



**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**LE INDAGINI DIFENSIVE:
analisi comparata degli
strumenti di diritto processuale penale
nei sistemi italiano e statunitense**

Procedura Penale

**Relatore
Chiar.mo Prof. Michele Caianiello**

**Presentata dal
Dott. Gabriele Piermartini**

**II Sessione
Anno Accademico 2008 / 2009**

**LE INDAGINI DIFENSIVE:
ANALISI COMPARATA DEGLI STRUMENTI DI
DIRITTO PROCESSUALE PENALE
NEI SISTEMI ITALIANO E STATUNITENSE**

INDICE

1.	Premessa	Pg. 9
-----------	-----------------------	--------------

PARTE PRIMA

ORDINAMENTO ITALIANO

2.	Delimitazione del campo di indagine	Pg. 11
3.	Il panorama normativo di riferimento:	Pg. 12
3.1.	Il Codice di Procedura Penale del 1930	Pg. 16
3.2.	L'art. 38 disp. Att. C.p.p. 1988	Pg. 17
3.3.	La Legge 8 agosto 1995, n. 332	Pg. 19
3.4.	Legge 16 dicembre 1999, n. 479	Pg. 21
3.5.	Legge 7 dicembre 2000, n. 397	Pg. 22
4.	L'evoluzione giurisprudenziale	Pg. 25
5.	Le indagini difensive ed i singoli poteri di indagine:	Pg. 30
5.1.	Colloqui, dichiarazioni ed assunzione di informazioni	Pg. 32
5.2.	Richiesta di documentazione	Pg. 39
5.3.	Accesso ai luoghi	Pg. 46
6.	Fascicolo del difensore e utilizzabilità degli atti.....	Pg. 54
7.	Attività investigativa preventiva	Pg. 56
8.	Formulario degli atti di indagine:	Pg. 62
8.1.	Schema della nomina del difensore da parte dell'indagato	Pg. 65

8.2.	Schema di dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. da persona sottoposta ad indagini preliminariPg. 67
8.3.	Schema di dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. da persona informata sui fattiPg. 69
8.4.	Schema di richiesta di accesso a luogo non aperto al pubblico , espletato nell'ambito dell'attività d'indagine difensiva ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391 septies c.p.p.Pg. 71
8.5.	Schema di sopralluogo espletato nell'ambito dell'attività d'indagine difensiva ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391 sexies c.p.p.Pg. 73
8.6.	Schema di conferimento incarico a consulente tecnicoPg. 75
8.7.	Schema di attività delegata - Conferimento incarico all'investigatore privatoPg. 77
8.8.	Schema di attività delegata - Conferimento incarico d'indagine difensiva al sostitutoPg. 79
8.9.	Esempio di attività d'indagine difensiva nella fase delle indagini preliminari finalizzata alla preparazione dell'istruttoria dibattimentale ed alla cross-examination.....Pg. 81
9.	Dati statisticiPg. 88
10.	Investigazioni difensive e deontologia del difensore:Pg. 105
10.1.	Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, nell'elaborazione dell'Unione delle Camere Penali Italiane.....Pg. 108
10.2.	Codice deontologico forense – Articoli rilevantiPg. 117
10.3.	Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuato per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria.....Pg. 134
11.	Pregiudizi sedimentatiPg. 147
12.	Principali riferimenti normativi del codice di procedura penale italianoPg. 150
12.1.	Art. 327-bis del c.p.p. Attività investigativa del difensore.....Pg. 150
12.2.	Art. 371-ter del c.p. False dichiarazioni al difensorePg. 152
12.3.	Art. 391-bis del c.p.p. Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore.....Pg. 152
12.4.	Art. 391-ter del c.p.p. Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni.....Pg. 157

12.5.	Art. 391-quater del c.p.p. Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione.....	Pg. 158
12.6.	Art. 391-quinquies del c.p.p. Potere di segretazione del pubblico ministero	Pg. 158
12.7.	Art. 391- Sexies del c.p.p. Accesso ai luoghi e documentazione	Pg. 159
12.8.	Art. 391- Septies del c.p.p. Accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico	Pg. 159
12.9.	Art. 391- Octies del c.p.p. Fascicolo del difensore	Pg. 160
12.10.	Art. 391- Nonies del c.p.p. Attività investigativa preventiva	Pg. 161
12.11.	Art. 391- Decies del c.p.p. Utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive	Pg. 162
12.12.	Art. 430 del c.p.p. Attività integrativa di indagine del pubblico ministero e del difensore.....	Pg. 163

PARTE SECONDA

ORDINAMENTO AMERICANO

13.	Introduzione	Pg. 168
14.	Le indagini difensive nel modello statunitense:	Pg. 169
15.	L'intervista alla persona informata sui fatti	Pg. 172
16.	Il panorama normativo di riferimento del sistema americano:	Pg. 180
16.1.	The Constitution of the United States: Selected provisions:	Pg. 181
16.1.1.	First Amendment.....	Pg. 181
16.1.2.	Second Amendment.....	Pg. 181
16.1.3.	Third Amendment.....	Pg. 182
16.1.4.	Fourth Amendment.....	Pg. 182
16.1.5.	Fifth Amendment	Pg. 183
16.1.6.	Sixth Amendment.....	Pg. 183
16.1.7.	Seventh Amendment	Pg. 184
16.1.8.	Eighth Amendment	Pg. 184
16.1.9.	Ninth Amendment	Pg. 184
16.1.10.	Tenth Amendment.....	Pg. 185

CONSIDERAZIONI FINALI

18. Money can buy you justice?	Pg. 235
19. Le ragioni di una ricerca comparata	Pg. 240
20. Conclusioni	Pg. 241
21. Bibliografia:	Pg. 248
21.1. Monografie americane.....	Pg. 248
21.2. Monografie italiane	Pg. 248
21.3. Codici commentati	Pg. 251
21.4. Periodici	Pg. 251
21.5. Siti internet	Pg. 253

PREMESSA

“Tieni a mente, quando hai a dare alcuna sentenza, di darla diritta e leale e giusta; e di questo non ti rivolgere mai, né per prezzo né per amore né per paura né per parentado né per amnistà né per compagnia.

In però che se darai diritta sentenza, quegli contro cui la darai non te ne ripiglieranno ne’ cuori loro; e se la darai falsa, contro cui la darai fia tuo nimico, e que’ cu’ tu servirai non t’avrà né per leale né per diritto, anzi si guarderà sempre di te e vitiperatti sempre; e anche ne se’ tenuto a ristituzione del danno che fai a colui contro cui dai la sentenza falsa.

Si che vedi quant’è bella cosa essere diritto iudice e leale.”

Paolo da Certaldo (XIV sec.), *mercante e scrittore italiano*

Se si ritiene¹, a torto o a ragione, che l’**indagato** e l’**imputato**² siano “**galantuomini**” sino a prova³ contraria, si deve al contempo ritenere che il sistema giustizia debba obbligatoriamente prevedere che gli siano attribuiti sufficienti strumenti difensivi.

In un impianto normativo dove i **più potenti mezzi** di indagine sono consegnati nelle mani del **pubblico ministero** e della **polizia giudiziaria**, gli strumenti di diritto processuale penale che attribuiscono al difensore⁴ poteri di **indagini difensive**⁵, **tentano di colmare un gap** normativo che da sempre affligge la procedura penale italiana.

Diciamo tentano, poiché il bilanciamento recentemente attuato con legge, a parere dello scrivente, non è completo.

Il percorso della ricerca si dipanerà attraverso vari punti che verranno tratteggiati nei loro elementi più rilevanti, ognuno dei quali è destinato a costituire

¹ Come riteneva il Carrara, il quale affermava: “*il rito penale è la salvaguardia dei galantuomini poiché intuito degli ordinamenti processuali è di frenare la violenza dei magistrati*”, sottolineando l’assoluta rilevanza del rito processuale a protezione della libertà individuale, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 4.

² Sull’acquisizione della qualità di imputato, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 55 e ss., ma anche CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 90 e ss..

³ Per il concetto di **prova** vedasi FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 3 e ss.

⁴ Cfr. CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, op. cit., pag. 137 e ss.

⁵ Il tema viene ampiamente trattato da Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 33 e ss.

un tassello del mosaico finale che mira a fornire una visione d'insieme, utile per rispondere a due domande:

1. Gli **strumenti** di diritto processuale penale sui quali poggiano le indagini difensive in Italia oggi, **consentono** un'effettiva **parità** accusa vs difesa?
2. **Ipotizzando** una situazione di **disparità** ed assumendo quale **modello** esterno il sistema **americano**, **quali** possibili **evoluzioni normative**?

PARTE PRIMA

ORDINAMENTO ITALIANO

DELIMITAZIONE DEL CAMPO DI INDAGINE

“E' difficilissimo parlare molto senza dire qualcosa di troppo.”

Luigi XIV

La indagini difensive possono essere fotografate come **“tutte quelle attività di investigazione che il diritto processuale penale consente alla difesa di realizzare, per raccogliere elementi di prova a sé favorevoli e in vista di una loro utilizzazione nella dinamica processuale”**

Il materiale di indagine difensiva infatti, raccolto e presentato al giudice nelle varie fasi procedurali e processuali, secondo le modalità previste dalla legge, potrà essere utilizzato:

1. sia per la **sentenza finale**;
2. sia per le **decisioni incidentali**. Sul tema si pensi ad esempio alle problematiche pronunce relative all'applicazione o meno di misure cautelari personali come la carcerazione preventiva.

Partendo da questa premessa è facile comprendere l'importanza dell'istituto nel panorama processuale, istituito per:

1. **consentire** alla **difesa** di **attrezzarsi** per **sostenere** la propria **tesi**, presumibilmente contrastante con quella della pubblica accusa.
2. **garantire** il **diritto** alla **prova** della **difesa** in ogni stato e grado del procedimento
3. **realizzare** compiutamente il principio di **parità accusa - difesa** nel processo penale.

Tuttavia, come si vedrà nel prosieguo, a tutt'oggi l'**istituto** trova **molte difficoltà** applicative, connesse ad una **disciplina normativa** ancora **inadeguata** e alla sostanziale **diffidenza culturale** che continua a circondarlo.

