

**I CORRETTI RAPPORTI TRA DIFENSORE E POLIZIA
GIUDIZIARIA NELLA DISCIPLINA DELL'ONERE PROBATORIO
NEL PROCEDIMENTO PENALE**

Massimo Saltarelli,
già Comandante P.M., avvocato,
docente di Diritto e Procedura Penale presso scuole di formazione per la P.L.

SESSIONE ORDINARIA
Giovedì 20 Settembre, pomeriggio

ADVOCATUS = ..colui che è chiamato presso altri..

..... In epoca romana, ottenuta UDIENZA,... ci si recava nel FORO e, tutti i documenti, composti in rotoli di pergamena, detti RUOLI, erano contenuti in un sacco. Al momento in cui si esponevano i documenti su cui si verteva, l'avvocato veniva autorizzato a VUOTARE IL SACCO, cioè ad esporre tutti i documenti di cui disponeva

Nella speranza di poter contribuire a quella che è la crescita e lo sviluppo della Polizia Locale, cerco di impegnarmi a portare qualche mia attuale esperienza che, credo, possa dare apporto e qualche utilità alla categoria.

Con l'opportunità di poter vedere e vivere esperienze da una diversa angolazione, rispetto al mio precedente impiego in polizia municipale, sono convinto, comunque, di poter suggerire punti di riflessione con interesse comune. Nel tentativo di metterle a disposizione per quell'ulteriore aspetto di crescita professionale che connota l'attività della Polizia Locale. Anche con questo ormai punto fermo della formazione, costituito dall'odierno convegno e in ottica differente rispetto agli illustri relatori che mi hanno preceduto e che seguiranno.

Credo che la forza e la potenzialità vera della Polizia Locale sia quella di essere in grado di essere strumento flessibile e sempre in linea con l'evoluzione della realtà sociale – che cambia molto rapidamente- e la P.L. deve fare della flessibilità dovuta alla propria struttura il proprio punto di forza.

La vera forza operativa, cioè non essere ancorati a principi troppo consolidati nel tempo (fedeli nei secoli non dovrebbe significare che si ha una struttura secolare) ma saper cogliere tempestivamente la necessità di risposte nuove ed adeguate ai tempi e ai bisogni della collettività.

Risposte adeguate a problematiche sociali che cambiano: per es. negli anni 80 primi 90 in tema di controlli su cittadini extracomunitari la P.M., verificava solitamente i titoli abilitativi al commercio, vendita di merce ecc. oggi, nello stesso contesto, occorre accertare altri aspetti, quali la regolarità della permanenza sul territorio.

Non essere in grado di cogliere tempestivamente la richiesta del cittadino -che mutano velocemente- significa essere un'istituzione anacronistica che se non riesce a stare al passo con i tempi rischia di non poter fornire risposte adeguate.

Si parla spesso (forse se ne parla troppo e troppo spesso) delle negatività legate al fatto di essere legati ad un sistema amministrativo di tipo localistico che varia in tempi ristretti e che alcuni amministratori locali sono poco inclini a politiche di sviluppo concreto della propria P.L.. Certo questo può essere un problema ma tale circostanza ha anche numerose utilità (di cui si parla poco e spesso non vengono tenuti in debita considerazione) cioè l'estrema duttilità dell'organizzazione.

Per la P.L. creare e vedere un nuovo obiettivo è estremamente facile rispetto ad una forza di Polizia con organizzazione centrale.

Rispondere in tempi ridotti alle richieste ed ai bisogni della collettività è la risposta che il cittadino – oggi ancor più che in passato- si aspetta dall'istituzione.

Es. se già dieci anni fa diversi comandi di Polizia Locale organizzavano i c.d. vigili di quartiere e poi nei tre o quattro anni successivi ci sono stati ripensamenti sulla loro istituzione e si è impostata una veloce variazione dell'istituto, rivedendolo nell'assetto, adeguandolo alle realtà locali ecc.. Si è altresì assistito al fenomeno che le Forze di Polizia dello stato sono arrivate a creare tale figura (del poliziotto di quartiere o del carabiniere di quartiere) solo recentemente quando la P.M. già aveva superato quel tipo di impostazione di gestione per far fronte alla crescente richiesta di sicurezza urbana di quartiere o per l'impostazione della c.d. sicurezza integrata.

Strutture specializzate alla ribalta quali RIS, NAS, CCTA ecc., nuclei ambientali delle forze di polizia statale sono arrivati dopo 10 anni rispetto ai nuclei specializzati della P.M.

Oggi l'impostazione condivisa, e cioè, per es., la possibilità di indagine riconosciuta al difensore prevista dalla Procedura Penale, sebbene siano diversi anni che esiste tale l'istituto, la P.L. è ancora una volta prima nell'avere l'ottica e la sensibilità di misurarsi con la realtà, e credo che altre forze di polizia arriveranno ad una simile ottica (proprio per la complessa struttura che le governa) tra molto tempo.

Ciò deve far riflettere sulle reali potenzialità della P.L. e le risorse proprie, e sarà opportuno dedicare così *un'ottica di gestione qualitativa e deontologica, la quale appare più che mai necessaria.*

Riguardo alla posizione dell'Avvocato difensore nell'ambito del procedimento penale, in particolare nella fase delle indagini preliminari e nel momento di raffronto o di rapporto con la Polizia Giudiziaria non ci si può sottrarre dal valutare che la figura del difensore, con l'avvento del processo accusatorio regolamentato dal nuovo codice di procedura penale, è enormemente mutata, tanto che questi è colui che è chiamato a verificare, nell'interesse dell'assistito, in primis il rispetto procedurale dell'iter e successivamente fornire concreti elementi probatori per avvalorare la propria difesa davanti al giudice.

L'avvocato penalista, nell'immaginario collettivo, è indicato come un "*fine oratore*" capace di esporre con suggestione tesi giuridiche capaci di ribaltare il convincimento del giudice, di accattivarsi l'approvazione del Pubblico Ministero e di rapire il pubblico tanto da ottenere espressioni di approvazione collettiva. Questa impostazione storica e ripresa in telefilm americani, nella realtà, non trova più spazio.

Oggi la figura dell'avvocato è cambiata, perché il rito penale attuale non chiama più l'avvocato solo in fase di discussione finale (in passato, con il rito inquisitorio, era uno dei pochi momenti in cui l'imputato per mezzo del difensore poteva esprimersi). Oggi è chiamato ad un ruolo differente, attivo fin dalle prime battute del procedimento. Ciò entra in gioco fin dal momento dell'acquisizione della notizia di reato, momento questo in cui spesso è la P.G. ad operare in autonomia senza che ancora il P.M. di fatto sia entrato in scena. L'avvocato, d'ufficio o di fiducia poco importa, deve "*difendere provando*", raccogliendo elementi probatori utili nel momento a ciò dedicato: la fase delle indagini preliminari.

Così l'impostazione del c.d. "giusto processo" impone alla difesa di essere attivo fin dalle prime battute del procedimento. (immaginiamo una comunicazione erronea di "*possibilità di essere assistiti da un avvocato*" effettuata al momento della contestazione del fatto ad un indagato da parte della P.G. operante, a quali effetti invalidanti può avere sui successivi atti del procedimento)

La professionalità dell'avvocato ora peraltro in via di normazione e all'esame degli ordini forensi italiani attivi per come programmare veri e propri corsi di formazione continua – aspetto questo del tutto nuovo per la categoria. A tal proposito si rifletta sul fatto che ultimamente le ristrettezze di bilancio degli enti pubblici inducono a tagliare drasticamente le spese per la formazione del personale. Ma gli ordini forensi sono in fermento non solo riguardo alla formazione, lo sono anche per affinare strumenti che possano aumentare la professionalità e il livello di preparazione degli appartenenti e ciò, in ambito penale e nell'ottica della pubblica accusa, viene ad assumere il significato di interlocutori maggiormente agguerriti.

Oggi uno studio che tratti il diritto penale deve essere dotato di una organizzazione idonea ed assimilabile a quella del Pubblico Ministero. Certo non potrà disporre degli strumenti a disposizione della Polizia Giudiziaria, delle segreterie delle reti informatiche di indagine, ma certo che gli studi dovrebbero agire per competere in tal senso.

Il difendersi provando è legato alla parità delle parti nel contraddittorio processuale ed implica che gli atti compiuti dalla difesa siano basati sull'assoluta convinzione che siano assolutamente redatti nel rispetto dei canoni di legalità. A tal proposito, essendo le norme sulle indagini difensive ancora migliorabili sotto il profilo della definizione delle corrette procedure, allo stato, la c.d. etica

comportamentale e la deontologia costituiscono il riferimento per l'interpretazione dell'attività della difesa. Attività questa che deve sempre rimanere legata ad una precisa strategia processuale affinché non si cada in uno degli errori più gravi, il c.d. *eccesso di difesa*. La scarsa preparazione e la scarsa conoscenza del punto della causa, determinano errori difensivi che compromettono irreparabilmente l'assistito. Per es. procedere con domande per le quali precedentemente non si è fatta una valutazione circa le possibili risposte, può determinare l'esito di far emergere elementi che non sono attinenti con l'oggetto di ciò che si intende provare per sostenere le ragioni del proprio assistito. Quindi chiarire quale sia la ragione, nella vicenda, del proprio cliente è il primo elemento che occorre definire. Così, tale valutazione è assimilabile alla ricerca degli elementi costitutivi del fatto reato su cui la P.G. dovrebbe lavorare per ricercare e ottenere elementi probatori idonei a sostenerne in giudizio la sussistenza.

L'indagine difensiva o accusatoria deve avere pertanto una meta predefinita e un percorso programmato o, quantomeno, il più chiaro possibile, sia per provarne la estraneità dei fatti sia per sostenerne la colpevolezza o per addivenire alla archiviazione della vicenda.

Cogliere quale sia il "nodo centrale di un processo" è la linea probatoria più efficace. Ciò vale per entrambi i soggetti in questione. La Polizia Giudiziaria, che cercherà di sostenere (provare), per es. l'elemento psicologico, il nesso causale con l'evento, la fattispecie posta in essere riconducendola ad un preciso precetto normativo, la raccolta di quegli elementi utili a trasformarsi in prova una volta arrivati davanti al giudice. Così la difesa nel sostenere, e provare, che ulteriori o diversi elementi incidono sulla vicenda estinguendo o modificando la responsabilità dell'assistito, la sussistenza di cause di giustificazione o cause di non imputabilità.

Tali differenti tesi probatorie, cioè la contrapposizione di posizioni in merito ad un fatto reato, verranno poi valutate dal Giudice il quale è chiamato a "dirimere" utilizzando le norme di legge, le opposte tesi e pronunciarsi in base a quanto da questi conosciuto e percepito.

