in termini di *facoltà*: secondo le norme processuali il difensore è libero di scegliere se effettuare simili indagini, non essendovi obbligato da alcuna norma di diritto sostanziale o processuale.

Sul versante deontologico si assiste, invece, ad un vero e proprio capovolgimento di prospettiva: il riferimento è all'articolo 3, intitolato «*Dovere di valutazione*», che recita: «*Il difensore, fin dal momento dell'incarico e successivamente fino alla sua conclusione, ha il dovere di valutare, in relazione alle esigenze e agli obiettivi della difesa, la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni, sia ai fini delle determinazioni inerenti alla difesa stessa, sia per l'ipotesi di un impiego dei risultati nel procedimento, secondo le forme, i tempi e i modi previsti dalla legge*».

Il diritto processuale, quindi, attribuisce al difensore, in termini di *facoltà*, ciò che le norme deontologiche gli impongono come *dovere*.

È pur vero che la regola citata tratta di *dovere di valutazione* in merito al compimento o meno di attività di indagine, ma tale *dovere* non può che proiettarsi in avanti ed espandersi - nel caso in cui la valutazione abbia dato esito positivo - traducendosi in un vero e proprio *dovere di svolgimento* delle indagini ritenute necessarie.

Difatti, l'articolo 3 prevede il *dovere di valutazione* non solo allo scopo di presentare in giudizio

gli elementi di prova raccolti dalla difesa, ma anche – e, si aggiunge, soprattutto – al fine di predisporre una *strategia difensiva*, indipendentemente dalla loro effettiva utilizzazione nel corso del procedimento.

Ecco, allora, che si esternalizza e prende forma il principio secondo cui le *Regole di comportamento* dettate dall'Unione finiscono per diventare delle vere e proprie strategie che il difensore valuta di adottare!

L'articolo 327-bis c.p.p. individua i soggetti delle indagini difensive, precisando che il difensore può conferire incarico ad un sostituto, a consulenti tecnici e a investigatori privati autorizzati. Sul punto, le *Regole di comportamento* forniscono, ancora una volta, precisazioni risolutive.

L'articolo 4, rubricato «*Direzione delle investigazioni*», precisa, infatti, che la decisione di iniziare e terminare le investigazioni, le scelte sull'oggetto, sui modi e sulle forme di esse *competono* al difensore, in accordo con l'eventuale co-difensore.

I commi 3 e 4 dello stesso articolo sanciscono, altresì, che il medesimo difensore è tenuto a rammentare ai suoi ausiliari gli obblighi di legge, con particolare riguardo a quelli relativi agli avvertimenti alle persone con le quali occorre conferire, e a fornire agli stessi informazioni e copie degli atti, *vincolandoli al segreto*.

Questa disposizione sortisce un duplice effetto: per un verso, tende a *responsabilizzare* il titolare delle indagini, affidandogli il compito di assicurare che le investigazioni da lui delegate ad altri soggetti siano svolte secondo *correttezza e ritualità*; per altro verso, *integra* la disciplina codicistica, sul punto silente, assegnando al difensore il diritto-dovere di porre gli ausiliari in condizione di adempiere al mandato.

Il parallelismo con l'articolo 55 del Codice deontologico è doveroso; il comma 4 di detta disposizione stabilisce che il difensore, nel caso in cui demandi lo svolgimento delle attività investigative a sostituti, collaborati, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, "può *fornire agli stessi tutte le informazioni e i documenti necessari per l'espletamento dell'incarico, anche nella ipotesi di segregazione degli atti, imponendo il vincolo del segreto e l'obbligo di comunicare esclusivamente a lui i risultati dell'attività*".

I due precetti tendono verso una finalità comune ed univoca: demandare, in via esclusiva, al titolare della difesa la direzione delle attività investigative.

Si muove nella medesima direzione l'articolo 4, comma 5, lett. c), che introduce l'onere per il difensore di comunicare per iscritto a consulenti e investigatori il loro dovere di rifiutare altri incarichi relativi alla medesima vicenda, senza il suo consenso.

La regola scaturisce dalla realistica esigenza di evitare inopportuni travasi di elementi acquisiti durante le indagini svolte separatamente su incarichi di difensori diversi.

Tra le regole deontologiche generali si colloca l'articolo 5, relativo alle «*Informazioni tra difensore e persona assistita*»: «*Nell'ambito dei rapporti informativi con la persona assistita al fine di coordinare la difesa tecnica e l'autodifesa, il difensore, oltre ad attingere eventuali notizie utili per apprezzare la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni difensive, valuta l'esigenza di comunicare tempestivamente alla persona medesima tale apprezzamento, anche con riguardo alle spese prevedibili per le relative attività*».

La disposizione ha carattere squisitamente deontologico, essendo riconducibile al tema dei rapporti intercorrenti tra professionista e cliente. Merita di essere sottolineato, però, il pregevole richiamo alle esigenze di coordinamento tra difesa tecnica e autodifesa, nell'ottica di una stretta collaborazione tra i soggetti del rapporto professionale.

L'articolo 6 comma 1 ribadisce il dovere del difensore di mantenere il segreto sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ritenga di farne uso diretto nel procedimento in una fase in cui gli atti non sono coperti dal segreto.