IL PANORAMA NORMATIVO DI RIFERIMENTO

“... l'attuale legge processuale è tutt'altro che un sistema di regole e principi armoniosamente coordinati: essa appare piuttosto un coacervo di norme che si snoda lungo una line zigzagante...”

Renzo Orlandi

La disamina delle norme che regolano l'agire del difensore in materia di **investigazioni difensive**⁶ non può prescindere, in via generale, da una **ricognizione** delle **fonti** che regolano tale materia perseguendo così due obiettivi rilevanti:

1. da un lato, si individuano gli **spazi di movimento** dell'avvocato che desidera proporre una **tutela legale dinamica**, all'interno di un preciso contesto di diritto positivo;
2. dall'altro lato, se ne mettono in evidenza le specifiche **peculiarità**.

Il **panorama** in tema di **fonti** delle **indagini difensive** risulta decisamente **eterogeneo**: la materia è regolata da disposizioni di diritto interno, di origine internazionale e comunitaria.

In senso lato infatti, sono fonti delle indagini difensive tutte quelle disposizioni che sanciscono il diritto di difesa, di cui la materia in oggetto costituisce indubbia manifestazione.

È perciò possibile citare per quanto riguarda la **normativa internazionale**:

1. la **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo**, approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948. La dichiarazione, pur avendo un **valore meramente programmatico**, è stata capace di determinare profondi cambiamenti nell'evoluzione culturale e normativa della società moderna e, per quanto attiene ai nostri fini, ha posto in evidenza proprio il **diritto di difesa** individuato dall'art. **11**:

«1. Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa. 2. Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo

⁶ Pur trattate brevemente, in PICCIALLI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007, pag. 65 e ss., la tavola nr. 24 rappresenta uno schema essenziale dell'attività investigativa del difensore, utile ad una prima visione d'insieme del tema.

od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso».

2. la **Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**, firmata a Parigi il 20 marzo 1952 dagli Stati aderenti al Consiglio d'Europa e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848/1955.

La Convenzione rappresenta prima forma di attuazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, con valore vincolante in quanto appositamente ratificata. L'art. 6, comma 4, delinea analiticamente il contenuto del diritto di difesa:

«Ogni accusato ha diritto soprattutto a:

- a) essere **informato**, nel più **breve tempo**, in una **lingua che comprende ed in maniera dettagliata**, del contenuto **dell'accusa** elevata contro di lui;*
- b) **disporre del tempo** e della possibilità necessari a preparare la **difesa**;*
- c) **difendersi personalmente** o con l'**assistenza di un difensore** di sua scelta e, se non ha mezzi di pagare un difensore, per poter essere assistito gratuitamente da un avvocato di ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;*
- d) di **interrogare** o **far interrogare i testimoni a carico** ed ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a **discarico** a pari condizioni dei testimoni a carico;*
- e) **farsi assistere gratuitamente** da un **interprete** se **non comprende o non parla** la lingua estera in udienza».*

Entrambi le norme sono **particolarmente rilevanti** nel **panorama delle fonti delle indagini difensive** perché, nonostante **non prevedano espressamente il ricorso** a simili **investigazioni**, **propongono** una **lettura** in chiave attiva e **dinamica del diritto di difesa**.

La medesima tutela si riviene anche nel **diritto comunitario**, all'interno della c.d. **Costituzione europea**, e più in particolare, nella parte II, contenente la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione**, ove nel titolo VI in materia di giustizia, possiamo individuare:

- l'art. 107, che assicura il diritto ad un **ricorso effettivo** e ad un **giudice imparziale**:

*«1. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste dal presente articolo. 2. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia **esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. 3. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il **patrocinio a spese dello Stato**, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».***

- l'art. 108, intitolato «Presunzione di innocenza e diritti della difesa», che recita:

*«1. Ogni **imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata**. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è **garantito ad ogni imputato**».*

Nel diritto interno, le fonti delle **indagini difensive** mostrano un'ampia tutela del diritto di difesa concessa dalla nostra Carta costituzionale.

Le norme più rilevanti in questo caso sono:

- l'art. 24 Cost., comma 2, secondo cui:

«La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».
- l'art. 111⁷ Cost., che senza dubbio riveste maggior peso in tema di investigazioni difensive, così come modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha introdotto nella nostra Carta costituzionale i principi del “giusto processo”.

Il “nuovo” art. 111 Cost. sancisce infatti il **principio del contraddittorio**⁸ nella formazione della prova, e prevede che ogni processo debba svolgersi:

⁷ Cfr. LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 10 e ss.

⁸ Su tale metodo operativo e la sua stretta connessione con il fatto “che il **processo non possa dirsi un'istituzione interamente orientata al vero**”, vedasi FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 297 e ss. Il tema del rapporto fra processo e verità viene affrontato nel medesimo testo a pag. 322 e ss.

«nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale».

La **Costituzione garantisce** in questo modo al soggetto accusato di un reato, il **diritto** di disporre del **tempo** e delle **condizioni** necessarie per preparare la sua **difesa**, ma anche il diritto 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**. Ed è stato proprio il contenuto dell'art 111 Cost., che ha dato un forte impulso all'evoluzione normativa delle indagini difensive.

Per quanto concerne le fonti **normative ordinarie**, la disciplina delle **investigazioni difensive** è oggi posizionata all'interno del **codice di procedura penale**.

Come si vedrà a partire dal prossimo capitolo, le indagini difensive sono state oggetto di numerosi interventi legislativi succedutisi nel tempo e giunti a conclusione con la legge 7 dicembre 2000, n. **397** che, ancor **oggi** costituisce il **riferimento normativo per eccellenza**.

IL CODICE DI PROCEDURA PENALE DEL 1930

In questo codice le **investigazioni difensive non avevano** ricevuto alcun **riconoscimento**. Il difensore era considerato un **mero garante** dei diritti **dell'imputato** in relazione alle attività svolte dal pubblico ministero e dall'organo giudicante nel corso del procedimento penale.

Sebbene parte della dottrina sosteneva la **tesi favorevole** alla **libertà di investigazione difensiva**, considerandola un atto dovuto da parte del difensore, il **diritto** alla **prova** e, conseguentemente, le **investigazioni** difensive, venivano fortemente **condizionate** da una **prassi limitatrice** e, **osteggiate** da un atteggiamento di **diffidenza** da parte degli stessi **ordini forensi**. Il comportamento del difensore che avesse avuto **colloqui** sui fatti di causa con persone indicate quali testimoni, anche se a favore del proprio cliente, veniva **considerato censurabile** sotto l'aspetto della deontologia professionale e **disciplinariamente**, poiché ritenuto contrario ai principi di correttezza e di lealtà e lesivo della dignità e del decoro professionale.

In un tale contesto, il **Consiglio nazionale forense**, si era spinto ad affermare che, per la **consumazione dell'illecito**, non era necessario che il professionista influenzasse i testimoni, ma un **semplice colloquio** poteva **integrare** la **violazione**, perché dal contatto con i testimoni potevano derivare, anche in totale assenza di "dolo" del professionista, *«suggerzioni e turbamenti dell'animo»* dei testimoni, capaci di limitarne *«la libertà, la sincerità e la obiettività»*.

Tale atteggiamento tuttavia portava a delle contraddizioni: infatti, se il codice accordava alle **parti private** la facoltà di richiedere al giudice istruttore o a quello del dibattimento l'ammissione dei testimoni, le **regole deontologiche**, invece, impedivano all'avvocato di accertare previamente e autonomamente l'utilità della prova. Ne **conseguiva** che il **colloquio** con i potenziali testimoni era **tabù** per la **difesa**, la quale doveva limitarsi a chiedere all'autorità giudiziaria di sentirli, senza poter così esplicitare un **nessun controllo preventivo** sulle loro dichiarazioni con **conseguenze**, in alcuni casi, a dir poco **nefaste**, ovvero che un presunto teste a discarico avrebbe potuto imprevedibilmente tramutarsi in un decisivo teste a carico!

Una **concezione** così **restrittiva** riesce a trovare una giustificazione solo se inserita nella **struttura inquisitoria** del rito penale di quegli anni: nel codice Rocco

infatti l'attività del difensore si concentrava prevalentemente nella discussione finale e ben lungi dall'interessare la fase istruttoria di raccolta della prova.

L'ART. 38 DISP. ATT. C.P.P. 1988

L'entrata in vigore del **nuovo codice di procedura penale** del 1988 comporta finalmente **l'inizio del cambiamento**.

La «delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale», inserita nell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81, conteneva disposizioni che miravano a realizzare nel nuovo codice il sistema accusatorio⁹, secondo principi e criteri quali:

1. la «massima **semplificazione** nello svolgimento del processo»;
2. l'«adozione del **metodo orale**»;
3. la «partecipazione dell'**accusa** e della **difesa** su basi di **parità** in ogni stato e grado del procedimento».

Tuttavia, principi come **l'incomprimibilità del diritto alla prova**, garantita nel codice dall'art. 190 c.p.p. e il principio di **parità tra accusa e difesa**, però, **non trovavano** da subito soddisfacente traduzione nel nuovo codice: a fronte di una **disciplina analitica** e minuziosa dell'attività **investigativa** svolta dal **pubblico ministero** e dalla **polizia giudiziaria**, contenuta nel libro V del c.p.p., il legislatore riservava all'attività investigativa del difensore un'**unica disposizione**, peraltro collocata al di fuori del *corpus* codicistico, e precisamente nell'art. **38** delle disp. att., approvate con d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271.

Tale norma, rubricata «*Facoltà dei difensori per l'esercizio del diritto alla prova*» era collocata tra le «*Disposizioni relative alle parti private e ai difensori*». La scelta del legislatore delegato di collocare la regolamentazione di una materia tanto delicata non già nel codice, ma all'interno delle disposizioni di attuazione, è stata unanimemente criticata dalla dottrina.

Sorvolando sulla infelice collocazione della norma, va fotografato come la stessa formulazione dell'art. 38 disp. att. si lasciasse facilmente criticare per la sua genericità e lacunosità. L'art. 38, comma 1, disp. att. si limitava infatti a disporre:

⁹ Per una verifica sintetica del rapporto fra sistema accusatorio e sistema inquisitorio, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 5.

Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'art. 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni». Al comma 2 si puntualizzava che tale attività «può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati».