L'avvocato penalista, quindi, da fine oratore, oggi assume il ruolo di tecnico chiamato ad effettuare una diagnosi sul vero oggetto della causa e, di conseguenza, procedere a definire il miglior percorso per raccogliere o utilizzare quegli elementi probatori che verranno poi utilizzati dal giudice per decidere¹.

Quindi rispetto al previgente codice impostato sul rito inquisitorio nel quale l'imputato, tramite il suo difensore, assumeva un ruolo "attivo" nel momento in cui il giudice istruttore, il Pubblico Ministero inquirente, coadiuvati dalla forza di Polizia, decidevano di chiamare avanti a sé il soggetto affinché questi potesse discolarsi di quanto gli veniva attribuito/imputato. Nell'attuale sistema, che ha mutato completamente l'impostazione, il contraddittorio nella formazione della prova costituisce il *modus procedendi* dell'attività dei soggetti "della scena".

L'aspetto più importante e più concreto che riguarda i corretti rapporti tra difensore e Polizia Giudiziaria è, senza dubbio, la parte del codice di procedura penale che tratta gli obblighi e i compiti della P.G. riferiti al rispetto delle prescrizioni "a cautela" dell'indagato riferibili agli avvisi. Gli avvisi di informazione di difesa, cioè la possibilità, da parte dell'indagato della possibilità di farsi assistere dal difensore durante l'espletamento di determinati atti, la possibilità da parte dell'indagato di farsi assistere da persona di fiducia, la possibilità di far intervenire un difensore e poi, l'obbligo/necessità della presenza del difensore per il compimento di determinati atti espletati dalla P.G.

Così, anche per quanto concerne la partecipazione o l'assistenza del difensore al compimento di talune attività della P.G. è soggetta a regolamentazione circa le facoltà o le possibilità di azione della difesa che tempestivamente interviene².

¹ Legge 7 dicembre 2000, n. 397 "Disposizioni in materia di indagini difensive"

² Corte Costituzionale 2 marzo 2007, n. 62 circa il contenuto del fascicolo delle indagini difensive.

POLIZIA GIUDIZIARIA E DIFENSORE: UN BINOMIO PROCESSUALE IN PERENNE EVOLUZIONE

Cercare di disegnare, anche dal punto di vista sistematico, i rapporti tra Polizia Giudiziaria e Difensore, alla luce della più recente legislazione e giurisprudenza³, non è una impresa facile. Uno dei problemi di tale fatto risalgono alla censurabile abitudine, contratta dal nostro legislatore, di legiferare <<sotto la spinta emotiva di fatti clamorosi e contingenti>>, oscillando tra eccessi di massimalismo ideologico ed una sorta di “*fariseismo*” terminologico, incline a promuovere un linguaggio normativo intenzionalmente oscuro ed ambiguo.

In una limpida, meditata, analisi del percorso riformatore seguito dal nostro legislatore, dalla prima formulazione del codice del 1988 fino all’innesto, nel sistema penale, del potere di indagini difensive concesso al difensore, è stato osservato che il legislatore si è progressivamente avvicinato all’idea, centrale nell’originario impianto codicistico, secondo cui l’attuazione del principio costituzionale di cui all’art. 111 Cost. doveva passare attraverso una condizione di assoluta parità nel contraddittorio tra le parti, davanti ad un giudice terzo ed imparziale⁴.

Il progressivo avvicinamento all’ideologia costituzionalistica è stato suggerito – più che da ragioni di ordine logico sistematico – dalle pressanti esigenze della prassi, di fronte alla sostanziale “*devitalizzazione*” del ruolo della Polizia Giudiziaria, soprattutto nella prima e più delicata fase delle indagini preliminari.

Secondo tale autorevole analisi, l’iter riformatore si è snodato in tre tappe successive. Ma non c’è dubbio che il punto di partenza di tale percorso è costituito dal testo, oggi novellato, degli artt. 348 – per quanto concerne la Polizia Giudiziaria – e art. 391 bis, ter, quater, quinquies.... – per quanto concerne il difensore. Tali norme disciplinano uno degli aspetti di fondamentale rilievo, sotto il profilo dinamico, dei rapporti tra polizia giudiziaria e difensore, in stretta linea con il principio costituzionale sopra citato, ovverosia ponendo in piano di “ASSOLUTA PARITA’” le parti tra di loro in contraddittorio. Particolare attenzione è stata posta riguardo ai limiti dell’attività d’iniziativa della P.G. dopo l’intervento del Pubblico Ministero, ed in presenza di direttiva da quest’ultimo impartite.

La prima fase di questo percorso coincide con l’entrata in vigore della Legge 356 del 7 Agosto 1992 “*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*” che, novellando, appunto, l’art. 348 c.p.p. e intervenendo in parte sulla disciplina dell’attività ad iniziativa della Polizia Giudiziaria, ed in parte sull’attività svolta da quest’ultima su delega del pubblico ministero, ha introdotto significative modifiche all’originario impianto codicistico, prevedendo, tra gli altri, l’espressa legittimazione degli ufficiali di Polizia Giudiziaria ad assumere le informazioni da persona imputata in un procedimento connesso o collegato, anche se detenuta (non è prevista infatti alcuna limitazione correlata allo status del soggetto), purchè siano osservate le garanzie difensive : “La persona predetta, se priva del difensore, è avvisata che è assistita da un difensore d’ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore deve essere tempestivamente avvisato e ha diritto di assistere all’atto” – cfr. art. 351 comma 1 bis c.p.p. -.

³ Cassazione Civile, Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9515

⁴ **Art. 111 Costituzione:** “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, 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; ...”

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore.”

Si trattava ora, dopo questa modifica del 1992, la quale attribuiva al Pubblico Ministero potere di carattere altamente deflativo, di ampliare i poteri del difensore, al fine si dare piena attuazione all'art. 111 cost. , e cioè il potere di consentire alle parti – pubblica accusa e difesa – di porsi in una condizione di assoluta parità.

E' così intervenuta, nell'anno 2000, la L. 397 del 7 Dicembre 2000, la quale ha introdotto un nuovo titolo nel libro V del c.p.p.: titolo VI bis “ Investigazioni difensive”, tale legge ha attribuito al difensore un “mero ruolo di controllo dell'operato investigativo della Polizia Giudiziaria”, concedendogli i poteri di attività investigativa a difesa del proprio cliente. Restano in tal modo salvaguardate le garanzie costituzionali sottese dall'art. 111 Cost. e, ad un tempo, le esigenze di massima semplificazione, speditezza ed efficacia delle investigazioni, che la legge ha inteso realizzare, prevedendo, comunque, una indagine << di regola affidata esclusivamente alla Polizia Giudiziaria>>, con conseguente, significativa deflazione dei carichi di lavoro del pubblico ministero.

Nella terza fase del suddetto iter riformatore, il legislatore ha posto in essere un ulteriore tentativo di razionalizzazione sistematica dei rapporti tra P.M. – P.G. – difensore, in netta controtendenza rispetto al loro originario assetto codicistico. Anzitutto, con l'entrata in vigore della L. 26 marzo 2001, n. 128 (c.d. pacchetto sicurezza) , nel titolo I del libro V, nell'ambito delle <<disposizioni generali>> sulle indagini preliminari, compare l'esplicito riconoscimento della legittimazione della P.G. a continuare a svolgere attività di propria iniziativa, anche dopo la comunicazione della notizia di reato (art. 327 modif. C.p.p.). Ed anzi, la formula normativa adottata (“continua a svolgere”) è tale da suggerire l'esistenza, in capo alla P.G., di un preciso dovere di non interrompere l'attività d'iniziativa eventualmente già attivata per le finalità indicate dall'art. 326 c.p.p. Quanto alle modalità di svolgimento della suddetta attività, lo stesso art. 327 modif. rinvia agli articoli successivi nei quali è specificata, con maggiore dettaglio, in contenuto dell'iniziativa investigativa che la Polizia Giudiziaria può prendere *motu proprio*, con l'obbligo, naturalmente, di avvisare il difensore.

LE NORME CHE RICONOSCONO IL DIFENSORE : D'UFFICIO E DI FIDUCIA

Il difensore è una parte puramente formale dato che l'interesse sostanziale nel processo appartiene all'assistito, parte sostanziale vera e propria. L'azione penale investe diritti che non fanno capo al difensore ma al difeso. Pertanto, il difensore interviene con funzione di assistenza tecnica o di rappresentanza. L'assistenza consiste in una collaborazione di natura tecnica, ossia con espressioni giuridicamente compatibili rispetto al dettato normativo in sostituzione dell'assistito che solitamente non possiede tali conoscenze. La rappresentanza si esplica con la sostituzione del difensore al soggetto interessato nell'esercizio di diritti e facoltà riservati a quest'ultimo. La figura del difensore implica necessariamente la presenza di una parte processuale, ovvero di un soggetto da difendere. Nella fase delle indagini preliminari, in cui possono esservi solo l'indagato e la persona offesa dal reato (la costituzione di altre parti eventuali è rimandata a fase successiva), si può avere la presenza di difensore solo per tali soggetti, e così solo a questi viene rivolto , nel caso, l'invito a nominare il difensore. La nomina prevede che l'interessato, o, se detenuto, un prossimo congiunto , con atto formale scritto o espresso oralmente avanti la P.G. o al Giudice, dichiari di avvalersi di un difensore. Per l'imputato ne sono ammessi al massimo due, per gli altri soggetti al massimo un difensore per ognuno di loro. La difesa d'ufficio che scaturisce da una designazione esterna dalla volontà dell'assistito è di carattere sussidiario. Infatti, perde efficacia nel momento in cui il soggetto proceda con la nomina di difensore di fiducia⁵.

⁵ Nel vigente ordinamento processuale penale **non è ammessa la rinuncia tacita all'incarico da parte del difensore nominato**: la stessa invero non può desumersi dalla condotta processuale tenuta dal **difensore** poiché non compete, di certo, all'autorità giudiziaria, in difetto di una espressa disposizione di legge, sindacare, al di là delle ipotesi del tutto particolari di abbandono o di rifiuto della difesa previste dall'art. 105 cod. proc. pen., le scelte difensive,

Nonostante la rilevanza del suo ruolo, il difensore rimane un soggetto privato, esercente un servizio di pubblica necessità, della cui opera i soggetti delle parti sostanziali e processuali sono obbligati ad avvalersi (art. 359 c.p. ⁶). Di conseguenza la natura privatistica del rapporto tra difensore e parte. Il difensore, quindi, a differenza del P.M. – parte pubblica -, non ha qualità di Pubblico Ufficiale, non ha neppure quella di incaricato di pubblico servizio. Però, quale esercente un servizio di pubblica necessità ha poteri certificatori, di natura pubblica (funzione pubblica certificatoria), in ordine all'autenticazione della sottoscrizione della parte assistita. Oggi, con l'abolizione della categoria dei Procuratori Legali, ex L. 24 febbraio 1997, n. 27, i soggetti abilitati sono solo gli Avvocati . La garanzia della difesa tecnica è anche costituzionalmente garantita ai non abbienti, italiani o stranieri, attraverso lo strumento del gratuito patrocinio. L'avvocato, di fiducia o d'ufficio, verrà retribuito a spese dello Stato per quei soggetti con reddito , proprio, e dei familiari conviventi, complessivamente inferiore a € 9.296,22.

