



Classificazione Decimale Dewey:

345.4505044 (23.) PROCEDURA PENALE. DIFESA. ITALIA

VITTORIA BOSSIO

ATTIVITÀ INVESTIGATIVA DIFENSIVA

**PROBLEMATICHE ATTUALI
ALLA LUCE DELLA RIFORMA CARTABIA**

**STRUMENTI, LIMITI E PROSPETTIVE
DELL'INDAGINE DIFENSIVA
NEL PROCESSO PENALE**





ISBN
979-12-218-1855-0

PRIMA EDIZIONE
ROMA 11 APRILE 2025

INDICE

- 7 *Introduzione*
- 9 Le indagini difensive. Ricostruzione storica e sistematica
- 11 Le attività svolte mediante investigazione da parte del difensore
 - 1. L'acquisizione di notizie da fonti dichiarative, 11 – 2. La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione, 13 – 3. L'accesso ai luoghi, 14
- 17 Svolgimento di attività investigative difensive preventive
- 21 Utilizzazione degli atti acquisiti dal difensore nello svolgimento di attività investigative difensive nelle diverse fasi processuali. omessa previsione di una disposizione in ordine alla nuova fase predibattimentale
 - 1. Presentazione di elementi difensivi al pubblico ministero articolo 391-*octies* co. 4 c.p.p., 21 – 2. Presentazione di elementi difensivi al giudice durante le indagini preliminari articolo 391-*octies* co. 1 c.p.p., 22 – 3. Presentazione di elementi difensivi al giudice della udienza preliminare, 25 – 4. Investigazioni difensive e giudizio abbreviato: i principi della sentenza n 184/2009 della corte costituzionale, 27 – 5. Recenti decisioni della suprema Corte di cassazione in ordine alla utilizzabilità delle indagini difensive nell'ambito del giudizio abbreviato, 31 – 6. La completezza delle indagini, 34 – 7. Formazione del fascicolo del difensore, 36 – 8. Attività integrativa d'indagine da parte del

6 *Indice*

- difensore, 37 – 9. Utilizzazione dibattimentale delle risultanze dell'indagine difensiva, 39 – 10. Utilizzabilità delle dichiarazioni presentate al pubblico ministero ai sensi dell'articolo 391-*octies* co. 4 c.p.p., 41 – 10.1. Atti irripetibili, 42 – 10.2. Circolazione degli atti, 43
- 45 Svolgimento di attività investigativa difensiva e giudizio di revisione
- 51 Modifiche introdotte dalla riforma Cartabia in materia di attività investigativa difensiva
- 53 Limiti alla attività difensiva derivanti dalle libertà individuali
- 61 Attività investigativa difensiva, produzione in sede di udienza predibattimentale
- 83 *Conclusione*
- 87 *Bibliografia*

INTRODUZIONE

Il volume propone un'analisi organica, critica e aggiornata dell'attività investigativa difensiva nel processo penale italiano, con particolare attenzione all'impatto e agli effetti sistematici prodotti dalla recente Riforma Cartabia (D.lgs. n. 150/2022). Muovendo da una ricostruzione storica e normativa dell'istituto, l'opera guida il lettore attraverso le tappe fondamentali che hanno condotto al riconoscimento del diritto della difesa di svolgere autonome attività di indagine, parificate – almeno formalmente – a quelle della pubblica accusa.

La prima parte affronta il quadro normativo di riferimento, dalla previsione originaria dell'art. 38 disp. att. c.p.p. fino alla svolta introdotta con la Legge 7 dicembre 2000, n. 397, che ha conferito piena dignità processuale alle indagini difensive, collocandole sistematicamente nel codice di rito. Si esaminano in dettaglio gli strumenti riconosciuti al difensore: l'assunzione di informazioni da soggetti informati sui fatti (articolo 391-*bis* c.p.p.), l'acquisizione di documentazione amministrativa (articolo 391-*quater* c.p.p.), l'accesso a luoghi pubblici e privati (articoli 391-*sexies* e 391-*septies* c.p.p.), e la possibilità di avvalersi di sostituti, consulenti tecnici e investigatori privati.

Ampio spazio è dedicato al tema dell'indagine difensiva preventiva (articolo 391-*novies* c.p.p.), ovvero alla facoltà del difensore di svolgere investigazioni anche prima dell'instaurazione di un procedimento penale, su mandato dell'assistito. Vengono chiarite le condizioni formali

richieste, l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione, nonché i limiti connessi alla natura stessa di tale attività, che si colloca in uno spazio giuridico di confine tra il diritto alla difesa e il rispetto delle libertà fondamentali dei terzi.