Con questo testo il legislatore si limitava a sancire il diritto di difendersi tramite lo svolgimento di attività di indagine da parte del difensore senza fornire tuttavia indicazioni:

1. sulle persone contattabili dal difensore;
2. sulle modalità dei colloqui e della relativa documentazione;
3. sul regime di utilizzabilità processuale dei risultati delle investigazioni compiute dal difensore o dai suoi ausiliari.

Ne consegue che l'art. 38 disp. att. non si presentava, contrariamente a quanto la sua collocazione avrebbe potuto suggerire, come norma di attuazione del diritto di difesa, bensì come una norma programmatica, priva di un contenuto precettivo innovativo.

La giurisprudenza¹⁰, sia di legittimità che di merito, sin dai primi anni di applicazione della norma ha messo alla prova i punti deboli appena riscontrati, operando una lettura estremamente riduttiva e mortificante di un dato normativo di per sé già lacunoso. In particolare ha negato, o per lo meno depotenziato sensibilmente attraverso la c.d. teoria della canalizzazione¹¹ l'utilizzabilità dei risultati delle indagini del difensore. In sintesi la Corte di cassazione è giunta ad affermare che tutti gli elementi probatori devono essere canalizzati sul pubblico ministero atteso che questi, durante le indagini preliminari, «non è parte, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale», privando così il difensore del potere di assumere autonomamente l'elemento di prova.

Si era venuto a creare un clima di sfavore, diffidenza e sospetto nei confronti della investigazione difensiva, favorendo il diffondersi dell'opinione che l'art. 38

¹⁰ Sull'argomento e più estesamente, vedasi anche nel capitolo dedicato all'evoluzione giurisprudenziale, oltre a STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 470 e ss.

¹¹ Ibidem.

disp. att. avesse semplicemente avuto lo scopo di assicurare la liceità deontologica dell'attività investigativa condotta dal difensore. **Da** una visione delle indagini difensive come **proiezione indefettibile** del **diritto di difesa** si passava **ad** una **interpretazione** in chiave estremamente **riduttiva** ed eccezionale delle stesse, del tutto **inconciliabile** con la **struttura accusatoria** del nuovo rito penale.

Ne consegue che alla luce dell'art. 38 disp. att. il **divieto** stabilito dalle norme deontologiche per il difensore di **prendere contatto** con il potenziale testimone, e in generale di svolgere attività di indagine c.d. "parallela" rispetto a quello dell'organo di accusa, aveva **perso** la sua **ragione d'essere**. Lo stesso **Consiglio nazionale forense** si dichiarava **favorevole** ai **contatti** tra **difensore** e **testimoni** e all'espletamento di attività di indagine difensiva, in quanto naturale estrinsecazione del diritto alla prova.

L'esigenza di codificare precise regole di comportamento in tema di indagini difensive cominciava perciò ad essere **avvertita**, vista l'assenza di normativa sul punto e, soprattutto, visto che tale attività si presentava come una novità per il difensore. Tale necessità era tanto più urgente in quanto vi era:

1. da un lato, l'elasticità e la estrema **genericità** del dettato dell'art. 38 disp. att.,
2. dall'altro lato, il **pericolo** per il **difensore** di commettere illeciti penali come il **favoreggiamento** personale.

Tali rischi per il difensore venivano sottolineati anche nella Relazione della Commissione parlamentare antimafia sul nuovo codice di procedura penale, presentata al Parlamento in data 10 ottobre 1990:

*«Infatti il **rapporto con i testimoni**, e **l'indagine su quanto essi sanno**, mettono il difensore in una **situazione** nella quale il **discrimine tra richiesta di informazioni e suggerimento della risposta desiderata può diventare sottile**. Tanto più che, spesso, il **contatto** con il teste verrà **procurato da parenti, amici** e, non raramente, da **complici** dell'accusato. È **auspicabile** che vengano a formarsi **chiare regole deontologiche** soprattutto per le garanzie che il difensore corretto ha il diritto di preconstituirsì tanto nei confronti della persona con cui ha preso contatto, quanto nei confronti dello stesso assistito».*

Nel frattempo, nel diritto positivo, si faceva strada la necessità di un intervento da parte del legislatore realizzatosi poi con la legge 8 agosto 1995, n. 332, recante «*Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa*».

Volta soprattutto a correggere l'uso distorto delle **misure cautelari**, tale norma **integrava** l'art. 38 disp. att. con l'aggiunta di **due significativi commi, 2-bis e 2-ter**, avendo come precipuo scopo l'obiettivo di **superare** la **teoria della canalizzazione** e di **colmare** le **lacune** ravvisabili nell'originaria versione della norma. In particolare:

- nel comma 2-bis recitava che «*il **difensore** della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa **può presentare** direttamente al **giudice elementi** che egli reputa **rilevanti** ai fini della decisione da adottare*»,
- nel comma 2-ter sanciva che «*la **documentazione presentata** al **giudice è inserita** nel **fascicolo** relativo **agli atti di indagine** in originale o in copia, se la persona sottoposta alle indagini ne richiede la restituzione*».

Il legislatore, nonostante perseguisse con questa legge il chiaro **obiettivo** di **svincolare** la possibilità di condurre **indagini difensive** dal **filtro** del **pubblico ministero**, non sgombrava il campo dai problemi precedentemente riscontrati, in particolare in ordine:

1. al **regime** di **utilizzabilità** del materiale raccolto;
2. al **valore probatorio** dello stesso.

Il **testo normativo** si rivelava perciò **insufficiente** a **dissipare** la **diffidenza** e le **riserve** manifestate da **pubblici ministeri** e **magistrati** nei **confronti** dell'attività di indagine svolta **dall'avvocato**. In un tale **clima** di **sospetto** il **difensore attivo** nelle **indagini difensive** correva il rischio di ritrovarsi **incriminato** da parte di un pubblico ministero troppo zelante per:

1. **subornazione**¹² dei testimoni ex art. 377¹³ c.p.;

¹² Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 479 e ss.

¹³ **Art. 377 del c.p. Intralcio alla giustizia.**

Chiunque offre o promette denaro o altra utilità alla persona chiamata a rendere dichiarazioni davanti all'autorità giudiziaria ovvero alla persona richiesta di rilasciare dichiarazioni dal difensore nel corso dell'attività investigativa, o alla persona chiamata a svolgere attività di perito, consulente tecnico o interprete, per indurla a commettere i reati previsti dagli articoli 371bis, 371ter (3), 372 e 373, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alle pene stabilite negli articoli medesimi ridotte dalla metà ai due terzi.

La stessa disposizione si applica qualora l'offerta o la promessa sia accettata, ma la falsità non sia commessa.

2. **favoreggiamento personale** ex art. 378¹⁴ c.p.;
3. **reati associativi** di varia natura in concorso con l'assistito.

La **necessità** di avere un **corpus aggiornato** di regole deontologiche per la classe forense **portò**, in questa fase, all'elaborazione di una **codificazione** non solo da parte dell'organo istituzionale di autogoverno dell'avvocatura, il **Consiglio nazionale forense**, ma anche **dall'Unione delle Camere penali italiane**, che si era già **distinta** in passato per la **presentazione** di una articolata **proposta di legge** per la **disciplina delle investigazioni**.

Il Consiglio direttivo dell'Unione e la Consulta dei presidenti delle singole Camere penali, in data 30 marzo 1996 giungevano ad un corpo di 17 articoli¹⁵, che concernevano i rapporti con i colleghi, con la stampa e le indagini difensive, **destinati** a far parte di un vero e proprio **codice deontologico del penalista**.

Alla indagini difensive venivano dedicate addirittura 13 articoli e le regole deontologiche si presentavano analitiche e rigorose, consentendo loro di svolgere un ruolo sostitutivo, in assenza di altrettante chiare disposizioni normative, e rappresentando un vero e proprio *vademecum* per i professionisti.

L'adeguamento da parte dei **difensori** a comportamenti conformi a **tali norme**, finiva così per rappresentare indice di **genuinità** e **correttezza** nella **raccolta di elementi probatori**.

LEGGE 16 DICEMBRE 1999, N. 479

Chiunque usa violenza o minaccia [611] ai fini indicati al primo comma, soggiace, qualora il fine non sia conseguito, alle pene stabilite in ordine ai reati di cui al medesimo primo comma, diminuite in misura non eccedente un terzo.

Le pene previste ai commi primo e terzo sono aumentate se concorrono le condizioni di cui all'articolo 339.

La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici.

¹⁴ **Art. 378 del c.p. Favoreggiamento personale.**

Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo [110], aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità, o a sottrarsi alle ricerche di questa, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

Quando il delitto commesso è quello previsto dall'articolo 416bis, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni.

Se si tratta di delitti per i quali la legge stabilisce una pena diversa [307], ovvero di contravvenzioni, la pena è della multa fino a euro 516.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile [88, 97, 98] o risulta che non ha commesso il delitto.

¹⁵ Il cui testo è reperibile su *Cass. pen.*, 1996, 1357 ss., con introduzione di FRIGO G., *Primi passi del «Codice deontologico del difensore penale»*

In data 16 dicembre 1999 veniva approvata la l. n. 479 c.d. “**legge Carotti**”, recante «*Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all’ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense*».

La **norma conteneva disposizioni** che interessavano le **indagini difensive** ed in particolare:

1. Il nuovo art. **415-bis** c.p.p. che **dispone** che **l’avviso di conclusione** delle **indagini preliminari**, fatto **notificare** dal **pubblico ministero**, qualora non debba formulare richiesta di archiviazione, alla persona **sottoposta** alle **indagini** e al **difensore** prima della scadenza del termine previsto dall’art. 405, comma 2, c.p.p., anche se prorogato, **deve** tra l’altro **contenere l’avvertimento** che l’indagato ha facoltà entro il termine di venti giorni, di «*presentare memorie, produrre documenti, depositare documentazione relativa ad investigazioni del difensore*».
2. l’art. **431** c.p.p., già disciplinante la formazione e il contenuto del fascicolo per il dibattimento¹⁶, che veniva aggiornato con l’aggiunta, al comma 2, della seguente previsione «*Le parti possono concordare l’acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all’attività di investigazione difensiva*». Identica previsione veniva inserita nell’art. 493, comma 3, c.p.p. in tema di richieste prova e nell’art. 555, comma 4, c.p.p. in relazione al procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica.