Le norme del c.p.p. che riconoscono espressamente la figura del difensore

Art. 96 c.p.p. *Difensore di fiducia*⁷

Art. 97 c.p.p. *Difensore di ufficio*⁸

espressioni di esercizio libero, autonomo ed inviolabile del diritto di difesa. (Affermando siffatto principio la Cassazione ha escluso che il mancato **intervento** del **difensore** all'interrogatorio cosiddetto di garanzia potesse essere interpretato quale rinuncia al mandato). — Cass. VI, sent. 3898 del 15.2.96 (cc. 26.10.95) rv. 204004. Vedi anche Cass. III, sent. 1346 del 5.2.98 rv. 209816.

⁶ **Art. 359. Persone esercenti un servizio di pubblica necessità.**

Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità:

1. i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi;
2. i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica amministrazione.

7

96. Difensore di fiducia. — 1. L'imputato ha diritto di nominare non più di due difensori di fiducia.

2. La nomina è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa con raccomandata.

3. La nomina del difensore di fiducia della persona fermata, arrestata o in custodia cautelare, finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto, con le forme previste dal comma 2.

⁸ **97. Difensore di ufficio.** — 1. L'imputato che non ha nominato un difensore di fiducia o ne è rimasto privo è assistito da un difensore di ufficio

2. I consigli dell'ordine forense di ciascun distretto di corte d'appello, mediante un'apposito ufficio centralizzato, al fine di garantire l'effettività della difesa d'ufficio, predispongono gli elenchi dei difensori che a richiesta dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria sono indicati ai fini della nomina. I consigli dell'ordine fissano i criteri per la nomina dei difensori sulla base delle competenze specifiche, della prossimità alla sede del procedimento e della reperibilità.

3. Il giudice, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, se devono compiere un atto per il quale è prevista l'assistenza del difensore e la persona sottoposta alle indagini o l'imputato ne sono privi, danno avviso dell'atto al difensore il cui nominativo è comunicato dall'ufficio di cui al comma 2 (

4. Quando è richiesta la presenza del difensore e quello di fiducia o di ufficio nominato a norma dei commi 2 e 3 non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa, il giudice designa come sostituto un altro difensore immediatamente reperibile per il quale si applicano le disposizioni di cui all'articolo **102**. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, nelle medesime circostanze, richiedono un altro nominativo all'ufficio di cui al comma 2, salva, nei casi di urgenza, la designazione di un altro difensore immediatamente reperibile, previa adozione di un provvedimento motivato che indichi le ragioni dell'urgenza. Nel corso del giudizio può essere nominato sostituto solo un difensore iscritto nell'elenco di cui al comma 2.

5. Il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio e può essere sostituito solo per giustificato motivo.

Art. 98 c.p.p. *Patrocinio dei non abbienti*⁹

Art. 99 c.p.p. *Estensione al difensore dei diritti dell'imputato*¹⁰

IL NUOVO RUOLO DEL DIFENSORE NELLE INDAGINI PRELIMINARI: LE INDAGINI DIFENSIVE

La introduzione dell'istituto delle indagini difensive, avvenuta con Legge 7 dicembre 2000, n. 397, la quale ha aggiunto come già sopra riportato gli artt. da 391 bis a 391 decies del c.p.p. ha posto delle serie problematiche sia sul terreno interpretativo che su quello della deontologia dell'avvocato. Prima di questa normativa, la facoltà del difensore legale di svolgere investigazioni per raccogliere prove a favore del proprio assistito era prevista dalle laconiche disposizioni contenute nell'art. 38 delle norme di attuazione del codice, rimasto lettera morta per via della sua natura meramente declamatoria. Le prime applicazioni pratiche della nuova disciplina, divenuta effettiva ed operante, hanno aperto un acceso dibattito in cui trova spazio anche la contrapposizione tra chi vede mutata la figura stessa dell'avvocato e chi ne considera inalterata la continuità con la tradizione.

Il primo e rilevante vuoto della norma si concretizza nella mancanza di entità della sanzione nel caso di falsa verbalizzazione degli interrogatori. Dottrina auspica un intervento legislativo per regolare il caso in cui l'avvocato non si limiti a svolgere compiti di difesa, ma si spinga a formulare accuse nel tentativo di addebitare ad altre persone, espressamente individuate, i fatti di reato contestati al suo cliente, con il risultato che, per ingenuità o per ignoranza, qualche sprovveduto si trovi di fronte a "inquisizioni d'altri tempi". Tale dottrina sottolinea la coerenza di una disciplina che si inserisce armonicamente nell'impronta accusatoria del vigente codice di procedura penale, mentre una delle note salienti dell'abrogato codice di rito del 1932 era la natura inquisitoria del procedimento tale per cui era conferito al potere giudiziario il monopolio nella ricerca e raccolta delle prove...

E' stata poi focalizzata l'attenzione sulla necessità, anche etica, che il difensore agisca nell'interesse dell'assistito, astenendosi dunque dal produrre le prove acquisite nel corso delle indagini che potrebbero rivelarsi pregiudizievoli all'attività difensiva. Ed in questo senso andrebbe letta la nuova disciplina, se non si vuole rischiare di trasformare l'avvocato in un difensore pubblico ufficiale come quelli che si ritrovano nei regimi totalitari.

Si è quindi operata una netta distinzione di ruolo e di funzioni tra il Pubblico Ministero/ Polizia Giudiziaria e l'avvocato, innanzi tutto perché il primo ha un potere-dovere di indagini, mentre in capo al secondo sussiste una semplice facoltà di indagare. Tant'è vero che il difensore può chiedere al p.m. che venga chiamato il teste a deporre, e di conseguenza, la persona informata sui fatti, di fronte al pubblico ministero, ha un obbligo di rispondere, mentre dinanzi all'avvocato (o il sostituto, o l'investigatore privato) ha un semplice onere, quando cioè decida di avvalersi della facoltà di non rispondere. Al contempo, non si può ignorare il problema nascente dall'assenza di una tutela normativa dalle indagini difensive che si affianchi alla tutela penale delle indagini medesime. Lascia alquanto scontenti, in definitiva, il difetto di garanzie atte a impedire indagini scorrette. Fondamentale è ad esempio vietare al difensore di chiedere genericamente alla persona informata sui fatti di riferire ciò che sa. Egli, al contrario, potrà rivolgerle solo domande su elementi specifici.

6. Il difensore di ufficio cessa dalle sue funzioni se viene nominato un difensore di fiducia.

⁹ **98. Patrocinio dei non abbienti.** — 1. L'imputato, la persona offesa dal reato, il danneggiato che intende costituirsi parte civile e il responsabile civile possono chiedere di essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato, secondo le norme della legge sul patrocinio dei non abbienti.

¹⁰ **99. Estensione al difensore dei diritti dell'imputato.** — 1. Al difensore competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato, a meno che essi siano riservati personalmente a quest'ultimo.

2. L'imputato può togliere effetto, con espressa dichiarazione contraria, all'atto compiuto dal difensore prima che, in relazione all'atto stesso, sia intervenuto un provvedimento del giudice.

Rimane comunque fermo il problema delle false verbalizzazioni che resta confinato nella sola sfera della deontologia, ma l'inutilizzabilità delle prove falsamente formate non sarebbe una sanzione sufficiente. Risulterà, poi, difficile, da parte della pubblica accusa provare la falsità delle prove e quindi il tutto si sposterà dalla fase delle indagini preliminari alla fase dibattimentale vera e propria e, l'onere di conoscenza della verità, verrà ad incombere in capo al giudice il quale, nei casi in cui sia consentito si avvarrà, per esempio di periti o di ausili differenti mentre negli altri casi il giudicante dovrà basarsi sulla sola esperienza, intuito, professionalità, capacità, anzianità, conoscenza giuridica, al fine di approvare l'impianto accusatorio o difensivo ed arrivare così alla pronuncia di condanna o di assoluzione. Ossia arrivare ad emendare quel materiale " non genuino" per cui l'evidente difficoltà appare lampante.¹¹

Ritornando, a questo punto, sui concetti di "buon comportamento del difensore", una precisa meditazione sull'impiego del termine "etica" in luogo di un riferimento al concetto di deontologia, posto che il primo ha un'area semantica ben più estesa del secondo che difatti corrisponde ad un segmento specifico, quello professionale appunto, dell'insieme dei valori che ispirano la condotta di un qualunque individuo. Entrando nel merito delle questioni poste dalla "nuova" legge, ci si deve convincere che un risvolto pubblicistico minerebbe la figura dell'avvocato e si porrebbe in antitesi con la svolta operata dal nostro codice moderno, ispirato al rito accusatorio, secondo cui la prova è introdotta dalle parti. Certamente la legge in questione pone dei nodi problematici anche sotto il profilo culturale poiché la ricerca del materiale probatorio non rientra nel ruolo tradizionale dell'avvocato, il quale si è sempre limitato ad un'analisi critica della prova ricercata da altri. Mentre ai sensi dell'art. 358 c.p.p. il pubblico ministero indaga su tutti i possibili aspetti, raccogliendo sia prove a carico che a favore della persona sottoposta ad indagini, e l'avvocato deve considerarsi tenuto a raccogliere le prove utili non ostili. Tutto ciò ha un fondamento costituzionale nell'art. 24 Cost. che sancisce l'intangibilità del diritto di difesa e nell'art. 111 in cui, oltre ad essere affermato il principio di parità dei diritti processuali, si stabilisce che il processo deve svolgersi attraverso il contraddittorio, *rectius*, contrasto tra due tesi, e proprio da questo dialogo conflittuale nasce una soluzione che viene scelta dal giudice come quella più persuasiva. La ricerca della verità giudiziaria è un obiettivo fin troppo evidente e non ci sarebbe nemmeno bisogno di farvi richiamo, ma il giudice deve dire se l'impianto accusatorio è plausibile. L'avvocato, insomma, come già più sopra ribadito, non ha l'obbligo di aiutare il pubblico ministero. Solo difendendo gli interessi del proprio cliente l'avvocato contribuisce alla realizzazione del contraddittorio, altrimenti si profilerebbe un patrocinio infedele. Ecco le ragioni per cui il difensore non va ammantato di un ruolo pubblicistico. C'è una corrente di avvocati che, paradossalmente, in questa tesi del difensore investito di un ruolo di pubblico ufficiale trae argomento per accreditare un potenziamento dei poteri della categoria. Ma l'avvocato non può che avere questa sola etica, cioè essere consapevole che quando il cittadino viene nel suo studio e gli affida la sua vita, la sua reputazione, si crea un momento di religiosità, perché quello è il momento in cui gli dà la sua fiducia. Solo seguendo questa tesi si può arrivare affermando che le indagini difensive sono il punto più avanzato del diritto di difesa.