Una sezione centrale dell'opera si sofferma sulla utilizzabilità processuale degli atti difensivi, trattando le modalità di deposito, circolazione e impiego delle risultanze investigative nelle diverse fasi: indagini preliminari, udienza preliminare, dibattimento, giudizio abbreviato e giudizio di revisione. Particolarmente rilevante è il richiamo alla giurisprudenza costituzionale – con focus sulla sentenza n. 184/2009 – e della Corte di cassazione, che hanno consolidato il principio secondo cui gli atti difensivi, se rispettosi delle forme previste, hanno piena dignità probatoria e possono entrare a far parte del materiale valutativo del giudice.

La parte finale del volume è dedicata alle novità introdotte dalla Riforma Cartabia, che ha inciso in particolare sull'articolo 391-*ter* c.p.p., introducendo nuovi obblighi di documentazione audiovisiva per le dichiarazioni di soggetti vulnerabili, e sull'articolo 391-*octies* c.p.p., in relazione alla gestione digitale del fascicolo del difensore. L'analisi normativa è arricchita da considerazioni critiche sull'impatto della riforma e sulle occasioni mancate: in particolare, la mancata introduzione di un meccanismo che obblighi il pubblico ministero a svolgere le indagini proposte dalla difesa, a fronte della limitata coercibilità degli strumenti difensivi.

In conclusione, l'opera si interroga sullo squilibrio strutturale che ancora oggi caratterizza il rapporto tra accusa e difesa, denunciando l'incompiutezza del principio di parità delle parti, che resta, di fatto, pienamente operativo solo nella fase dibattimentale. Richiamando i fondamenti costituzionali (articoli 24 e 111 Cost.) e la giurisprudenza della Corte costituzionale, l'autore evidenzia come la possibilità del difensore di formare atti con contenuto probatorio non sia accompagnata da poteri coercitivi equivalenti a quelli della pubblica accusa, generando una parità solo formale.

Destinatari dell'opera sono principalmente avvocati, ricercatori e operatori del diritto penale che intendono approfondire, in prospettiva sia teorica che applicativa, i profili sostanziali e processuali dell'attività investigativa difensiva nel sistema penale accusatorio italiano.

LE INDAGINI DIFENSIVE

RICOSTRUZIONE STORICA E SISTEMATICA

L'esigenza di dotare la difesa di strumenti per svolgere attività investigative, esigenza essenziale e irrinunciabile del processo, era già avvertita durante i lavori preparatori del codice del 1988. Ciò determinò l'inserimento tra le disposizioni di attuazione di una previsione che consentisse al difensore di svolgere investigazioni, anche attraverso sostituti, consulenti tecnici e investigatori privati autorizzati, per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nonché di conferire con persone in grado di fornire informazioni.

L'articolo 38 disp. att. risultò subito lacunoso poiché, oltre alla marginale collocazione topografica, non individuava le forme da osservare per la documentazione dell'attività investigativa, né determinava la validità dei relativi atti.

Il «diritto di difendersi provando» trova finalmente riconoscimento con l'emanazione della l. 7 dicembre 2000, n. 397, i cui assetti strutturali si snodano nella tipizzazione delle attività investigative, nelle modalità di documentazione dei risultati e, infine, nei paradigmi di utilizzazione degli stessi.

Le nuove regole, allocate nel corpo del codice, al libro VI, che si arricchisce di un nuovo titolo, il VI *bis*, colmano, così, la precedente scarsa disciplina, confinata nelle norme di attuazione, che è stata contestualmente abrogata.

LE ATTIVITÀ SVOLTE MEDIANTE INVESTIGAZIONE DA PARTE DEL DIFENSORE

1. L'acquisizione di notizie da fonti dichiarative

L'articolo 391-*bis* c.p.p. tipicizza una triplice modalità di raccolta della fonte dichiarativa: il colloquio non documentato, la ricezione di una dichiarazione scritta, nonché l'assunzione di informazioni. Il difensore, i sostituti, gli investigatori privati autorizzati e i consulenti tecnici possono, attraverso un colloquio informale interloquire con persone che sono in grado di riferire circostanze utili all'attività investigativa.