LEGGE 7 DICEMBRE 2000, N. 397

Infine, dopo un lungo periodo di progettazione, in data 07 dicembre 2000, è stata approvata la legge nr. 397, contenente la **disciplina organica** delle **indagini difensive**. Nella relazione di accompagnamento al provvedimento, si legge subito che essa si prefigge come **scopo** l’attuazione del “**giusto processo**” introdotto nel rinnovato articolo 111 cost. dalla legge costituzionale nr. 2 del 1999.

¹⁶ Cfr. Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 169 e ss.

Principi quali la **parità delle parti**, ma anche del **contraddittorio**, della **ragionevolezza dei tempi** e della **terzietà del giudice**, nonché alle **garanzie dell'informazione**, dei tempi e dei mezzi necessari per la difesa, rappresentano i cardini del giusto processo.

Ma è proprio l'**abusato concetto di parità delle parti** che costituisce il riferimento costituzionale principale e l'obiettivo concreto della legge 397/2000. Da un punto di vista strutturale - sistematico si ritiene che la tanto auspicata **equiparazione** tra magistrato del **pubblico ministero** e **difensore** possa considerarsi attuata. Infatti:

1. in primo luogo, l'**introduzione**, nel libro quinto del codice (“indagini preliminari e udienza preliminare¹⁷”), di un **titolo VI bis** relativo alle **investigazioni difensive** accanto al titolo IV dedicato all'attività del magistrato, appare come valido supporto a tale teorica equiparazione;
2. in secondo luogo, dal fatto che nelle disposizioni generali dello stesso libro, di contro agli articoli 326 e 327 dedicati alla direzione e allo scopo delle indagini preliminari, venga posto l'articolo **327bis**. Questo, rubricato “**attività investigativa del difensore**”, permette ad esso di svolgere **fin dal momento dell'incarico professionale**, risultante da atto scritto, investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito. E ciò può avvenire anche **per mezzo di sostituti, consulenti tecnici ed investigatori privati**¹⁸ autorizzati.

Tuttavia questa **formale equiparazione** deve essere **riscontrata** anche sul **piano pratico**, a prescindere dalla collocazione delle norme all'interno del codice, verificandone l'effettiva parità attraverso il vaglio delle concrete disposizioni di legge ed ai poteri che esse attribuiscono ai difensori.

Una **novità di rilievo** introdotta dalla 397/2000 è costituita dal fatto che le investigazioni difensive possono essere compiute non solo quando e già in corso il procedimento penale, ma anche quando e solo eventuale la sua instaurazione (art. 391novies: cd. **attività investigativa preventiva**¹⁹); ad esempio: una persona temendo di poter essere coinvolta nelle indagini per una rapina, pur senza essere indagata, potrebbe dare incarico al suo difensore di svolgere investigazioni

¹⁷ Cfr. LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 225 e ss.

¹⁸ Cfr. Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 169 e ss.

¹⁹ Vedasi più oltre, nel capitolo dedicato alle investigazioni preventive.

preventive per **documentare** il suo **alibi**.

Inoltre, così come già era previsto per il pubblico ministero, anche il difensore può compiere attività integrativa di indagine successivamente al rinvio a giudizio (v. nuova formulazione dell'art. 430).

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

“Ecco dunque: quando ho ben veduto, riveduto, letto, riletto, ripassato e sfogliato le querele, citazioni, comparizioni, commissioni, informazioni, pregiudiziali, produzioni, allegazioni, interdetti, contraddetti, istanze, inchieste, repliche, duplicati, triplicati, scritture, biasimi, accuse, riserve, raccolte, confronti, contraddittori, libelli, documenti apostolici, lettere reali, compulsazioni, declinazioni, anticipatorie, evocazioni, invii, conclusioni, non luogo a procedere, accomodamenti, rilievi, confessioni, atti e altrettanti ammennicoli e droghe, da una parte e dall'altra, come deve fare il buon giudice...”

François Rabelais

Come anticipato durante l'analisi del panorama normativo, le posizioni prese dalla giurisprudenza in merito alle indagini difensive, dal 1989 ad oggi, sono sostanzialmente due. La **linea di separazione** può essere considerata la legge 332 dell'8 agosto 1995 che, con le innovazioni apportate all'articolo 38 delle norme d'attuazione, sovverte l'unanime orientamento precedente da parte della giurisprudenza.

Prima che il **legislatore intervenisse** in favore della posizione difensiva con questa legge, si era consolidata una **profonda disparità** tra **accusa** e **difesa**, in virtù della predetta **“teoria della canalizzazione”** affermatasi come la ratio comune di ogni decisione. In cosa consistesse la “teoria della canalizzazione” è presto detto.

Premesso che nell'esercizio del diritto alla prova si compiono **tre attività**:

1. **ricerca**;
2. **individuazione**;
3. **acquisizione** dei mezzi di prova;

il **difensore**, secondo tale posizione giurisprudenziale, **poteva** solo **ricercare** ed individuare i **mezzi di prova senza** avere la **possibilità** di **acquisirli**, ritenendosi che per tale attività fosse preposto il solo pubblico ministero²⁰.

²⁰ Ovviamente ad esso si sostituiva il giudice una volta terminata la fase delle indagini preliminari.

Ne consegue che ad esso non restava altro da fare che “**canalizzare**” il *thema probandum* verso il **pubblico ministero**²¹, per sollecitarlo all’acquisizione, in virtù dell’obbligo previsto dall’articolo 358²² c.p.p.

Al fine di far luce sulla ratio di questo orientamento unanime, risulta opportuno fare un **esempio**: se il **difensore**, dopo averla **ricercata**, avesse **individuato** una **persona informata** sui fatti, **non** sarebbe stato **idoneo all’assunzione** di **informazioni** dalla stessa, ma avrebbe dovuto chiedere al magistrato di procedere all’acquisizione.

Rebus sic stantibus, si era venuto a creare un **ruolo difensivo** privo di autonoma valenza probatoria e del tutto servente rispetto all’accusa.

Alla domanda sul perché la giurisprudenza di merito prima e quella di legittimità poi, intesero attestarsi su una posizione del genere, la risposta non è univoca, ma porta a individuare numerose ragioni:

1. era un’**opzione coerente** con la scelta codicistica di attribuire al magistrato del pubblico ministero una funzione difensiva ex articolo 358 c.p.p. (non era colpa dei giudici se esso era stato costantemente disatteso);
2. **non vi erano** soluzioni alternative, a fronte della vaghezza dell’articolo 38 delle norme di attuazione, che si limitava ad un’enunciazione di principio e per nulla descrittiva, pur essendo l’unica disposizione in merito;
3. era **necessario** tener conto dell’assenza di poteri fidefacienti in capo al difensore che, non essendo un pubblico ufficiale e non applicandosi ad esso le disposizioni previste in materia di false informazioni al magistrato (art. 371bis c.p.) e falsità in atti (artt. 476, 479 c.p.), non dava adeguate garanzie di attendibilità e autenticità. Il nodo centrale poggiava sull’**assunzione di informazioni** da persone informate, che venivano considerate mere scritture private non affidabili quanto alla loro genuinità.
4. V’erano infine **molti pregiudizi** da parte di chi fino al giorno prima aveva visto il difensore intento alla sola preparazione della discussione finale, mentre ora lo ritrovava nelle vesti di investigatore.

²¹ Dominus della fase e unico organo ritenuto incaricato, nell’interesse generale, della raccolta e del vaglio dei dati positivi e negativi afferenti a fatti di possibile rilevanza penale.

²² **Art. 358 del c.p.p. Attività di indagine del pubblico ministero.**

1. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell’articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

Perciò potevamo riscontrare delle perplessità di carattere sia oggettivo (n. 1 e 2) che soggettivo (n. 3 e 4), alla base di quella interpretazione giurisprudenziale fortemente restrittiva dell'articolo 38 att. riassumibile nella nota “**teoria della canalizzazione**”.

Un passo in avanti possiamo registrarlo allorchè il legislatore, con la legge 332 dell'8 agosto 1995, diede un'interpretazione autentica alla norma di attuazione. Furono aggiunti all'articolo 38 att. i commi 2 bis e 2 ter, nei quali si precisava che il difensore poteva presentare *direttamente al giudice* gli elementi ritenuti utili ai fini della decisione da adottare e che questi poi sarebbero confluiti nel fascicolo delle indagini.

La **giurisprudenza** dovette prendere atto dell'intervento chiarificatore e **cambiare** la propria **posizione**, a beneficio di un **riequilibrio** del rapporto **accusa-Difesa**.

La diretta conseguenza fu una rielaborazione della facoltà di svolgere indagini difensive, tale che:

- il **difensore** poteva **ricercare**, individuare ed anche acquisire i mezzi di **prova**;
- nel farlo **formava** veri e propri **atti del procedimento**, essendo un soggetto del procedimento nell'esercizio di una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento;
- tali **atti** erano **utilizzabili** al pari di quelli formati dal magistrato del pubblico ministero, in virtù dell'affermata **parità formale**;
- □ il **destinatario** non era più il magistrato del pubblico ministero, bensì il **giudice** con la sua garanzia di terzietà.

Come spesso accade, vi furono **decisioni contrastanti tendenti** a considerare ancora l'indagine difensiva come un'attività privata, che consentiva al difensore, non la raccolta o formazione di prove²³ utilizzabili in giudizio, ma la formulazione di richieste perché l'autorità giudiziaria assumesse dette prove. Si trattò in ogni caso di decisioni sporadiche e minoritarie.

²³ Sul tema delle prove, vedasi CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 283 e ss. Pur trattate brevemente, in PICCIALLI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007, pag. 84 e ss., le tavole nr. 33, 34 e 35 rappresentano degli schemi relativi alle prove, ai mezzi di prova ed ai mezzi di ricerca della prova, utili ad una prima visione d'insieme del tema.

Sembrerebbe di poter concludere sostenendo la realizzazione della tanto conclamata parità, in seguito all'intervento del 1995, ma non è così.

A dimostrazione, si ritiene, di come sull'orientamento precedente **influissero** molto **poco ragioni** di carattere **normativo** e **ben più riserve mentali** di stampo inquisitorio, la giurisprudenza trovò comunque il modo di limitare il valore delle indagini difensive.