L'avvocato ha tuttavia poteri circoscritti che si concretizzano nella semplice assunzione di colloqui. Cosa certa è che *le investigazioni tecniche consentite al difensore non possono mai spingersi fino al*

¹¹ Cassazione Penale, Sez. Un., 27 Giugno 2006, n. 32009. Integra il reato di falso ideologico di cui all'art. 479 c.p. la condotta del difensore che utilizzi processualmente le dichiarazioni delle persone informate su circostanze utili acquisite a norma degli art. 391 *bis* e *ter* c.p.p. – indagini difensive- e verbalizzate in modo infedele.

Cassazione Civile, Sez. Un., 10 Gennaio 2006, n. 139. Costituisce illecito disciplinare la condotta di un avvocato che, costituitosi parte civile in un processo penale, abbia sollecitato dichiarazioni nelle forme previste dall'art. 391 *bis* c.p.p. non in favore di propri assistiti, ma in proprio favore: nel processo penale, infatti, l'obbligo della difesa tecnica, sancito dagli art. 96 e 97 c.p.p. ed esteso all'art. 100 dello stesso codice anche alla pa, esclude che le parti, anche se abilitate all'esercizio delle funzioni avvocato, possano essere difese da sé stesse, e comporta, a norma dell'art. 391 *bis* c.p.p., che le investigazioni difensive possano essere compiute soltanto dai difensori delle parti, dai loro sostituti o dagli investigatori privati autorizzati.

punto di consentire al medesimo una qualunque attività sui luoghi o sulle cose che possa in qualche modo alterare lo stato; pertanto, mentre è possibile al difensore procedere ad attività sostanzialmente ricognitive o descrittive, non gli è consentito procedere a verifiche che compromettano un'alterazione dello stato dei luoghi o della cosa, come ad esempio, il prelievo dei campioni al fine di procedere ad esami tecnici. Trib. Di Nola, 3 Marzo 2005.

NELLA PRATICA: "IL DIFENSORE VERBALIZZA CIO' CHE E' FAVOREVOLE AL PROPRIO CLIENTE ...?" ^{*12} A questo punto è lecito chiedersi se il difensore che assume dichiarazioni abbia il dovere di verbalizzare anche le parti sfavorevoli e se ciò gli sia imposto almeno dal suo senso etico. La normativa penale (o mediante l'art. 479 c.p., "falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici", o ai sensi dell'art. 481 c.p., "falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica utilità") contempla delle sanzioni applicabili anche al caso delle verbalizzazioni non integrali? E ancora, si deve volere sul piano legislativo una sanzione di questo genere e, in caso di risposta affermativa, si deve trattare di una sanzione inferiore o superiore rispetto a quella prevista per il pubblico ministero? Nessuno scandalo si solleverebbe nel concepire un avvocato con funzione pubblicistica, soprattutto in seno ad una categoria che invoca la separazione delle carriere dei magistrati. Se ci si mette nei panni di quel cittadino che va davanti al difensore per sottoporsi all'interrogatorio, con ciò rinunciando alla facoltà di non rispondere, ricordando peraltro che l'avvocato ha il potere, trascinandolo dinanzi al pubblico ministero, di porgli ugualmente le sue domande, quello stesso cittadino avrebbe diritto a sapere chi è l'assistito, ma la dottrina degli ordini forensi sono di parere opposto. Proprio perché il teste si trova dinanzi a chi riveste un ruolo di faziosità, egli avrebbe diritto a garanzie ancora maggiori. Ecco perché andrebbe tutto documentato, perché c'è il rischio che una discordanza tra le dichiarazioni rese all'autorità di polizia e quelle rese al difensore conduca il cittadino sul banco degli imputati. È inaccettabile che si possano subire conseguenze negative per le scelte compiute da altri dopo essere stati ascoltati da qualcuno, sia esso il difensore, il detective o l'autorità di polizia. Si può concordare sul fatto che solo negli Stati totalitari il cliente è privato della fiducia nel suo difensore, ma quando quest'ultimo è messo in condizione di poter formare la prova, se è giusto che possa astenersi dal produrla in giudizio, è pur vero che qualora decida di produrla ciò debba avvenire con la garanzia assoluta di genuinità della stessa. E questo vale a fortiori quando a ricercarla sia chi non è deontologicamente tenuto a portare il giudizio sui binari della verità.

IL RAPPORTO TRA AVVOCATURA E VERITA'

Ci si chiede, a questo punto, fino a quale momento il Pubblico Ministero deve ascoltare pedissequamente la sola Polizia Giudiziaria o si deve avvalere, anche, del lavoro di indagine svolto dal difensore: ruoli esercitati, naturalmente per il perseguimento di due interessi diametralmente opposti: provare la colpevolezza e provare la innocenza. All'entrata in vigore della legge sulle investigazioni difensive è seguito un aggiornamento del codice deontologico degli avvocati il quale attualmente contempla, tra le altre garanzie, il divieto per l'avvocato di contattare la persona offesa in modo informale senza avviso scritto al difensore della stessa. La medesima norma, l'art. 52¹³,

¹² Tavola rotonda su etica dell'avvocato e indagini difensive (Quando l'avvocato si veste da Poirot) Fabrizio Reale, 20 giugno 2003

¹³ ART. 52. - **Rapporti con i testimoni.** – L'avvocato deve evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto dei procedimenti con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti.

I - Resta ferma la facoltà di investigazione difensiva nei modi e termini previsti dal codice di procedura penale, e nel rispetto delle disposizioni che seguono.

1. Il difensore di fiducia e il difensore d'ufficio sono tenuti ugualmente al rispetto delle disposizioni previste nello svolgimento delle investigazioni difensive.

pone con un'altra disposizione l'obbligo di riproduzione fonografica se il verbale è redatto in forma riassuntiva. O si registra tutto o si trascrive tutto. L'obbligo di verbalizzare integralmente è fuori discussione. Parte della dottrina forense ha sostenuto la tesi circa la necessità di sanzionare la non integrale documentazione delle dichiarazioni, ma non in modo più severo rispetto a quando tale comportamento venga posto in essere dal pubblico ministero poiché non corrisponderebbe a verità dire che quest'ultimo, a differenza del difensore, riveste un ruolo non connotato da faziosità. È parimenti da escludere che il difensore riveli il nome del proprio assistito poiché così facendo incorrerebbe nella violazione del segreto professionale. Restando in tema di rapporto fiduciario, c'è da chiedersi per quale ragione il difensore dovrebbe produrre una dichiarazione resa da un teste ostile. Uno degli scopi della norma è stato quello di non affibbiare agli avvocati una "*toga ibrida*". Una garanzia prevista dal codice deontologico è quella che impone al difensore di interrogare il teste solo dopo averne dato notizia al suo legale o averlo comunque consigliato di farsi assistere.

-
2. In particolare il difensore ha il dovere di valutare la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni difensive in relazione alle esigenze e agli obiettivi della difesa in favore del proprio assistito.
 3. La scelta sull'oggetto, sui modi e sulle forme delle investigazioni nonché sulla utilizzazione dei risultati compete al difensore.
 4. Quando si avvale di sostituti, collaboratori di studio, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, il difensore può fornire agli stessi tutte le informazioni e i documenti necessari per l'espletamento dell'incarico, anche nella ipotesi di intervenuta segretazione degli atti, raccomandando il vincolo del segreto e l'obbligo di comunicare i risultati esclusivamente al difensore.
 5. Il difensore ha il dovere di mantenere il segreto professionale sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento, salva la rivelazione per giusta causa nell'interesse del proprio assistito.
 6. Il difensore ha altresì l'obbligo di conservare scrupolosamente e riservatamente la documentazione delle investigazioni difensive per tutto il tempo ritenuto necessario o utile per l'esercizio della difesa.
 7. È fatto divieto al difensore e ai vari soggetti interessati di corrispondere compensi o indennità sotto qualsiasi forma alle persone interpellate ai fini delle investigazioni difensive, salva la facoltà di provvedere al rimborso delle spese documentate.
 8. Il difensore deve informare le persone interpellate ai fini delle investigazioni della propria qualità, senza obbligo di rivelare il nome dell'assistito.
 9. Il difensore deve inoltre informare le persone interpellate che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate ad una audizione davanti al pubblico ministero ovvero a rendere un esame testimoniale davanti al giudice, ove saranno tenute a rispondere anche alle domande del difensore.
 10. Il difensore deve altresì informare le persone sottoposte a indagine o imputate nello stesso procedimento o in altro procedimento connesso o collegato che, se si avvarranno della facoltà di non rispondere, potranno essere chiamate a rendere esame davanti al giudice in incidente probatorio.
 11. Il difensore, quando intende compiere un accesso in un luogo privato, deve richiedere il consenso di chi ne abbia la disponibilità, informandolo della propria qualità e della natura dell'atto da compiere, nonché della possibilità che, ove non sia prestato il consenso, l'atto sia autorizzato dal giudice.
 12. Per conferire, chiedere dichiarazioni scritte o assumere informazioni dalla persona offesa dal reato il difensore procede con invito scritto, previo avviso al legale della stessa persona offesa, ove ne sia conosciuta l'esistenza. Se non risulta assistita, nell'invito è indicata l'opportunità che comunque un legale sia consultato e intervenga all'atto. Nel caso di persona minore, l'invito è comunicato anche a chi esercita la potestà dei genitori, con facoltà di intervenire all'atto.
 13. Il difensore, anche quando non redige un verbale, deve documentare lo stato dei luoghi e delle cose, procurando che nulla sia mutato, alterato o disperso.
 14. Il difensore ha il dovere di rispettare tutte le disposizioni fissate dalla legge e deve comunque porre in essere le cautele idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni.
 15. Il difensore deve documentare in forma integrale le informazioni assunte. Quando è disposta la riproduzione anche fonografica le informazioni possono essere documentate in forma riassuntiva.
 16. Il difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni né al suo difensore.