Ciò significa che il difensore e i suoi ausiliari possono conferire con persona in grado di riferire non solo fatti a favore del proprio assistito, ma anche qualsiasi conoscenza, ritenuta utile in vista dell'elaborazione della strategia difensiva.

Infatti, in quest'ottica il legislatore ha previsto il colloquio come atto destinato soltanto ad orientare l'inchiesta difensiva: un atto, dunque, propedeutico ad una prosecuzione della linea investigativa, volto, cioè, a saggiare il grado del sapere della persona interpellata e l'utilità delle notizie in suo possesso. Pertanto, il colloquio non è alternativo alla dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni, ma si atteggia come presupposto di esse. Per quanto attiene alle modalità del colloquio, nulla vieta al difensore di realizzare la conversazione attraverso il telefono e le vie telematiche.

L'articolo 391-*bis* comma 2 c.p.p. prevede, invece, che il difensore o il suo sostituto possano chiedere alle persone informate una dichiarazione scritta ovvero di rendere informazioni: entrambe concepite come tipiche attività formali.

L'articolo 391-*bis* comma 3 c.p.p. impone al difensore e agli altri soggetti legittimati a svolgere le indagini l'adempimento di alcune formalità propedeutiche al colloquio, all'assunzione di informazioni e alla ricezione della dichiarazione scritta.

La serie di avvertimenti analiticamente indicati si sono resi necessari per consentire al materiale raccolto dalla difesa di accedere al procedimento con un grado di attendibilità pari a quello della pubblica accusa.

Innanzitutto, il difensore deve avvertire l'interlocutore della propria qualità e dello scopo del colloquio.

Ratio di tale avvertimento è di fornire all'intervistato tutti gli elementi per decidere, consapevolmente, se acconsentire al compimento dell'atto.

Necessita inoltre avvertire la persona informata sui fatti se si intende conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni, indicando in tal caso le modalità e la forma di documentazione.

Bisogna rendere edotta la persona interpellata dell'obbligo di riferire se è indagata o imputata nello stesso procedimento o in altro connesso o per un reato collegato.

Vi è poi la necessità di informare la persona contattata della facoltà di non rispondere ovvero di non rendere dichiarazioni.

Ratio legis di tale facoltà è quella di non consentire a chi esercita il diritto di difesa di avere una posizione di supremazia rispetto ai potenziali intervistati.

Gli ultimi avvertimenti necessari riguardano sia il divieto di rivelare le domande formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date, sia le responsabilità penali conseguenti alle false dichiarazioni con specificazione della sanzione comminata dall'articolo 371-*ter* c.p.p.

2. La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione

Il legislatore, consapevole delle diverse difficoltà che incontra il difensore in ordine all'acquisizione dei documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, ha predisposto una normativa che avrebbe consentito di superare simili ostacoli.

Va rilevato che prima della l. 397/2000 il procedimento di richiesta di documenti alla pubblica amministrazione, anche a fini investigativi, era già previsto.

Pertanto, la novella del 2000 si affianca alla normativa già esistente e contemplata nell'articolo 22 l. 241/1990 anche se, ancora un volta come in passato, il legislatore si è arrestato a disciplinare esclusivamente l'accesso alla documentazione della pubblica amministrazione e non anche a quella di un soggetto privato.

L'accesso ai documenti custoditi dalla pubblica amministrazione è regolato dall'articolo 391-*quater* c.p.p.

Legittimato a richiedere la documentazione è il difensore⁽¹⁾.

Nella richiesta, scritta e motivata nei limiti di tutela delle strategie difensive, il difensore deve specificare in quale veste interviene, nonché gli estremi dei documenti ai quali si chiede di accedere o comunque gli elementi idonei a identificarli e allegare la copia dell'incarico professionale che assume maggiore rilevanza nell'ipotesi di investigazioni preventive. L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente.

Qualora la pubblica amministrazione opponesse il rifiuto scatterebbe la previsione dell'articolo 391-*quater* comma 3 c.p.p. Il difensore non acquiescente al diniego amministrativo potrà, infatti, domandare per iscritto al pubblico ministero di formulare egli stesso la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione o di procedere al

(1) Così, DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, 206; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*; PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, sottolinea che «la circostanza che nell'articolo 391-*quater* sia citato unicamente il difensore, non può essere considerato frutto del caso, ma porta a concludere che la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione è riservata a questo soggetto in virtù di una scelta normativa»; TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*; per TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, appare corretto la legittimazione oltre che del difensore anche del solo sostituto in virtù dell'articolo 102 comma 2 c.p.p.

sequestro. Naturalmente nessun obbligo di attivarsi è previsto per l'organo dell'accusa, il quale solo se dovesse ritenere ingiustificato il diniego ordinerà ai sensi dell'articolo 256 cpp la consegna del documento.