Non potendo, infatti, più contestare nulla in relazione alla formazione e presentazione della prova, **spostò l'attenzione** sul momento successivo, ovvero sulla valutazione della prova fornita.

Si legga cosa affermava una delle più significative pronunce della **Cassazione** in merito: *“Gli atti investigativi compiuti dal difensore ai sensi dell'articolo 38 disp. att. c.p.p., essendo formati da un soggetto del procedimento nell'esercizio di una facoltà riconosciutagli dall'ordinamento al fine di essere esibiti al giudice, che ha il dovere di prenderli in considerazione al momento della decisione, hanno il **valore di atti del procedimento**, per cui il loro **risultato probatorio è utilizzabile** tanto quanto quello degli atti di indagine compiuti dal magistrato del pubblico ministero”, **tuttavia**, “La valutazione del contenuto degli atti investigativi della difesa rimane affidata al prudente apprezzamento del giudice, il quale, nell'esercizio del suo **libero convincimento**²⁴, deve comunque tenere conto della diversità di disciplina esistente tra l'indagine condotta dal titolare della funzione d'accusa e quella del difensore, ed in particolare della circostanza che gli **elementi forniti dalla difesa** sono circondati da una **minor garanzia di veridicità**, dato che alle dichiarazioni raccolte ai sensi dell'articolo 38 disp. att. c.p.p. non si applicano gli articoli 371bis, 476 e 479 c.p., né le rigorose modalità di documentazione cui devono attenersi gli organi inquirenti”.*

Il difensore poteva ben ricercare, individuare, acquisire i mezzi di prova e quindi formare e presentare la prova ma, unico inconveniente, il giudice l'avrebbe considerata meno genuina, meno attendibile.

Mancava ancora un passo (molto grande) per arrivare alla sospirata parità: fare in modo che i **giudici valutassero** con lo stesso metro di giudizio gli **atti** presentati dal **difensore** e quelli forniti dal magistrato del **pubblico ministero**.

²⁴ Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 328 e ss.

A tutt'oggi questo passo non è stato completato ed è allora opportuno chiedersi se, in futuro, l'orientamento giurisprudenziale muterà. Degli ostacoli già in passato frapposti dalla giurisprudenza alla parità ne resta in piedi, a ben vedere, solo uno: i **pregiudizi**²⁵ che trovano la loro base nelle irrisolte riserve mentali.

Il trattamento difforme ad accusa e difesa che è stato presente nel passato ma che appare legittimo temere sarà presente anche in futuro, a parere dello scrivente, è determinato dal fatto che in troppi²⁶ vedono nelle investigazioni della difesa, un **comportamento alla "Perry Mason" che non piace.**

Le innovazioni legislative fra l'altro non hanno inciso sulla **facoltà giurisprudenziale di considerare differentemente**, fin dall'89, le **indagini difensive**, perciò si può ben paventare, pur evitando ogni giudizio prognostico, un **protrarsi della situazione di squilibrio** oramai consolidatasi.

²⁵ Sull'argomento e più estesamente, vedasi anche nel capitolo dedicato ai pregiudizi sedimentati.

²⁶ Non certo solo tra i ranghi della magistratura giudicante.

LE INDAGINI DIFENSIVE ED I SINGOLI POTERI DI INDAGINE

“Un uomo non è vecchio finché è alla ricerca di qualcosa.”

Jean Rostand

Con la legge 397/2000, in buona sostanza, il legislatore ha risolto alcune tematiche che maggiormente affliggevano la previgente normativa, ed in particolare:

1. quali **atti** fossero **realizzabili** ed in **quali forme**;
2. i **limiti temporali** per il compimento delle indagini;
3. le **forme di utilizzazione procedimentale** degli atti.

Ne consegue che oggi è possibile tipizzare i seguenti atti di **atti di indagine** a disposizione del difensore, ovvero:

1. **ATTIVITÀ DI INDAGINE INTRODOTTE DALLA L. 397/2000:**
 - 1.1. **Ricezione di dichiarazioni** o di **informazioni** e il **colloquio** con le persone informate sui fatti (art. 391 bis);
 - 1.2. **Richiesta di documentazione** in possesso della **pubblica amministrazione** (art. 391 quater);
 - 1.3. **Accesso ai luoghi**, così distinto:
 - 1.3.1. **accedere a luoghi e visionare cose**, effettuando **descrizioni rilievi tecnici** fotografici ecc. (art. 391 sexies);
 - 1.3.2. **accedere a luoghi privati** o non aperti al pubblico, con l'autorizzazione di chi ne ha la disponibilità ed, in difetto, con l'autorizzazione del giudice (art. 391 septies)²⁷;
 - 1.4. **Accertamenti tecnici non ripetibili**, previa avviso al pubblico ministero (pena la non utilizzabilità dibattimentale art. 391 decies, commi 3 e 4).

Ex art. 391 nonies, rubricato “Attività investigativa preventiva”, la *“attività investigativa prevista dall’articolo 327bis, con esclusione degli atti che richiedono l’autorizzazione o l’intervento dell’autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l’eventualità che si instauri un procedimento*

²⁷ Secondo la giurisprudenza, l'art. 391 septies estende al difensore il potere di ispezione (anche documentale), ma non quello di perquisizione che spetta esclusivamente al pubblico ministero, a cui potrà eventualmente chiedere l'espletamento dell'atto Cass. II, 24-11-2005, n. 42588).

penale”.

2. **ATTIVITÀ DI INDAGINE A PRESCINDERE DALLA L. 397/2000**: i difensori e consulenti tecnici di parte possono comunque **partecipare** a determinati **atti di indagine** compiuti dal pubblico ministero, ed in particolare:
 - 2.1. agli **accertamenti tecnici non ripetibili** (art. 360);
 - 2.2. alla **raccolta** delle **sommatorie informazioni**²⁸ (art. 350);
 - 2.3. all'**interrogatorio**²⁹ dell'indagato (artt. 363, 364, 374, 388)
 - 2.4. al **confronto**³⁰ al quale egli partecipi;
 - 2.5. alle **ispezioni**³¹ (art. 364);
 - 2.6. alle **perquisizioni**³² e **sequestri**³³ (art. 365).

La ricerca approfondirà ora i temi introdotti dalla legge in trattazione, cercando di metterne in evidenza gli istituti e le loro modalità di utilizzazione.

²⁸ Sul tema, in relazione alle contrapposte attività della polizia giudiziaria, vedasi DELLE FAVE C., *Manuale di polizia giudiziaria. Procedure, atti da redigere, modalità operative*, Maggioli editore, RSM, 2008, pag. 123 e ss.

²⁹ Ibidem, pag. 133 e ss.

³⁰ Ibidem, pag. 155 e ss.

³¹ Ibidem, pag. 168 e ss.

³² Ibidem, pag. 71 e ss.

³³ Ibidem, pag. 93 e ss.

COLLOQUI, DICHIARAZIONI E ASSUNZIONE DI INFORMAZIONI

“E' meglio conoscere alcune delle domande che tutte le risposte.”

Francis Thurber

Come anticipato, l'art. 391 bis³⁴ ha previsto la **possibilità** per il **difensore** (sia dell'indagato/imputato, che dell'offeso dal reato o delle altre parti private) di avere, con *persone in grado di riferire circostanze utili*³⁵ all'attività investigativa, un *colloquio*, ovvero di ricevere *dichiarazioni* o di *assumere informazioni*.

Pertanto, possiamo rilevare tre tipi³⁶ di attività che può porre in essere il difensore:

1. può avere un **colloquio**, ovvero una conversazione di cui non si redige alcuna documentazione, né scritta, né fonografica, ex art. 391 bis, comma 1. Tale facoltà è estesa ai **sostituti** del difensore, agli **investigatori privati autorizzati** ed ai **consulenti tecnici**.
2. può ricevere una **dichiarazione**, che in questo caso deve intendersi un atto scritto, autenticato dal difensore, contenente affermazioni di colui che la rende, disciplinata dal combinato disposto dagli artt. 391 bis e 391 ter. Tale facoltà è estesa ai soli **sostituti** del difensore.
3. può **assumere informazioni**, ovvero avere un colloquio documentato in cui il soggetto risponde alle domande del difensore, disciplinato dal combinato disposto dagli artt. 391 bis e 392ter. In tema di assunzione di informazioni tuttavia è bene fare **alcune precisazioni**:

3.1. Divieto di assistere:

L'art. 391 bis, comma 8, recita che: *“All'assunzione di informazioni³⁷ non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private.”*, ciò per ovvie ragioni di opportunità e sicurezza;

3.2. Emergenza di indizi di reità:

³⁴ Vedasi sul punto STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 288 e ss., ma anche Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 210.

³⁵ Più in generale, sul tema della testimonianza, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 119 e ss.

³⁶ Cfr. Di Maio Antonino, *Le indagini difensive...* op. cit., pg. 213.

³⁷ Sul punto si noti come il legislatore non abbia esteso tale divieto ai colloqui ed alla ricezione di dichiarazioni scritte.

L'art. 391 bis, comma 8, recita: “*Il difensore o il sostituto interrompono l’assunzione di informazioni da parte della persona non imputata ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa renda dichiarazioni dalle quali **emergano indizi di reità** a suo carico. Le precedenti **dichiarazioni non possono essere utilizzate** contro la persona che le ha rese.*”, tale norma, trova il suo corrispondente nell’art. 63 del c.p.p., in materia di “dichiarazioni indizianti”.

3.3. **Altre forme di audizione della persona:** premesso che il difensore e i suoi sostituti non hanno poteri coercitivi diretti nei confronti dei soggetti “restii” a presentarsi a colloquio, la norma lascia comunque spazio a forme di **coercizione indiretta del teste**, disposte da pubblico ministero e giudice su richiesta del difensore e i suoi sostituti:

3.3.1. **Audizione mediata:** l’art. 391 bis, comma 10, recita: *Quando la persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell’attività investigativa abbia **esercitato la facoltà**³⁸ di cui alla lettera d) del comma 3, il **pubblico ministero, su richiesta del difensore, ne dispone l’audizione** che fissa **entro sette giorni** dalla richiesta medesima. Tale disposizione non si applica nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento e nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall’articolo 210. L’audizione si svolge alla **presenza del difensore** che per primo **formula le domande**. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell’articolo 362³⁹.*”, tale **richiesta** può essere avanzata non solo in relazione al caso in cui la persona informata sui fatti si sia avvalsa della facoltà di non

³⁸ Ovvero di non rispondere.