Premesso che nessuno intende pubblicizzare il difensore e che il difensore non deve collaborare con il p.m. ma instaurare con questi un antagonismo serio e leale, qui ci troviamo di fronte ad una legge fortemente voluta dall'avvocatura, una legge che almeno ufficialmente l'avvocatura difende e presenta come una sua conquista. È una legge che almeno in parte equipara l'attività del difensore a quella del Pubblico Ministero. Una legge secondo la quale, in certi casi, e per scelta del difensore, le prove da questi raccolte contribuiscono a determinare il convincimento del giudice alla pari degli elementi raccolti dal pubblico ministero. Senza voler banalizzare, è doveroso d'altro canto evidenziare che se l'avvocato sbandiera il principio della parità tra accusa e difesa e se per un piccolo segmento questa parità si è compiuta con la legge in esame non ci si deve scandalizzare se il difensore, nello svolgimento dell'attività di indagine così facoltizzata, va incontro a sanzioni, anche penali, in caso di infedeltà. Servirebbe, a riguardo, una normativa ad hoc, senza però che si possa prevedere per il difensore una punizione maggiore che per il pubblico ministero. Allo stesso tempo nemmeno ci si può fermare ad una semplice sanzione disciplinare e deontologica perché qui siamo di fronte ad un interesse superiore, il bene di primaria importanza rappresentato dall'autenticità delle dichiarazioni. Si rende necessario, a questo punto, sottolineare che la figura del difensore, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 397 del 2000, rimane comunque una figura nettamente in contrapposizione con la pubblica accusa, per cui gli avvocati e i magistrati nascono e restano separati. Ma, mentre la magistratura è tenuta blandamente al rispetto delle norme di rito dal disposto dell'art. 124 c.p.p., il legislatore, nel predisporre la disciplina sulle investigazioni difensive ha previsto all'art. 391-bis comma 6 che la violazione delle disposizioni relative all'assunzione delle dichiarazioni costituisce illecito disciplinare ed è "comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare". Questo obbligo di segnalazione posto in capo al giudice è, secondo alcuni, da considerarsi un fatto gravissimo.

A questo punto parrebbe lecito trarre le linee di pensiero della magistratura e dell'avvocatura in ordine alla disciplina sulle indagini difensive che si possono sintetizzare come segue. **Il difensore è libero di non produrre le prove che giudichi sfavorevoli in quanto non è vincolato alla conservazione del materiale probatorio e perciò non può qualificarsi come un pubblico ufficiale.** A questa conclusione perviene la categoria dei difensori legali, mentre per i magistrati tale qualità degli avvocati non può essere negata ora che, almeno in parte, hanno ottenuto la parità di armi processuali con i pubblici ministeri, senza peraltro che ciò comporti una pericolosa deriva verso le famigerate figure dei difensori pubblici ufficiali dei regimi totalitari, che adeguate garanzie legislative valgono a scongiurare. Magistrati e avvocati concordano invece sulla necessità di rispettare una norma che per ora è sanzionata solo dal codice di autoregolamentazione dell'avvocatura: quella secondo cui la verbalizzazione delle informazioni raccolte non può che essere integrale e veritiera, anche perché non è difficile intuire il potere mistificatorio insito nell'operazione atta ad estrapolare dall'audizione soltanto alcune delle dichiarazioni rese dal teste, le quali, avulse dal loro contesto, si presterebbero agevolmente all'alterazione del loro significato. Un'ulteriore garanzia invocata dalla magistratura è quella che imporrebbe all'avvocato di rivelare l'identità del proprio assistito e non trova d'accordo la categoria degli avvocati per motivi deontologici ponendosi una tale condotta come una palese violazione del segreto professionale (sanzionata come tale dal più volte citato art. 52 del codice di autoregolamentazione di categoria). Gli avvocati tengono infine ad enfatizzare l'importanza di quella garanzia, cui sono vincolati in forza delle disposizioni previste dal loro codice deontologico, in virtù della quale i difensori dei testi devono essere informati dell'audizione dei loro assistiti ai quali comunque va suggerito di deporre in presenza di un difensore legale. Non meno risalto viene data, sempre da parte loro, a quella previsione dell'art. 52 secondo cui alle verbalizzazioni documentate in forma riassuntiva deve necessariamente accompagnarsi la riproduzione fonografica dell'audizione del teste.

Non si può, in conclusione, sottacere l'esigenza che il legislatore intervenga per colmare i vuoti normativi della legge sulle investigazioni difensive perché la protezione di determinati interessi non

può essere lasciata esclusivamente al senso di responsabilità di chi esercita attività di patrocinio valendosi dei nuovi strumenti concepiti per parificare il suo arsenale di risorse processuali a quello delle autorità inquirenti.

Si è così arrivati ad avere, nell'ambito del codice di procedura penale, un utile strumento per riequilibrare i rapporti tra i soggetti che, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, concorrono a svolgere le indagini necessarie per le determinazioni inerenti l'accusa e la difesa nel procedimento penale.

Tramite le modifiche del codice si è dunque focalizzata l'attenzione sulla necessità, anche etica, che il difensore agisca nel solo ed esclusivo interesse dell'assistito, astenendosi, dunque, dal produrre le prove acquisite nel corso delle indagini che potrebbero rivelarsi pregiudizievoli all'attività difensiva.¹⁴

L'eccesso a tale principio si ha avuto con la sentenza della Cassazione la quale ha consentito al Pubblico Ministero di disporre l'audizione della persona informata sui fatti tramite l'attività investigativa del difensore, persona che si era avvalsa della facoltà di non rispondere dinanzi alla Polizia Giudiziaria, in merito a circostanze alle quali il Pubblico Ministero era strettamente interessato.¹⁵

IL COMPITO-DOVERE-OBBLIGO-FINE DELL'AVVOCATO: DIFENDERE IL CLIENTE¹⁶

La ricerca della verità giudiziaria è un obiettivo fin troppo evidente. L'avvocato non può che avere questa sola etica. Il difensore è libero di non produrre le prove che giudichi sfavorevoli – (*la P.G. deve trasmettere ogni utile elemento*) - in quanto non è vincolato alla conservazione del materiale probatorio.

Ma nell'ambito della libera scelta difensiva permane il limite dell'assoluta legalità circa la linea che si sceglie di intraprendere. Su questo terreno difficilmente definibile, possono nascondersi controindicazioni, dubbi e, a volte, sospetti.

Ciò che è certo è che il difensore dovrà attenersi al più stretto rispetto della legalità in ogni passaggio rivolto alla difesa del proprio assistito. Il rispetto delle norme procedurali e la correttezza

¹⁴ Tavola rotonda su etica dell'avvocato e indagini difensive (Quando l'avvocato si veste da Poirot) Fabrizio Reale, 20 giugno 2003, intervento Presidente dell'Unione Camere Penali Italiane, Ettore Randazzo.

¹⁵ La richiesta al p.m. di disporre l'audizione della persona informata su fatti d'interesse per l'attività investigativa del difensore, che si sia avvalsa della facoltà di non rendere dichiarazioni, deve indicare le circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali si ritiene che esse siano utili alle indagini, con la conseguenza che, in difetto di tali indicazioni, il p.m. non ha l'obbligo di provvedere. *Cassazione penale*, sez. II, 23 novembre 2006, n. 40232

¹⁶ Nel vigente ordinamento processuale penale non è ammessa la rinuncia tacita all'incarico da parte del difensore nominato: la stessa invero non può desumersi dalla condotta processuale tenuta dal difensore poiché non compete, di certo, all'autorità giudiziaria, in difetto di una espressa disposizione di legge, sindacare, al di là delle ipotesi del tutto particolari di abbandono o di rifiuto della difesa previste dall'art. 105 cod. proc. pen., le scelte difensive, espressioni di esercizio libero, autonomo ed inviolabile del diritto di difesa. (Affermando siffatto principio la Cassazione ha escluso che il mancato intervento del difensore all'interrogatorio cosiddetto di garanzia potesse essere interpretato quale rinuncia al mandato). — Cass. VI, sent. 3898 del 15.2.96 (cc. 26.10.95) rv. 204004. Vedi anche Cass. III, sent. 1346 del 5.2.98 rv. 209816.

con la Polizia Giudiziaria e la Magistratura devono sempre connotare la professionalità del difensore.¹⁷

Soprattutto nella fase delle indagini preliminari, interlocutore primario del difensore è la Polizia Giudiziaria. Questa oltre che attenersi a tutti i principi predetti, validi per l'avvocato, avrà anche l'obbligo di dover puntualmente rispettare tutte le previsioni sancite dalla procedura. Infatti, la prima analisi che affronta il difensore, in alcuni casi ancor prima che la notizia di reato sia stata trasmessa al Pubblico Ministero, è quella di scandagliare l'operato dell'organo procedente per accertare eventuali difformità dell'attività svolta.

Ulteriormente, altro aspetto da non sottacere, circa i corretti rapporti tra P.G. e difesa, rimane il differente binario con cui i due soggetti sostanziali possono o devono utilizzare l'impianto normativo vigente. E' obbligo giuridico, posto in capo alla forza pubblica, operare nel pieno rispetto delle norme in quanto, quale organo deputato a richiederne l'osservanza. Non così, per l'approccio che il difensore può adoperare nei confronti del proprio assistito. E' certo, come si è già detto che il difensore debba operare secondo legalità, ma è altresì certo che lo stesso possa "avventurarsi" nelle più disparate teorie giuridiche per sostenere le proprie ragioni.

Si assiste spesso a lunghe arringhe difensive che evocano il primo diritto romano, nei primi secoli dopo Cristo, ove per il giudice era vincolante il parere di altri giuristi per fatti simili (non importava se espresso in responsi rilasciati per fatti simili al caso concreto ovvero in opere letterarie che all'uopo potevano essere fatte presenti al giudice dagli avvocati delle parti in causa), e quindi, allora la figura dell'avvocato era di estrema importanza.