3. L'accesso ai luoghi

Tra le attività espletabili nel corso dell'investigazione difensiva, il legislatore vi ha ricompreso anche la facoltà di accedere nei luoghi privati o non aperti al pubblico, strumento di indagine assai prezioso che consente di effettuare sopralluoghi per avere contezza dello scenario in cui si è svolta *rectius* l'azione delittuosa in contestazione.

Gli articoli 391-*sexies* e 391-*septies* c.p.p. disciplinano tale facoltà e si pongono l'uno rispetto all'altro in un rapporto di «genere a specie»: mentre il primo fa riferimento ad un generico diritto della difesa di accedere ai luoghi, il secondo si occupa specificatamente dell'accesso ai luoghi privati e non aperti al pubblico. Legittimati sono il difensore, il suo sostituto, gli investigatori privati, nonché il consulente tecnico che sarà il soggetto più idoneo, proprio per la specifica competenza tecnico-scientifica.

L'articolo 391-*sexies* c.p.p. prevede che il sopralluogo istruttorio possa consistere nella visione e descrizione dei luoghi, o nell'eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi⁽²⁾.

Oggetto dell'accesso possono essere luoghi pubblici, privati o non aperti al pubblico. Nessun limite è previsto per il difensore nel caso in cui l'accesso avvenga in un luogo pubblico o aperto al pubblico. Difatti, l'articolo 391-*septies* c.p.p. impone al difensore di munirsi del consenso di chi ha la disponibilità del luogo soltanto nel caso in cui debba avere un accesso a luoghi privati, poiché in relazione ad essi opera la tutela del domicilio sancita nell'articolo 14 Cost. In mancanza la difesa dovrà adire il giudice per ottenere l'autorizzazione. Il giudice provvede, quindi, su impulso di parte, con decreto motivato che dovrà indicare le «concrete modalità» di accesso nonché i tempi dell'intervento.

(2) Non semplicemente il *locus commissi delicti* bensì qualsiasi luogo pubblico o privato ove si possa reperire elementi probatori a discarico. Così DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*; BRICCHETTI-RANAZZO, *Le indagini della difesa*; PAOLOZZI, *Legge 7 dicembre 2000, n. 397*; SANTORO, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*.

Il difensore e i suoi collaboratori ex articolo 391-*bis* c.p.p. possono redigere un verbale dell'accesso e delle eventuali operazioni svolte in tale occasione, contenente la data, il luogo dell'accesso, le generalità delle persone intervenute, nonché la descrizione degli eventuali rilievi effettuati.

La azione difensiva è stata valorizzata al massimo con la normativa introduttiva della legge n. 397/2000 delle cd. indagini difensive. Tale disciplina, riconducibile al principio costituzionale di parità fra le parti processuali fatto proprio dall'articolo 111 della Costituzione, nel prevedere un'amplissima possibilità per i difensori delle parti private di assumere prove, delinea per le stesse una equiparazione, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelle raccolte dalla pubblica accusa, sia nella fase delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare (ai sensi del disposto di cui all'articolo 391-*octies* c.p.p.: il difensore può presentare al giudice direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito), che in quella dibattimentale (ai sensi del disposto di cui all'articolo 391-*decies* c.p.p.: le parti possono servirsi delle dichiarazioni a norma degli articoli 500-512-513 c.p.p.). La normativa, dunque, non prevede alcun limite temporale al deposito della documentazione difensiva, né – sia chiaro – vi è obbligo alcuno alla effettiva utilizzazione mediante deposito del materiale raccolto dalla difesa. È stato efficacemente scritto che i tempi e i modi della raccolta e dell'uso degli elementi difensivi dichiarativi e documentali a favore del proprio assistito sono rimessi alla strategia e tecnica del difensore al fine di “esercitare il diritto alla prova” senza alcun generico dovere di discovery: a differenza della parte pubblica, il difensore può certamente conservare nel suo fascicolo gli elementi di prova raccolti.

SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ INVESTIGATIVE DIFENSIVE PREVENTIVE

Le indagini difensive possono essere compiute non solo quando risulta già in corso un procedimento penale a carico del proprio cliente, ma anche quando la sua instaurazione è solo eventuale; in tal caso si parla di indagini difensive preventive, le quali sono regolate dall'articolo 391-*novies* c.p.p.

Sebbene consentita per la sola eventuale instaurazione di un procedimento penale, l'espresso richiamo dell'articolo 391-*novies* c.p.p. legittima lo svolgimento di un'indagine preventiva integralmente omogenea rispetto a quella prevista dall'articolo 327-*bis* c.p.p.

Di conseguenza, il privato potrà attivarsi e dare mandato per lo svolgimento di tale tipologia di investigazione a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale, qualora non sia a conoscenza dell'avvio di tale procedimento perché non ancora indagato o, in mancanza dell'informazione di garanzia, non consapevole di esserlo.

Al fine di svolgere un'indagine difensiva preventiva, occorre un apposito mandato scritto con sottoscrizione autenticata del mandante, anche ad opera dello stesso difensore ai sensi dell'articolo 39 disp. att. c.p.p., il quale deve contenere la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce. Tale precisazione ha lo scopo di circoscrivere l'ambito oggettivo dell'indagine preventiva, attinente ai fatti rilevanti per l'eventuale procedimento: tuttavia, l'indicazione dei fatti potrà essere generica e sommaria, anche al fine di non esternare il grado di coinvolgimento del proprio assistito.

Sebbene l'indagine difensiva preventiva si configuri come la ricerca degli elementi favorevoli al proprio assistito nella sola eventualità dell'instaurazione di un procedimento penale, nel rispetto della legge e delle regole deontologiche non può mai sostanzarsi in una manipolazione dei possibili elementi di prova, nonché in una sottrazione degli stessi per le eventuali future indagini del pubblico ministero.

Anche se parte della dottrina ha sottolineato come l'attività investigativa in esame sia tutt'altro che immune da tali rischi, è evidente che se il diritto riconosciuto dall'articolo 327-*bis* c.p.p. viene correttamente esercitato dal difensore, non è suscettibile di incidere irrimediabilmente sulla genuinità delle (eventuali) acquisizioni investigative degli organi inquirenti e, pertanto, non determina nessun turbamento rispetto alla funzione pubblica di accertamento dei fatti.

In ordine alla possibilità per il difensore di avvalersi della collaborazione di sostituti, consulenti tecnici o di investigatori privati per lo svolgimento delle attività previste dall'articolo 391-*novies* del codice, la mancata menzione di tali soggetti nel medesimo articolo non può determinare un codificato divieto per l'avvocato di avvalersi dei collaboratori di cui può usufruire per lo svolgimento delle indagini difensive ex articolo 327-*bis* c.p.p., dal momento che la norma attribuisce espressamente un potere investigativo preventivo solamente al *dominus* delle investigazioni, da cui però discende quello dei suoi ausiliari.

Ciò risulta evidente dal rinvio reciproco tra le due disposizioni, da cui emerge che tale facoltà investigativa preventiva debba essere esercitata nelle medesime forme e per le stesse finalità di quella ordinaria.

I risultati dell'attività investigativa preventiva, documentati secondo i medesimi criteri previsti per quella svolta nel corso delle indagini preliminari, saranno utilizzabili nell'eventuale procedimento successivamente instaurato. In relazione al valore delle risultanze raccolte, parte della dottrina ha evidenziato come il soggetto che renda dichiarazioni in sede preventiva, ex articolo 391-*bis* c.p.p., non sia tenuto ad un obbligo di verità, dal momento che la fattispecie non rientrerebbe nella sfera di operatività dell'articolo 371-*ter* del codice penale, nella parte in cui prevede la reclusione fino a quattro anni per chiunque renda false dichiarazioni al difensore.

Tuttavia, è necessario distinguere il profilo dell'utilizzabilità da quello del valore probatorio delle dichiarazioni rese ex articolo 391-*bis*

c.p.p.: infatti, solo in relazione a quest'ultimo aspetto vi è la possibilità di disporre la sopracitata sanzione penale, che rientra nell'ambito del libero convincimento del giudice, mentre in relazione all'utilizzabilità la normativa processuale non prevede alcun divieto in tal senso, rendendo tali dichiarazioni spendibili nel dibattimento, secondo quanto previsto – al pari delle risultanze delle indagini difensive ordinarie – dagli articoli 500, 512 e 513 del codice di procedura penale.