³⁹ **Art. 362 del c.p.p.. Assunzione di informazioni.**

1. Il pubblico ministero assume informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Alle persone già sentite dal difensore o dal suo sostituto non possono essere chieste informazioni sulle domande formulate e sulle risposte date. Si applicano le disposizioni degli articoli 197, 197bis, 198, 199, 200, 201, 202 e 203.

rispondere, ma **anche**, per esempio, nell'ipotesi in cui abbia **disatteso l'invito**⁴⁰ del **difensore**, non presentandosi al colloquio.

- 3.3.2. **Incidente probatorio**⁴¹: l'art. 391 bis, comma 11, recita: "*Il difensore, in alternativa all'audizione di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con **incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame**⁴² della persona che abbia esercitato la facoltà di cui alla lettera d) del comma 3, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1⁴³.*", questo comma, a parere dello scrivente di **grande utilità pratica** nello svolgimento delle indagini difensive, **svicolando** il difensore dal **soddisfacimento dei requisiti** individuati dall'art. 392, apre la **strada** ad un **percorso facilitato** per ottenere una **dichiarazione** potenzialmente **favorevole** in un contesto di **prova preformata** qual è quello dell'incidente probatorio.
- A differenza dell'audizione mediata, l'incidente probatorio

⁴⁰ L'interpretazione è in Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 231.

⁴¹ Il punto è ampiamente commentato da STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 317 e ss. Pur trattate brevemente, in PICCIALLI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007, pag. 124 e ss., la tavola nr. 48 rappresenta uno schema essenziale dell'incidente probatorio, utile ad una prima visione d'insieme del tema.

⁴² Una trattazione completa dell'esame si rinviene in Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 104 e ss.

⁴³ Per una disamina più generale sull'incidente probatorio, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 206 e ss.

Art. 392. Casi. (Incidente probatorio)

1. Nel corso delle indagini preliminari [326-415bis] il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:

a) all'assunzione della testimonianza [194] di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;

b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;

c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri [quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)] (1);

d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210 [quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b)] (1);

e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

f) a una perizia [220, 508] o a un esperimento giudiziale [218], se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g) a una ricognizione [213], quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.

potrà essere esperito anche nei confronti del coindagato o coimputato ovvero dell'imputato in procedimento connesso o per reato collegato che si siano rifiutati di rispondere o abbiano omesso di presentarsi innanzi al difensore che li aveva citati, fatta salva, come logico, la possibilità di avvalersi nuovamente della facoltà di non rispondere, semplicemente non prestando il consenso all'esame, come disposto dagli artt. 64 e 210 del c.p.p. in materia di esame dell'imputato e dell'imputato in procedimento connesso o per reato collegato.

Dal combinato disposto dei due precedenti commi, ne deriva una **maggior forza di convincimento**⁴⁴ per il difensore che, pur non avendo a disposizione gli artt. 132⁴⁵ e 133⁴⁶ del c.p.p., previsti per il pubblico ministero, e l'art. 650⁴⁷ del c.p., utilizzato dalla polizia giudiziaria per deferire alla autorità giudiziaria coloro che non si presentano ad un invito scritto per venire assunti a sommarie informazioni, possono sempre agitare il "drappo rosso" dell'audizione o dell'incidente probatorio, per spingere il teste a fornire la propria testimonianza.

⁴⁴ Tali argomentazioni di natura personale non sono tuttavia pacifiche, in quanto permangono sempre notevoli riserve mentali nei soggetti che vengono chiamati a deporre di fronte ad un "privato", qual è, appunto, l'avvocato. Numerosi difensori interpellati direttamente dallo scrivente, ufficiale di polizia giudiziaria impegnato nella redazione di tali verbali da oltre 23 anni, hanno continuato ad attribuire maggior forza di convincimento e, quindi, maggior capacità di reperire informazioni, al pubblico ministero e, più in generale, alla polizia giudiziaria.

⁴⁵ **Art. 132 del c.p.p. Accompagnamento coattivo dell'imputato.**

1. *L'accompagnamento coattivo [376, 399, 490] è disposto, nei casi previsti dalla legge, con decreto motivato, con il quale il giudice ordina di condurre l'imputato alla sua presenza, se occorre anche con la forza.*

2. *La persona sottoposta ad accompagnamento coattivo non può essere tenuta a disposizione oltre il compimento dell'atto previsto e di quelli consequenziali per i quali perduri la necessità della sua presenza. In ogni caso la persona non può essere trattenuta oltre le ventiquattro ore.*

⁴⁶ **Art. 133 del c.p.p. Accompagnamento coattivo di altre persone.**

1. *Se il testimone [194], il perito [221], il consulente tecnico [225, 233], l'interprete [143] o il custode di cose sequestrate [259], regolarmente citati o convocati, omettono senza un legittimo impedimento di comparire nel luogo, giorno e ora stabiliti, il giudice può ordinarne l'accompagnamento coattivo e può altresì condannarli, con ordinanza, al pagamento di una somma da euro 51 a euro 516 a favore della cassa delle ammende nonché alle spese alle quali la mancata comparizione ha dato causa.*

2. *Si applicano le disposizioni dell'articolo 132.*

⁴⁷ **Art. 650 del c.p. Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità.**

Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato [337, 338, 389], con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206.

Va infine precisato che le predette “**audizioni indirettamente coartate**”, possono essere richieste anche nel caso in cui la persona informata sui fatti si avvalga della facoltà in sede di mero colloquio. Dal punto di vista pratico, appare utile “tentare” di documentare il rifiuto di rispondere del soggetto, facendogli sottoscrivere il verbale dal quale si evince che si è avvalso della facoltà di non rispondere.

Tale facoltà è infine estesa ai soli **sostituti** del difensore.

La **ratio**⁴⁸ che attribuisce la **ricezione di dichiarazioni scritte** e l’assunzione di informazioni documentate al solo **difensore** o dal suo **sostituto**, è da **ravvisarsi** nella ricerca di una **specificata competenza tecnico-giuridica** che viene normativamente riconosciuta ai predetti soggetti, escludendo perciò investigatori privati autorizzati ed ai consulenti tecnici. Viceversa, per la materiale redazione dei documenti, difensore e sostituto possono avvalersi di persone di loro fiducia quale, ad esempio, la segretaria dello studio legale.

Tuttavia, prima di compiere una delle tre attività sopra indicate (a cui non può assistere l’indagato, la persona offesa o le altre parti private), il difensore deve, rivolgendosi alla persona:

1. **qualificarsi ed informarla** della **scopo** del colloquio;
2. **chiedere** se intende avere solo un colloquio o sia **disponibile** a rilasciare una dichiarazione ovvero informazioni;
3. **chiedere** se è **persona indagata** o imputata nello stesso procedimento o in procedimento connesso o collegato;
4. **informarla del divieto di rivelare** le **domande** ricevute e le risposte rese alla **P.G.** od al **pubblico ministero**;
5. **informarla** della **facoltà di non rispondere** o non rendere dichiarazioni; delle **responsabilità penali** connesse alle **false dichiarazioni**.

Particolarmente rilevante è la sanzione processuale che deriva dall’**omissione** di tali preliminari avvertimenti, che rende **inutilizzabili** le dichiarazioni od informazioni rilasciate.

Ulteriori distinzioni:

1. se la persona da ascoltare è **detenuta**, l’accesso al luogo di custodia deve

⁴⁸ Il tema è più ampiamente trattato in Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 219.

essere autorizzato⁴⁹ dal giudice;

2. se la persona da ascoltare è **indagata** o **imputata** nel medesimo procedimento od in procedimento connesso o collegato, è necessaria la presenza del suo **difensore** di fiducia o d'ufficio, che deve essere preavvisato almeno 24 ore prima;
3. se il **soggetto** si **avvale** della **facoltà di non rispondere**, il difensore **può chiedere** che l'**audizione** sia disposta dal **pubblico ministero** o può richiedere un **incidente probatorio**. Se nel corso dell'assunzione delle informazioni emergono **indizi di reità** a carico di chi le rende, l'atto deve essere interrotto e quanto dichiarato non è utilizzabile contro la persona che ha reso le informazioni (art. 391 ter), ciò in analogia con quanto previsto per le «**dichiarazioni indizianti**» di cui all'art. 63 c.p.p.

Dal punto di vista pratico, il difensore che intenda esercitare le facoltà concessegli dall'art. 391 bis, potrà **fissare** un **appuntamento** il **soggetto informato** sui fatti, citando nell'avviso gli elementi più rilevanti del futuro colloquio e delle sue finalità. Alla presenza della persona, espletate le formalità individuate dall'articolo in disamina, il difensore **valuterà il patrimonio conoscitivo** della persona informata sui fatti e, qualora lo ritenga utile, potrà:

1. invitarla a **rendere una dichiarazione scritta**;
2. ovvero **assumere a verbale** le **dichiarazioni** rese oralmente.

Le modalità di documentazione dell'attività sopra descritta sono individuate dall'art. 391 ter, tuttavia va tenuto presente che **in ogni caso** il difensore e le altre figure autorizzate ad esperire le indagini, **possono prendere appunti**⁵⁰ del predetto colloquio, ma tale documentazione, **esuberando i canoni** previsti dalla legge, potrà essere **utilizzata** ai **solii fini investigativi** e non potrà essere inserito nel fascicolo del difensore di cui all'art. 391 octies e perciò non avrà alcuna utilizzazione processuale. **Anche** all'interno di tali **colloqui informali** e non documentati deve **considerarsi vigente il divieto** di **richiedere** alle persone già sentite dalla **polizia giudiziaria** e dal **pubblico ministero** di rivelare le **domande** formulate e le **risposte** date. Sul tema tuttavia, a parere dello scrivente, pare

⁴⁹ Tale richiesta di accesso ha lo scopo di sottoporre alla valutazione del giudice, il bilanciamento di due interessi confliggenti: il diritto di difendersi provando (ovverosia che il difensore possa colloquiare con il detenuto) e l'esigenza di un corretto esercizio della giurisdizione penale (ovverosia limitare tali accessi se non necessari).