E così ancora oggi, alcuni avvocati, nelle loro memorie, scritti, requisitorie, richiamano principi dell'antico diritto romano: versi che ad oggi non sono ben chiari o forse ricostruiti, tramite la cancellazione dei palinsesti o tramite la fantasia. Un esempio, che può far sorridere, ma che lascia comprendere che cosa significa l'approccio a doppio binario, verso la norma, che sussiste tra Polizia Giudiziaria e difensore. L'esempio riguarda un caso di opposizione ad un sequestro penale di un area, addirittura sequestro preventivo supportato dal provvedimento del Giudice. La difesa, nel proporre al Tribunale la richiesta di riesame per ottenere il dissequestro dell'area ha impostato la propria linea." *ed erroneamente si è riconosciuto che i romani conoscessero come i moderni la categoria delle res nullius: nella loro mentalità eminentemente pratica, i beni, o erano del singolo, o della collettività. La prova proprio nel testo di Gaio dal quale si pretende di far emergere la categoria delle res nullius: (Gai Institutiones, II, XI) < QUAE PUBLICAE SUNT, NULLIUS VIDENTUR IN BONIS ESSE: IPSIUS ENIM UNIVERSITATIS ESSE CREDUNTUR>. Le cose che sono pubbliche non sono nel patrimonio di alcuno (nullius), ma nell'universalità dei cittadini: i beni cioè, o sono nel patrocinio del singolo, o sono nel patrimonio di tutti. E, riferendosi al patrocinio di tutti i romani crearono*

¹⁷ Non integra il delitto di favoreggiamento personale la condotta del **difensore** che, avendo ritualmente preso visione di atti processuali dai quali emergano gravi indizi di colpevolezza a carico del proprio **assistito**, lo **informi della possibilità che nei suoi confronti possa essere applicata una misura cautelare** (nella specie effettivamente disposta e non eseguita per la latitanza dell'indagato), atteso che la legittima acquisizione di notizie che possono interessare la posizione processuale dell'**assistito** ne rende legittima la rivelazione a quest'ultimo in virtù del rapporto di fiducia che intercorre tra professionista e cliente e che attiene al fisiologico esercizio del diritto di difesa; qualora, invece, l'acquisizione di notizie avvenga in maniera illegale — come nel caso di concorso nel delitto di rivelazione o di utilizzazione di segreti d'ufficio o nella fraudolenta presa visione o estrazione di copie di atti che devono rimanere segreti — si verifica una sorta di «solidarietà anomala» con l'imputato in virtù della quale l'aiuto del **difensore** è strumentale non già alla corretta, scrupolosa e lecita difesa ma alla elusione o deviazione delle investigazioni e, quindi, al turbamento della funzione giudiziaria rilevante ai sensi dell'art. 378 cod. pen. — Sez. 6 sent. 7913 del 6-7-2000 (ud. 29-3-2000) rv. 217188.

una categoria di res, estremamente intrinseca ai nostri fini, quella delle <RES COMMUNES OMNIUM>”.

Questo per arrivare a sostenere che un area sebbene di proprietà privata, era di comune utilizzo perché confinante con area demaniale al mare .., non recintata, e quindi, tramite il predetto ricorso, il difensore ha ottenuto l'annullamento (??) del sequestro (corretto secondo le vigenti norme procedurali) e la restituzione del bene.

DIRITTO DEGLI AVVOCATI DI PARTECIPARE AI LAVORI PERITALI

- ART. 229 C.P.P.¹⁸ -

L'indicazione, da parte del perito, ai sensi dell'art. 229 comma 1, c.p.p., del giorno, dell'ora e del luogo in cui inizierà le operazioni peritali costituisce una garanzia tassativamente prevista, onde, qualora intervengano variazioni rispetto alla detta indicazione, il perito è tenuto a darne comunicazione anche al difensore, senza che in contrario possa invocarsi il disposto di cui al comma 2 del cit. art. 229 c.p.p., il quale nel prevedere la semplice comunicazione, senza formalità, alle parti presenti, si riferisce alla eventuale “continuazione” delle operazioni già iniziate e non può, quindi, trovare applicazione in caso di modifica unilateralmente decisa dal perito non nel corso delle operazioni ed in presenza, almeno virtuale, delle parti, ma prima che le operazioni stesse abbiano inizio (Cass. Pen. Sez. I, 19 giugno 1998, n. 3643).¹⁹

¹⁸ Art. 229. **Comunicazioni relative alle operazioni peritali.** — 1. Il perito indica il giorno, l'ora e il luogo in cui inizierà le operazioni peritali e il giudice ne fa dare atto nel verbale. 2. Della eventuale continuazione delle operazioni peritali il perito dà comunicazione senza formalità alle parti presenti.

¹⁹ La giurisprudenza si è pronunciata nel senso che, nonostante il nostro codice di procedura penale contrariamente al precedente non lo preveda, gli avvocati hanno il diritto di partecipare ai lavori peritali. Si vedano, in proposito, queste due sentenze:

Cass. Pen. I, 1 marzo 1996, n. 2750 “L'indicazione, da parte del perito, ai sensi dell'art. 229 comma 1 c.p.p., del giorno, dell'ora e del luogo in cui inizierà le operazioni peritali costituisce una garanzia tassativamente prevista, onde, qualora intervengano variazioni rispetto alla detta indicazione, il perito è tenuto a darne comunicazione anche al difensore, senza che in contrario possa invocarsi il disposto di cui al comma 2 del cit. art. 229 c.p.p., il quale nel prevedere la semplice comunicazione, senza formalità, alle parti presenti, si riferisce alla eventuale “continuazione” delle operazioni già iniziate e non può, quindi, trovare applicazione in caso di modifica unilateralmente decisa dal perito non nel corso delle operazioni ed in presenza, almeno virtuale, delle parti, ma prima che le operazioni stesse abbiano inizio (principio affermato con riferimento a perizia disposta in sede di procedimento di sorveglianza)”.

Cass. Pen. I, 19 giugno 1998, n. 3643 “In tema di perizia, pur mancando nel vigente codice di procedura penale una disposizione corrispondente all'art. 304 bis del codice abrogato, nella parte in cui vi si affermava il diritto del difensore di assistere, fra l'altro, alle perizie (mancanza, questa, che può trovare spiegazione ponendo mente ai caratteri di oralità ed almeno tendenziale immediatezza che caratterizzano nel nuovo processo penale il mezzo di prova in questione), deve ritenersi che sussista ugualmente il summenzionato diritto, apparendo da escludere che il legislatore del 1988 abbia considerato sufficiente garanzia difensiva quella costituita dalla sola previsione della presenza eventuale del consulente di parte. Ai sensi dell'art. 230 c.p.p. Ne consegue che l'esclusione del difensore dalla partecipazione, da lui richiesta, alle operazioni peritali dà luogo, indipendentemente dalla presenza o meno dei consulenti di parte, a nullità di ordine generale attinente all'assistenza dell'imputato. Conclusione, questa, che vale anche nel caso di perizie disposte nell'ambito di procedimenti di esecuzione o di sorveglianza, equiparata la posizione dell'interessato a quella dell'imputato”.

I TIPI DI INTERVENTO DEL DIFENSORE NEL PROCEDIMENTO PENALE

Vi sono poi una serie di attività alle quali è necessario che presenzi il difensore.

In queste ipotesi, espressamente definite dalla norma, l'assenza del difensore o, quantomeno, la mancanza dell'avviso allo stesso tempestivamente inviato/notificato, comportano nullità che riverberano il loro effetto su tutti gli atti successivi quando, queste nullità, sono di carattere assoluto o limitatamente agli "atti consecutivi" che dipendono da quello dichiarato invalido, quando le nullità sono di carattere generale non assoluto.

Così occorre la necessaria presenza del difensore per l'espletamento delle attività di cui agli Art. 350 c.p.p. Sommarie inf. dell'indagato 3° comma, Art. 364 c.p.p. Interrogatorio, ispezione, confronto, Art. 391 c.p.p. Udienza di convalida dell'arresto e del fermo Art. 401 c.p.p. Incidente probatorio, Art. 441 - 450 – Giudizio abbreviato e direttissimo, Art. 420 c.p.p. "ud. preliminare", Costituzione delle Parti.

PRESENZA DEL DIFENSORE (obbligatoria o facoltativa)

Art. 350 c.p.p. Sommarie inf. dell'indagato obbligatoria 3° comma - facoltativa 6° comma

Art. 352 c.p.p. Perquisizioni (nella flagranza) può assistere senza obbligo di preavviso – facoltativa -

Art. 354 c.p.p. Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro. può assistere senza obbligo di preavviso. Art. 356 c.p.p. assistenza del difensore- facoltativa -

Art. 360 c.p.p. Accertamenti tecnici non ripetibili - facoltativa (avviso del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico...)

Art. 364 c.p.p. (Nomina e assistenza del difensore) Interrogatorio, ispezione, confronto obbligatoria

Art. 391 c.p.p. Ud. convalida arresto e fermo obbligatoria

Art. 401 c.p.p. Incidente probatorio obbligatoria

Art. 441 450 – Giudizio abbreviato e direttissimo obbligatoria

Art. 420 c.p.p. "ud. preliminare" costituzione delle parti obbligatoria

Art. 370 comma 1 c.p.p. Atti diretti e atti delegati (aggiunto) obbligatoria

Nello schema sopra riportato sono riassunti i casi in cui la P.G. ha l'obbligo di avvisare il soggetto che può farsi assistere da un difensore (poi verrà illustrato anche il caso in cui il soggetto può farsi assistere da persona di fiducia, non necessariamente difensore), ed i casi in cui la P.G. non può procedere a determinate attività senza la necessaria presenza del difensore. Si riportano, ad ulteriore specificazione, alcune sentenze in materia:

Deroga alla facoltà del difensore di assistere alle perquisizioni ed ai sequestri

Per le ispezioni e perquisizioni in materia di stupefacenti, previste dall'art. 103 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, non si applica la norma di cui all'art. 356 cod. proc. pen. (assistenza del difensore) se quelle attività sono svolte, nell'ambito di finalità preventive, prima della acquisizione della notizia criminis. La notizia confidenzialmente appresa, ma non ancora in alcun modo verificata dagli agenti di polizia giudiziaria, non può ritenersi notizia di reato. Potrà diventare tale solo all'esito positivo della perquisizione o di altro elemento di prova che confermi l'informazione del confidente.

— Cass. VI, sent. 11908 del 12.12.92 (ud. 23.10.92) rv. 192916 –

Nullità degli atti di P.G. per omesso avviso all'indagato di farsi assistere da difensore

La nullità di un atto (nella specie, **atto di polizia giudiziaria nullo per omesso avviso all'indagato di farsi assistere da un difensore di fiducia in occasione di prelievo del quanto di paraffina**) rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo. Ne discende che è del tutto inefficace la misura cautelare assunta sulla base di tale atto e che il provvedimento dispositivo di esso deve essere annullato. (In motivazione, la S.C. ha chiarito che, diversamente opinando, il diritto di difesa finirebbe con l'essere non più inviolabilmente tutelato in ogni stato e grado del procedimento, come dispone l'art. 24 Cost., ma riceverebbe una tutela soltanto differita, la quale consentirebbe, nonostante la violazione, l'adozione o il mantenimento della grave misura cautelare della custodia in carcere). — Cass. I, sent. 3946 del 4.11.94 (cc. 27.9.94) rv. 199601.

Attività ad iniziativa: non obbligo di avviso al difensore

Gli accertamenti urgenti, indicati nell'art. 354 cod. proc. pen., tra i quali rientra il primo accesso sul luogo del delitto compiuto dai Carabinieri per delega dell'autorità giudiziaria, per essere ritualmente acquisiti al fascicolo di ufficio a norma dell'art. 431 cod. proc. pen., non devono essere preceduti, a pena di nullità, dall'avviso al difensore. Ciò si desume dalla lettera dell'art. 356 cod. proc. pen. che, nel fare riferimento all'art. 354 detto, prevede espressamente che il difensore dell'indagato ha la facoltà di assistere agli accertamenti urgenti sui luoghi, sulle persone e sulle cose, senza però che abbia il diritto di essere previamente attivato del loro compimento. — Cass. I, sent. 7998 del 18.7.95 (ud. 9.6.95) rv. 202910. In tal senso anche Cass. IV, sent. 5365 del 6.5.92 (ud. 2.4.92) rv. 190286.