Doveroso, ancora una volta, il richiamo e il raffronto con l'articolo 55 comma 3 del Codice deontologico, che testualmente recita: «*Il difensore deve mantenere il segreto sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento, salva la rivelazione per giusta causa nell'interesse della parte assistita*».

L'articolo 7, infine, in termini del tutto sovrapponibili alla previsione contenuta nel comma 7 del citato articolo 55 Codice deontologico, vieta la corresponsione di compensi o indennità alle persone che rendano dichiarazioni o diano comunque la loro disponibilità per consentire atti d'indagine; a queste spetta soltanto il rimborso delle spese documentate.

L'analisi si arresta alle "Regole Generali", ricomprese tra gli articoli 1-7, per una precisa scelta metodologica sottesa al Lavoro dell'Osservatorio, che impone la trattazione delle singole disposizioni e dei principi elaborati dall'UCPI nella materia

in esame in correlazione con la disamina delle prerogative, codificate, di cui si compone la disciplina processuale delle investigazioni difensive (artt. 391bis - 391decies).

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

L'auspicio della presente disamina, svolta sotto il profilo deontologico delle investigazioni difensive, è quello di evidenziarne e analizzarne, in chiave critica, punti di forza e fattori di debolezza, non senza rivendicarne, però, l'origine sofferta e travagliata.

L'analisi non può non impattare contro la - ancora attuale - precarietà, sotto il profilo pratico-operativo, delle investigazioni del difensore.

V'è senz'altro un fondamento di verità nella concezione secondo la quale l'attività probatoria a fini di difesa è ancora riguardata con diffidenza e sospetto di inquinamento della verità processuale.

Innegabile è, però, un altro, concorrente, dato: la mancanza di una cultura dell'investigazione privata.

Così come è, parimenti, indubitabile che le resistenze residuino e persistano, anche, in seguito all'introduzione della Riforma; emblematica, sul punto, la pronuncia della Corte costituzionale n° 184/2009 in materia di investigazioni private e rito abbreviato.

Il superamento della questione di costituzionalità non è rimasto, con tale divisamento, immune da conseguenze pregiudizievoli per la difesa e l'esercizio dei suoi diritti: il valore probatorio delle investigazioni ne è risultato, in un certo senso, depotenziato e affievolito poiché ne è stata vigorosamente affermata la necessità di sottoposizione ad un rigoroso vaglio di attendibilità.

La ragione di tale canone di valutazione è, quasi, sconcertante: in quanto formate fuori dal contraddittorio! Come se non lo fossero, alla stessa stregua, le sommarie informazioni acquisite dal Pubblico Ministero, pienamente utilizzabili per espressa scelta dell'imputato nell'ambito del giudizio abbreviato.

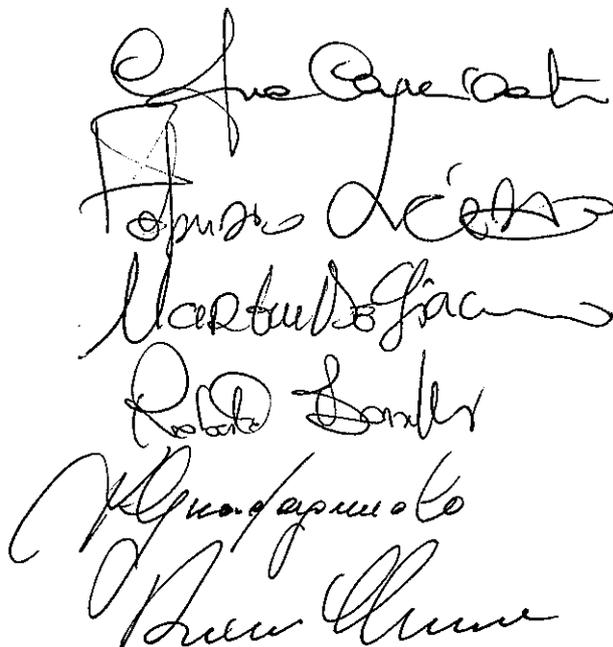
Ed esprime certamente un indirizzo di sfavore, da parte della Consulta, il riferimento all'attendibilità; canone di valutazione che dovrebbe, invero, permeare il vaglio del Giudice rispetto all'intero incarto probatorio, non solo e non particolarmente in relazione alle

investigazioni della difesa.

Un dato è certo: è necessario un completamento, anche normativo, ma, *in primis*, "di mentalità e cultura dell'investigazione difensiva" da parte di tutti gli operatori della giustizia: l'esito della "scommessa" è rimesso allo stesso difensore-investigatore, dunque, alle sue capacità professionali e, su tutto, ai risvolti deontologici della sua attività.

In questo spazio si muove, oggi, il difensore con le sue indagini: tra l'introduzione della disciplina e il suo futuro; fallace o incisivo? Dipende; dal suo saper essere Avvocato.

L'Osservatorio "Investigazioni difensive"


The image shows a list of six handwritten signatures in black ink, arranged vertically. The signatures are: 1. Stefano Caporaso, 2. Tommaso De' Biasi, 3. Maurizio Giacomini, 4. Roberto Lombardi, 5. Giuseppe Paparella, and 6. Bruno Rulli.