⁵⁰ Sull'argomento e più estesamente, vedasi: Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal v diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 215.

opportuno documentare comunque⁵¹ il colloquio che possa avere una futura valenza anche meramente investigativa.

Nel caso in cui **emergano indizi di reità** a carico della persona informata sui fatti, è necessario distinguere:

1. per **l'assunzione di informazioni**, come anzidetto, deve essere **interrotto il verbale** che risulta **processualmente inutilizzabile**;
2. per la ricezione di **dichiarazione scritta**, la più idonea sembrerebbe essere quella della **irricevibilità** da parte del difensore, il quale dovrà rifiutarne la ricezione non appena rilevi tali elementi;
3. per il **colloquio**, **non vige l'obbligo di interrompere** tale conversazione. Rimane tuttavia un problema di natura marginale in quanto per il difensore ed i suoi ausiliari non vige l'obbligo di denuncia.

Da ultimo su questo tema pare opportuno evidenziare come uno degli aspetti che distinguono i poteri / facoltà del difensore da quelli del **pubblico ministero** nella fase delle indagini, sia proprio un **maggior potere** di quest'ultima figura, in quanto portatrice di un interesse pubblico preminente, **rispetto alla difesa**. L'art. 391 quinquies consente infatti al pubblico ministero di **secretare** (per non più di due mesi) le **sue fonti di prova** ed in particolare di **vietare**, con decreto motivato, alle persone già da lui o dalla polizia giudiziaria ascoltate, di **comunicare fatti** e circostanze oggetto delle indagini, di cui la persona è a conoscenza.

⁵¹ Sul punto, si concorda ampiamente con Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 217, in relazione alla **pluridecennale esperienza** dello scrivente nell'ambito della **polizia giudiziaria**, che suggerisce di **lasciare sempre traccia scritta** delle **indagini esperite**, anche se possono sembrare **ininfluenti** ai fini investigativi.

RICHIESTA DI DOCUMENTAZIONE

"La banca ha fiducia in te; però ti chiedono i documenti per accettare i tuoi soldi e ti prestano una biro legata a una catenella."

Beppe Grillo

L'art. 391 quater⁵² del c.p.p., introdotto con l'art. 11 della legge sulle indagini difensive, sotto il titolo "*Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione*⁵³", ha **teoricamente ampliato** gli **strumenti** a disposizione del **difensore** in sede penale al fine di acquisire documentazione dalla pubblica amministrazione, che in precedenza erano tre, ovverosia il difensore poteva:

1. **richiedere al pubblico ministero, con istanza difensiva ai sensi dell'art. 367⁵⁴ c.p.p., di ordinare alla pubblica amministrazione la esibizione di atti e documenti ai sensi dell'art. 256⁵⁵ c.p.p.;**

⁵² Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 299 e ss. ma anche Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 236. Sotto l'aspetto delle attività che possono essere compiute dall'investigatore privato, vedasi anche VENDITTI P., VENDITTI G., *Le investigazioni private*, ed. Altagamma, Milano, 2006, pag. 16 e ss.

⁵³ Per pubblica amministrazione si intendono tutte le organizzazioni rientranti nei "pubblici poteri", ivi compresi, ad esempio, gli enti locali, cfr. Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 240.

⁵⁴ **Art. 367 del c.p.p. Memorie e richieste dei difensori.**

1. Nel corso delle indagini preliminari, i difensori hanno facoltà di presentare memorie [121] e richieste scritte al pubblico ministero.

⁵⁵ Il tema della acquisizione di atti per come viene eseguito dalla polizia giudiziaria, viene ben trattato da DELLE FAVE C., *Manuale di polizia giudiziaria. Procedure, atti da redigere, modalità operative*, Maggioli editore, RSM, 2008, pag. 115 e ss.

Art. 256 del c.p.p. Doveri di esibizione e segreti.

1. Le persone indicate negli articoli 200 e 201 devono consegnare immediatamente all'autorità giudiziaria, che ne faccia richiesta, gli atti e i documenti, anche in originale se così è ordinato nonché i dati, le informazioni o programmi informatici, anche mediante copia di essi su adeguato supporto, e ogni altra cosa esistente presso di esse per ragioni del loro ufficio, incarico, ministero, professione o arte, salvo che dichiarino per iscritto che si tratti di segreto di Stato ovvero di segreto inerente al loro ufficio o professione.

2. Quando la dichiarazione concerne un segreto di ufficio o professionale, l'autorità giudiziaria, se ha motivo di dubitare della fondatezza di essa e ritiene di non potere procedere senza acquisire gli atti, i documenti o le cose indicati nel comma 1, provvede agli accertamenti necessari. Se la dichiarazione risulta infondata, l'autorità giudiziaria dispone il sequestro.

3. Quando la dichiarazione concerne un segreto di Stato, l'autorità giudiziaria ne informa il Presidente del Consiglio dei Ministri, chiedendo che ne sia data conferma. Qualora il segreto sia confermato e la prova sia essenziale per la definizione del processo, il giudice dichiara non doversi procedere per l'esistenza di un segreto di Stato [202, 129].

4. Qualora, entro sessanta giorni dalla notificazione della richiesta, il Presidente del Consiglio dei Ministri non dia conferma del segreto, l'autorità giudiziaria dispone il sequestro [253].

5. Si applica la disposizione dell'articolo 204.

2. richiedere al pubblico ministero il **sequestro probatorio**⁵⁶ ai sensi dell'art. 253⁵⁷ del c.p.p., di atti e documenti esistenti presso la pubblica amministrazione, aprendo la strada, in caso di mancato accoglimento della istanza, all'intervento del G.I.P. (attivato dallo stesso organo di accusa ai sensi dell'art. 368⁵⁸ c.p.p.), che decide con provvedimento non soggetto né a reclamo né ad impugnazione⁵⁹;
3. **attivare**, attraverso la parte, il **procedimento amministrativo di accesso ai documenti amministrativi**, previsto dagli articoli 22⁶⁰ e

⁵⁶ In tema di sequestro penale eseguito dalla polizia giudiziaria, vedasi soprattutto DELLE FAVE C., *Manuale di polizia giudiziaria. Procedure, atti da redigere, modalità operative*, Maggioli editore, RSM, 2008, pag. 93 e ss.; più in generale LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 151 e s.; CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 345 e ss.

⁵⁷ **Art. 253 del c.p.p. Oggetto e formalità del sequestro.**

1. *L'autorità giudiziaria dispone con decreto motivato [354] il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti [187].*

2. *Sono corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo [c.p. 240].*

3. *Al sequestro procede personalmente l'autorità giudiziaria ovvero un ufficiale di polizia giudiziaria [57] delegato con lo stesso decreto.*

4. *Copia del decreto di sequestro è consegnata all'interessato, se presente [368].*

⁵⁸ **Art. 368. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di sequestro.**

1. *Quando, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero ritiene che non si debba disporre il sequestro richiesto dall'interessato [253], trasmette la richiesta con il suo parere, al giudice per le indagini preliminari.*

⁵⁹ Pur trattate brevemente, in PICCIALLI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007, pag. 152 e ss., la tavola nr. 62 rappresenta uno schema essenziale delle impugnazioni, utile ad una prima visione d'insieme del tema.

⁶⁰ **Articolo 22, l. 241/90. Definizioni e principi in materia di accesso.**

1. *Ai fini del presente capo si intende:*

a) per «**diritto di accesso**», il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi (ovviamente devono essere dati "accessibili", ovvero dati già in possesso della Pubblica Amministrazione che non necessitano di ulteriore elaborazione);

b) per «**interessati**», (si tratta di interessati in senso giuridico ovvero) **tutti i soggetti privati**, compresi quelli **portatori di interessi pubblici** o diffusi, che abbiano un **interesse diretto, concreto e attuale**, corrispondente ad una **situazione giuridicamente tutelata** e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso;

c) per «**controinteressati**», tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero **compromesso** il loro diritto alla **riservatezza**;

d) per «**documento amministrativo**», ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di **qualunque** altra specie del contenuto di **atti, anche interni** o non relativi ad uno specifico procedimento, **detenuti da una Pubblica Amministrazione** e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;

e) per «**Pubblica Amministrazione**», **tutti i soggetti di diritto pubblico** e i soggetti di **diritto privato** limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

2. *L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Resta ferma la potestà delle*

seguenti della legge 7 agosto 1990 n. **241**

Tuttavia, la novella dell'art. 391 quater del c.p.p. non ha modificato sostanzialmente i poteri del difensore. A parte la **novità** della possibilità di una **richiesta** avanzata direttamente dal difensore alla pubblica amministrazione infatti, **vincolata** alla sola **rappresentazione** della **utilità** della documentazione ai fini della investigazione difensiva e **senza altra motivazione, tutto** poi è rimasto **come prima**.

Ovvero le investigazioni difensive non trovano un efficace strumento di tutela, a **fronte** del **rifiuto** della **pubblica amministrazione**, neppure con la previsione di una istanza di sequestro probatorio proponibile direttamente al Giudice per le Indagini Preliminari. **Restano fermi** i **meccanismi** previsti dagli artt. **367** e **368** c.p.p., espressamente **richiamati** dall'ultimo **comma** dell'art. **391 quater** c.p.p.. Con la evidente conseguenza che la difesa, se vuole sperare di acquisire i documenti, deve **rendere note** le proprie strategie all'organo **dell'accusa** che rimane **arbitro** della **sorte** della istanza difensiva.

Concorre ancora attualmente con il sistema introdotto dall'art. 391 quater c.p.p. il modello processuale previsto dagli artt. **22** e seguenti della legge 241 del 1990; essa tuttavia rimane una **via lunga** da **percorrere** e **difficile** per i **problemi** che presenta, ancora oggi, il superamento del **segreto di ufficio**.

Viceversa, la legge sulle 397/2000 **non prevede nulla** circa l'acquisizione di documentazione che **non sia in possesso** della **pubblica amministrazione** e tale **vuoto normativo** appare ancor più periglioso se inserito in contesto di profonda privatizzazione della vita amministrativa degli enti pubblici.