La polizia giudiziaria, quando procede, d'iniziativa, al compimento di taluna delle attività alle quali, a norma dell'art. 356 cod. proc. pen., ha diritto di assistere, senza preavviso, il difensore della persona sottoposta a indagini, non ha, a differenza di quanto è previsto dall'art. 365 cod. proc. pen. per il caso di perquisizioni e sequestri cui proceda il pubblico ministero, l'obbligo di chiedere alla detta persona se sia o meno assistita da un difensore e di provvedere, in caso negativo, alla designazione di un difensore d'ufficio, ma ha soltanto l'obbligo, previsto dall'art. 114 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, di avvisare la persona sottoposta a indagini, se presente, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. L'eventuale violazione di tale obbligo dà luogo a una nullità di ordine generale, ma non assoluta. Ne consegue, tra l'altro, che **tale nullità, ai sensi del combinato disposto degli art. 180 e 182 comma secondo cod. proc. pen., deve essere eccepita dalla parte, a pena di decadenza, prima del compimento dell'atto o, quando ciò non sia possibile, immediatamente dopo.** — Cass. I, sent. 3124 del 13.10.92 (cc. 30.6.92) rv. 191920.

In tema di ispezione e di perquisizione ad iniziativa della polizia giudiziaria, l'art. 356 cod. proc. pen. prevede soltanto la facoltà del difensore di assistere alla perquisizione e agli accertamenti urgenti ed all'eventuale sequestro, "senza diritto di essere preventivamente avvisato". E l'art. 114 delle norme di attuazione, a sua volta, impone alla polizia giudiziaria, nel procedere al compimento degli atti indicati nell'art. 356 citato, soltanto l'obbligo di avvertire la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, ma non pone alcun obbligo di avviso per il difensore né l'obbligo di nominare un difensore di ufficio nel caso l'indagato non intenda farsi assistere da chicchessia. **Non costituisce, pertanto, violazione dei diritti di difesa dell'indagato né il mancato avviso al difensore né l'aver proceduto da parte della polizia giudiziaria senza attendere l'arrivo del difensore, qualora questi abbia comunque avuto notizia dell'imminente perquisizione e intenda parteciparvi.** — Cass. VI, sent. 11908 del 12.12.92 (ud. 23.10.92) rv. 192917.

L'assenza del difensore in caso di perquisizione e sequestro non determina nullità, giacché quella prevista dall'art. 179 comma primo cod. proc. pen. si riferisce ai casi in cui è obbligatoria la presenza del difensore, mentre per gli atti sopra menzionati tale presenza è facoltativa. — Cass. I, sent. 501 del 30.4.94 (cc. 26.1.94) rv. 197446.

Ai sensi dell'art. 354, comma secondo, cod. proc. pen., qualora ricorra il pericolo che le tracce di un reato si alterino o si disperdano, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno facoltà di compiere accertamenti e rilievi al fine di conservare tali tracce ed i relativi verbali possano essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 lett. b) cod. proc. pen. ed essere regolarmente utilizzati per la decisione. **Il mancato avviso al difensore non comporta l'inutilizzabilità di tali accertamenti**, in quanto, **trattandosi di atti irripetibili**, ai sensi dell'art. 356 cod. proc. pen. il difensore ha solo diritto di assistere agli accertamenti ma non ha il diritto di essere preventivamente avvisato. (La Suprema Corte ha osservato: "D'altra parte appare evidente che nel caso in esame, trattandosi di accertamento cosiddetto "a sorpresa", il preventivo avviso all'interessato avrebbe reso inutile l'accertamento stesso"). — Cass. I, sent. 1343 del 4.2.94 (ud. 13.12.93) rv. 197468. In tal senso anche Cass. I, sent. 1344 del 10.2.95 rv. 200239.

Poiché la documentazione dell'attività procedimentale della polizia giudiziaria — tanto più quando essa debba essere trasfusa in un processo verbale — è infungibile, **non vale a sostituire validamente la mancata documentazione dell'avvertimento all'inquisito del diritto di farsi assistere da un difensore** in ordine alle operazioni di perquisizione personale e di sequestro ai sensi del combinato disposto degli artt. 352 e 356 cod. proc. pen. e 114 delle norme di attuazione, **l'avvertimento all'inquisito, al momento dell'arresto della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia**. — Cass. VI, sent. 2705 del 4.3.94 (ud. 9.12.93) rv. 198239 (Giust. Pen. 1995, III, 160).

In tema di ispezione e perquisizione ad iniziativa della polizia giudiziaria, **l'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore (art. 114 disp. att. cod. proc. pen.) deve essere dato senza necessità di pronuncia o attestazione di alcuna formula sacramentale, purché esso sia idoneo al raggiungimento dello scopo**. (Nella specie è stata ritenuta formula idonea a soddisfare l'obbligo di cui all'art. 114 disp. att. l'aver la polizia giudiziaria domandato all'indagato "se voleva l'avvocato"). — Cass. VI, sent. 11908 del 12.12.92 (ud. 23.10.92) rv. 192918.

Poiché la documentazione dell'attività procedimentale della polizia giudiziaria - tanto più quando essa debba essere trasfusa in un processo verbale - è infungibile, **non vale a sostituire validamente la mancata documentazione dell'avvertimento all'inquisito del diritto di farsi assistere da un difensore in ordine alle operazioni di perquisizione personale e di sequestro** ai sensi del combinato disposto degli artt. 352 e 356 cod. proc. pen. e 114 delle norme di attuazione, **l'avvertimento all'inquisito, al momento dell'arresto della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia**. — Cass. VI, sent. 2705 del 4.3.94 (ud. 9.12.93) rv. 198239.

La polizia giudiziaria, quando **procede, d'iniziativa, al compimento di taluna delle attività alle quali**, a norma dell'art. 356 cod. proc. pen., **ha diritto di assistere, senza preavviso, il difensore della persona sottoposta a indagini, non ha**, a differenza di quanto è previsto dall'art. 365 cod. proc. pen. per il caso di perquisizioni e sequestri cui proceda il pubblico ministero, **l'obbligo di chiedere alla detta persona se sia o meno assistita da un difensore e di provvedere, in caso negativo, alla designazione di un difensore d'ufficio, ma ha soltanto l'obbligo**, previsto dall'art. 114 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, **di avvisare la persona sottoposta a indagini, se presente, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. L'eventuale violazione di tale obbligo dà luogo a una nullità di ordine generale, ma non assoluta**. Ne consegue, tra l'altro, che tale nullità, ai sensi del combinato disposto degli artt. 180 e 182 comma secondo cod. proc. pen., deve essere eccepita dalla parte, a pena di decadenza, prima

del compimento dell'atto o, quando ciò non sia possibile, immediatamente dopo. — Cass. I, sent. 3124 del 13.10.92 (cc. 30.6.92) rv. 191920.

IN TEMA DI: informazione all'indagato della possibilità di farsi assistere – di avviso al difensore – di presenza obbligatoria del difensore o di presenza facoltativa

E' opportuno procedere alla precisa interpretazione della norma secondo quanto disposto e distinguere, magari con l'ausilio della giurisprudenza, delle singole ipotesi in cui è sancita qualche forma di garanzia a tutela dell'indagato. Se la disposizione normativa prevede che il prevenuto sia informato della possibilità di farsi assistere, ciò non deve essere, ovviamente, parificato al c.d. avviso al difensore o con la possibilità che il difensore ha di assistere ad una determinata attività. Per es l' art. 350 - Sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini - Comma 3, prevede la necessaria assistenza del difensore al quale è dato tempestivo avviso. (la P.G. invita la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini a nominare un difensore di fiducia e, in difetto, lo nominerà d'ufficio).

Mentre al successivo comma 6, – le s.i.t. assunte senza l'assistenza del difensore (ma solo sul luogo e nell'immediatezza del fatto) è vietata ogni documentazione e utilizzazione.

Sommarie informazioni assunte dall'indagato: tipico atto di investigazione indiretta, mediante il quale la P.G. (ufficiali) assumono dall'indagato INFORMAZIONI UTILI PER LA RICOSTRUZIONE DEL FATTO, L'INDIVIDUAZIONE DELL'AUTORE, E LA RICERCA DELLE FONTI DI PROVA. Invito all'indagato a nominare un difensore di fiducia e a dichiarare o eleggere domicilio – se non c'è nomina difensore, occorre designare difensore d'ufficio da parte della P.G.. Il difensore deve essere presente e tempestivamente avvisato (necessaria presenza del difensore per le SOMMARIE INFORMAZIONI) Il difensore può formulare richieste, osservazioni, contestare domande o formulare riserve. Chiara indicazione a verbale della facoltà di non rispondere da parte dell'indagato e avviso che il procedimento comunque proseguirà.

La richiesta di informazioni non prevede la contestazione all'indagato del fatto che gli è attribuito, (nell'interrogatorio effettuato dal P.M. è sempre preceduto da una contestazione del fatto che si attribuisce al soggetto) delle fonti di prova raccolte, degli elementi di prova a suo carico. Quindi davanti alla P.G. l'indagato ha solo la facoltà di non rispondere. Infatti, in questa fase l'atto ha lo scopo di essere atto propulsivo dell'indagine con utilità investigativa e NON finalità difensiva come nell'interrogatorio del P.M. ove l'indagato deve conoscere .. *in forma chiara e precisa* ..gli addebiti per potersi disculpare con quanto andrà a dichiarare.

Per quanto invece concerne **Le notizie e le indicazioni utili ai fini dell'immediata prosecuzione delle indagini** (comma 5) assunte dall'indagato. Atto di investigazione con cui, nell'**immediatezza** o **sul luogo** del fatto assumono notizie e indicazioni utili ai fini della immediata prosecuzione delle indagini dall' indagato Che non può avvalersi della assistenza tecnica di un difensore (..deve intendersi .. **assistenza tecnica** .. ai fini dei corretti rapporti tra P.G. e difesa che il difensore deve dare un apporto tecnico NON “suggerire le risposte o condizionarle, ma il compito della difesa tecnica è quello di verificare per es. l'esatta applicazione delle procedure o dei protocolli – se esistono-) Procedono solo Ufficiali (per gli agenti solo dichiarazioni spontanee)

L'atto ha il fine di acquisire NOTIZIE ed INDICAZIONI utili per la immediata prosecuzione delle indagini, possono provenire anche da arrestato o fermato e devono essere assunte nell'**IMMEDIATEZZA O SUL LUOGO DEL FATTO**. Il tutto è correttamente compiuto anche senza la presenza del difensore. **SE SENZA DIFENSORE** l'atto **NON** può essere documentato. L'utilizzazione dell'atto **E' SOLO INVESTIGATIVA**, la P.G. non può testimoniare sulle dichiarazioni ricevute.

PROBLEMI: le informazioni possono essere assunte anche a distanza di tempo dal fatto ma acquisite **sul luogo** del fatto o nell'**immediatezza** anche in luogo diverso.²⁰ Le due fattispecie, non legate tra di loro, (o e non e..), poste in alternativa tra di loro e non in concorso, fanno ritenere del tutto lecita la possibilità operativa come espressa letteralmente dal testo. Quindi, anche a distanza di tempo ma sul luogo del fatto o nell'immediatezza – per es. pronto soccorso dopo un incidente-dell'accadimento.

Per quanto concerne le **sommario informazioni assunte dalle persone informate sui fatti**, definite dall'art. 351 c.p.p. *Altre sommarie informazioni*, per le quali non è consentita la presenza del difensore, a meno che non emergano elementi che “trasformino” il soggetto da persona informata ad indagato a sua volta, si richiama il disposto normativo senza formulare considerazioni circa il corretto rapporto intercorrente tra P.G. e difensore.

La facoltà, invece, di assistere senza preventivo avviso è ulteriore aspetto. L' art. 356 “*facoltà di assistenza del difensore*” “*Il difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini ha facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato, agli atti: Sequestro e perquisizione*” Cass.Pen. 191920 del 13.10.1992.

Così, anche il momento di effettiva informazione della facoltà di farsi assistere dal difensore può diventare importante ai fini della regolarità dell'atto. Si pensi al classico accertamento strumentale con etilometro del tasso alcolico alveolare effettuato su un conducente di veicolo.

Solitamente, in attività operativa, per es. posto di controllo predisposto per l'accertamento di tale violazione, si procede a fermare veicolo per controllare il conducente. Il soggetto, che acconsente, scende dal veicolo e, richiesto, procede ai fatidici 2 soffi. Dopo, nel caso all'esito della prova e sussistendo gli elementi per la contestazione del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool, gli operatori procedono alla contestazione e alla redazione degli atti procedurali identificazione elezione domicilio ecc. e avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore per il compimento dell'atto, che spesso è già stato effettuato e in alcuni casi non viene ripetuto (cioè con ulteriore prova tramite strumento di rilevazione dell'alcool) Mi risultano pochi i casi in cui la P.G. prima procede con gli atti di avviso a difesa e poi procede ad effettuare il c.d. atto di accertamento tecnico tramite prova con etilometro.²¹

²⁰ In tema di attività di polizia giudiziaria, l'art. 350 comma 5 c.p.p. consente di assumere sul luogo o nell'immediatezza del fatto dalla persona indagata, anche se arrestata o fermata e senza la presenza del difensore, notizie ed indicazioni utili ai fini dell'immediata prosecuzione delle investigazioni. Tali dichiarazioni non possono essere utilizzate (art. 350 comma 6 c.p.p.), né possono formare oggetto di testimonianza (art. 62 c.p.p.); la polizia giudiziaria, tuttavia, ha il potere-dovere di sviluppare le indagini sulla base di quanto appreso, sicché restano validi ed utilizzabili nel processo i risultati dell'attività investigativa così compiuta. Ne consegue che deve considerarsi pienamente legittima ed utilizzabile, non rientrando nei predetti divieti, la testimonianza dell'ufficiale di polizia giudiziaria che abbia riferito sull'esito delle indagini svolte e sugli elementi raccolti a seguito delle indicazioni ricevute dall'indagato nell'immediatezza del fatto. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto legittima la decisione del giudice di merito circa la utilizzabilità della deposizione dell'ufficiale di p.g. relativa all'attività di investigazione successivamente sviluppata). *Cassazione penale*, sez. II, 13 dicembre 2006, n. 42451

²¹ In tema di guida sotto l'influenza dell'alcool, il cosiddetto **alcoltest** costituisce atto di polizia giudiziaria, urgente e indifferibile ai sensi dell'art. 354, terzo comma cod. proc. pen., stante la naturale alterabilità, modificabilità e tendenza alla dispersione degli elementi di fatto che sono oggetto della predetta analisi. In virtù dell'art. 356 cod. proc. pen. **il difensore può assistere a tale accertamento, senza che abbia il diritto di preventivo avviso e per effetto dell'art. 366 cod. proc. pen. il relativo verbale va depositato entro tre giorni. La violazione di tale prescrizione comporta una nullità relativa**, sanabile se non eccepita tempestivamente, ovvero se non determinante un'effettiva deminutio della possibilità di difesa. (Fattispecie nella quale è stata esclusa la sanatoria della nullità, dedotta tempestivamente ex art. 491, primo comma cod. proc. pen., per effetto del deposito degli atti con l'emissione del decreto di citazione). — Cass. V, sent. 5276 del 27.5.96 (ud. 22.2.96) rv. 205122.

Sempre per l'effetto degli atti c.d. garantiti, il disposto dell'art. 366 c.p.p.²² entra in gioco come ulteriore adempimento procedurale.

La P.G. entro 3 giorni deve depositare alla segreteria della Procura i verbali ai quali il difensore ha diritto di assistere (es. sequestro e perquisizione)

Il mancato rispetto dei termini sanciti non determina, di fatto, particolari preclusioni o aspetti invalidanti o sanzionatori.

Perquisizioni personali o locali

Questo mezzo di ricerca della prova, normato dall'art. 247 all'art. 252 del c.p.p., quando disposto con decreto motivato del Giudice, è prevista la facoltà, indicata con avviso espresso contenuto nel corpo dell'atto, che l'interessato possa farsi **rappresentare** o **assistere** da **persona** di fiducia, (e non necessariamente da avvocato) purchè prontamente reperibile e idonea ...

Si noti che la norma prevede in merito all'avviso di farsi assistere o rappresentare che non indica la figura dell'avvocato, ma persona di fiducia. Potrebbe quindi essere indicato un avvocato o una persona qualsiasi con l'unico limite di cui ai soggetti indicati all'art. 120 c.p.p.

Ma nel caso in cui la P.G. operi .. *ad iniziativa*, quindi fuori dal caso tipico predetto disposto dall'Autorità Giudiziaria, cioè nell'ipotesi di cui all' *Art. 352 Perquisizioni. Nella flagranza del reato o nel caso di evasione gli Ufficiali di Polizia Giudiziaria procedono a perquisizione personale o locale*

In questa ipotesi, cioè nel caso di perquisizione ad iniziativa, essendo l'atto necessitato o non rinviabile, la norma consente di procedere direttamente e senza ritardo. Quest'ultima norma non fa riferimento espresso al disposto degli artt. 247 e seguenti ed è pertanto lecito sostenere che nelle ipotesi di c.d. urgenza, non sia necessario neppure l'avviso della facoltà di farsi assistere o rappresentare. Tuttavia è buona regola informare, comunque, prima dell'inizio dell'operazione, il soggetto interessato di tale facoltà, sempre che ciò non comprometta l'esito dell'intervento²³.

Il disposto dell'art. 365, 1° comma c.p.p. (secondo il quale il P.M., quando procede al compimento di atti di perquisizione o sequestro, chiede alla persona sottoposta alle indagini, che sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, qualora ne sia priva, designa un difensore di ufficio a norma dell'art. 97 comma 3) non si correla alcuna sanzione espressa di nullità.

Più in generale è possibile estendere tali considerazioni anche ai c.d. "atti a sorpresa" la cui natura, mal si concilia con qualsivoglia preventivo avviso, per es. l'avviso di garanzia. Quindi soltanto

²² Art. 366. Deposito degli atti cui hanno diritto di assistere i difensori. 1. Salvo quanto previsto da specifiche disposizioni, i verbali degli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria ai quali il difensore ha diritto di assistere, sono depositati nella segreteria del pubblico ministero entro il terzo giorno successivo al compimento dell'atto, con facoltà per il difensore di esaminarli ed estrarne copia nei cinque giorni successivi. Quando non è stato dato avviso del compimento dell'atto, al difensore è immediatamente notificato l'avviso di deposito e il termine decorre dal ricevimento della notificazione. Il difensore ha facoltà di esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano e, se si tratta di documenti, di estrarne copia.-2. Il pubblico ministero, con decreto motivato, può disporre, per gravi motivi, che il deposito degli atti indicati nel comma 1 e l'esercizio della facoltà indicata nel terzo periodo dello stesso comma siano ritardati, senza pregiudizio di ogni altra attività del difensore, per non oltre trenta giorni. Contro il decreto del pubblico ministero la persona sottoposta ad indagini ed il difensore possono proporre opposizione al giudice, che provvede ai sensi dell'articolo 127.

²³ In tema di ispezione e perquisizione ad iniziativa della polizia giudiziaria, l'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore (art. 114 disp. att. cod. proc. pen.) deve essere dato senza necessità di pronuncia o attestazione di alcuna formula sacramentale, purché esso sia idoneo al raggiungimento dello scopo. (Nella specie è stata ritenuta formula idonea a soddisfare l'obbligo di cui all'art. 114 disp. att. l'aver la polizia giudiziaria domandato all'indagato "se voleva l'avvocato"). — Cass. VI, sent. 11908 del 12.12.92 (ud. 23.10.92) rv. 192918.

nell'ipotesi di consegna del decreto si accompagnerà l'obbligo, ex art. 365, 1° comma, c.p.p. di chiedere all'indagato se sia assistito da difensore di fiducia, nominandone, in difetto, uno di ufficio. Nell'ipotesi, invece, di assenza dell'indagato all'esecuzione dell'atto, l'informazione di garanzia deve essere tempestivamente trasmessa, dopo il compimento dell'atto, in funzione delle esigenze di tutela di cui agli artt. 369 e 366 c.p.p.²⁴ .

²⁴ C.Cost. 25.7.95 n. 381 — Dichiara infondata la questione relativa al comma 2 dell'art. 513, nella parte in cui non prevede che in caso di rifiuto dell'imputato in procedimento connesso di rendere dichiarazioni si dia lettura di quelle rese alla polizia giudiziaria in sede di interrogatorio per delega del P.M. ovvero ex art. 350 con l'assistenza del difensore.

Osserva la Corte che la prima questione è già stata risolta con la sentenza 60/95, che ha dichiarato l'illegittimità della norma sotto il profilo denunciato. La seconda questione è stata parimenti affrontata dalla sentenza 476/92 e risolta nel senso di negare l'illegittimità denunciata, perché si trattava di atto di iniziativa della p.g. non assistito dalle medesime garanzie dell'atto delegato dal P.M. (Nota su Cass. pen. 1996, 1410).