A prescindere dalla **mancata previsione** della facoltà di potere accedere ai **documenti** di soggetti **privati**, che si può giustificare per le difficoltà che avrebbe

regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.

3. Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.

4. Non sono accessibili le informazioni in possesso di una Pubblica Amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono.

5. L'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici, ove non rientrante nella previsione dell'articolo 43, comma 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, si informa al principio di leale cooperazione istituzionale.

6. Il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere.

offerto la sua necessaria delimitazione, ancora una volta la citata legge **non si esprime** a proposito di documentazione reperibile presso **pubblici depositari**, ritenendosi allora evidentemente sufficiente la disciplina che in proposito dettano gli artt. 743 e seguenti del c.p.c. e l'art. 76 delle disp. att. del c.p.c. Il procedimento previsto da queste **norme** ha certamente una **valenza sostanziale** generale, nel senso che, salve le limitazioni contenute nelle stesse norme, tutti i **pubblici depositari** (per i quali si intendono quelli che hanno per legge la funzione specifica di conservare e di tenere a disposizione del pubblico gli atti che ricevono o che hanno contribuito a formare o che, comunque, essi detengono proprio in veste di pubblici depositari) sono **tenuti a rilasciare copia autentica dei documenti** presso di loro in deposito " ancorché l'istante o i suoi autori non siano stati parti dell'atto.", in quanto la finalità del pubblico deposito svolge una funzione di documentazione prettamente pubblicistica con efficacia erga omnes.

In relazione all'acquisizione di documenti che non sono in possesso della pubblica amministrazione e per citare un esempio tratto dalla vita quotidiana delle indagini di natura penale, si pensi alla tematica di grande attualità relativa **all'acquisizione dei tabulati telefonici**⁶¹. Essi consentono di conoscere i dati esterni relativi al traffico di un determinato apparecchio, in quanto elencano notizie – concernenti l'intestazione delle utenze interessate, il tempo, il luogo, il volume e la durata delle comunicazione – che sono state conservate negli archivi informatici dall'ente gestore del servizio di telefonia e sono perciò uno strumento di investigazione rivolto “verso il passato”, di eccezionale utilità pratica, potendo essere agevolmente scoperti i dati locali e temporali di una serie di comunicazioni telefoniche.

Il tema ha subito numerosi interventi nel tempo che possiamo così riassumere:

1. **In passato** si era ritenuto che per l'acquisizione dei tabulati telefonici fosse **sufficiente un decreto del pubblico ministero**, tenuto conto della limitata invasività dell'atto⁶². Era stata, infatti, la Corte Costituzionale ad

⁶¹ Per approfondimento sul medesimo tema ma nell'ordinamento americano, vedasi DI PAOLO G., *Tecnologie del controllo e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Cedam, Padova, 2008, pag. 76 e ss. Per una disamina compiuta del tema in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 518 e ss.

⁶² Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, cit.; Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 3245.

escludere che a tale forma di acquisizione fosse applicabile la disciplina codicistica delle intercettazioni⁶³ di comunicazioni, atteso che gli artt. 266 e 271 c.p.p. riguardano solo le tecniche che consentono di apprendere il contenuto di una comunicazione o conversazione, mentre è l'art. 15 Cost., in mancanza delle garanzie ivi previste (atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge), a precludere la divulgazione e comunque la conoscibilità da parte dei terzi delle informazioni idonee a identificare i dati esteriori della conversazione⁶⁴.

2. il d.lgs. **30.6.2003**, n. **196**, contenente il “*Codice in materia di protezione dei dati personali*”, ha disciplinato la materia che, nel regolare le modalità di conservazione da parte del fornitore dei dati relativi al traffico telefonico per finalità di accertamento e repressione dei reati, con l'art. **132** aveva previsto due distinte ipotesi:

2.1. **i reati ‘ordinari’**, nel qual caso l'acquisizione riferibile solamente ai dati conservati negli ultimi **ventiquattro mesi**, poteva avvenire in esecuzione di un **decreto** motivato del **giudice** (**emesso su istanza** del pubblico ministero o del **difensore** dell'imputato, dell'indagato, della persona offesa o di altra parte privata) oppure a seguito di **richiesta** inoltrata dal **difensore** a mente dell'art. **391 quater** c.p.p.

2.2. **i reati di maggiore gravità** elencati nell'art. **407**, comma 2, lett. *a*), c.p.p. ed i delitti in danno di sistemi informatici o telematici, l'acquisizione riferibile ai dati conservati negli ultimi **quarantotto mesi** poteva avvenire esclusivamente in base ad un decreto con cui il **giudice** avesse riconosciuto l'esistenza di **sufficienti indizi di reità**.

3. il d.l. **27.7.2005**, n. **144**, convertito nella l. 31.7.2005, n. 155 (in materia di misure contro il terrorismo internazionale), con l'art. 6 ha modificato il citato art. 132 introducendo le seguenti variazioni normative:

3.1. **ha restituito** al **pubblico ministero** la **competenza** a disporre, in via ordinaria, l'**acquisizione dei tabulati telefonici** (comma 3⁶⁵);

⁶³ Sul tema vedasi RIZZO A., *Manuale pratico delle intercettazioni. Aspetti giuridici e profili operativi*, ed. Experta, Forlì, 2002, pag. 29 e ss.

⁶⁴ C. Cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, pag. 731.

⁶⁵ *Art. 132, commi 1 e 3, del d.lgs. 30.6.2003, n. 196, Conservazione di dati di traffico per altre finalità.*

- 3.2. **ha ‘conservato’ la facoltà per il difensore dell’indagato o dell’imputato di **domandare**, a mente dell’art. 391 *quater* c.p.p., i **tabulati telefonici** relativi però solo alle utenze intestate al proprio **assistito**;**
- 3.3. **ha ‘lasciato’ al giudice il compito di emettere l’**autorizzazione** (o convalidare, entro quarantotto ore, il provvedimento adottato in via d’urgenza dalla pubblica accusa, nei casi in cui dal ritardo possa derivare un grave pregiudizio per le indagini) nei procedimenti relativi ai **reati più gravi**⁶⁶ ed in relazione ai dati del traffico custoditi da oltre ventiquattro mesi (commi 4 e 4 *bis*).**

Un’altra **speciale previsione** in questo contesto normativo è riservata agli **atti giudiziari**, in relazione ai quali l’art. 744 c.p.c. stabilisce che "*i cancellieri ed i depositari di pubblici registri sono tenuti, eccettuati i casi determinati dalla legge, a spedire a chiunque ne faccia istanza le copie e gli estratti degli atti giudiziari da essi detenuti, sotto pena dei danni e delle spese.*". La coordinazione con altre disposizioni ordinamentali consente di stabilire che, **esclusi gli atti penali** per i quali occorre far riferimento agli artt. 116⁶⁷ e 243⁶⁸ del c.p.p., il **difensore penale**,

1. Fermo restando quanto previsto dall’articolo 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico, sono **conservati** dal fornitore per **ventiquattro mesi** dalla data della comunicazione, per **finalità di accertamento e repressione dei reati**, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione.

3. **Entro il termine** di cui al comma 1, i dati sono acquisiti presso il fornitore con **decreto motivato del pubblico ministero** anche su **istanza del difensore** dell’imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell’imputato o della persona sottoposta alle indagini **può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito** con le modalità indicate dall’articolo 391-*quater* del codice di procedura penale, ferme restando le condizioni di cui all’articolo 8, comma 2, lettera f), per il traffico entrante.

⁶⁶ Questa disciplina è stata dichiarata dalla Corte Costituzionale non in contrasto con i principi della Carta fondamentale, considerando che non è censurabile la scelta del legislatore di differenziare la maggiore o minore tutela del diritto alla riservatezza, e, dunque, di distinguere le discipline sul tempo di accessibilità dei dati a seconda della gravità dei reati da perseguire, cfr. C. Cost., 6 novembre 2006, n. 372, in Cass. pen., 2007, pag. 926.

⁶⁷ **Art. 116 del c.p.p. Copie, estratti e certificati.**

1. Durante il procedimento e dopo la sua definizione, chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti.

2. Sulla richiesta provvede il pubblico ministero o il giudice che procede al momento della presentazione della domanda ovvero, dopo la definizione del procedimento, il presidente del collegio o il giudice che ha emesso il provvedimento di archiviazione o la sentenza.

3. Il rilascio non fa venire meno il divieto di pubblicazione stabilito dall’articolo 114.

3bis. Quando il difensore, anche a mezzo di sostituti, presenta all’autorità giudiziaria atti o documenti, ha diritto al rilascio di attestazione dell’avvenuto deposito, anche in calce ad una copia.

⁶⁸ **Art. 243 del c.p.p. Rilascio di copie.**

1. Quando dispone l’acquisizione di un documento che non deve rimanere segreto [114, 329], il giudice, a richiesta di chi ne abbia interesse, può autorizzare la cancelleria a rilasciare copia autentica a norma dell’articolo 116 [258].

al pari di ogni altro soggetto, **non incontra limiti ad accedere** ad atti, e a **richiederne** copia o estratti, qualora si tratti di **documentazione giudiziale** destinata ad operare fuori dell'ambito processuale, quali sono i provvedimenti provvisori e le sentenze emesse dal giudice. Quanto, invece, agli altri **atti di causa**, contenuti nel **fascicolo di ufficio** e nelle produzioni di parte, il difensore penale incontra il limite derivante dall'art. 76, disp. att., c.p.c., in base al quale tali atti sono accessibili per copie o estratti soltanto alle parti e ai propri difensori muniti di procura. In questo caso il difensore penale, **esibendo il mandato difensivo**, potrà accedere all'intero fascicolo e alle produzioni di parte, purchè il soggetto assistito sia parte, anche se non costituita, del relativo procedimento, e, nel caso di rifiuto sarà legittimato ad attivare il procedimento previsto dall'art. 745 c.p.c. con ricorso, a secondo dei casi, al giudice di pace, al presidente del tribunale o al presidente della corte di appello.

Da quanto sin qui esposto si ricava che rispetto ad **atti e documenti** contenuti in un **procedimento civile**, nel quale il soggetto non sia parte, il **diritto di difesa** è **gravemente compromesso**, in quanto né il terzo né il suo difensore sono legittimati a richiederne copie od estratti.

ACCESSO AI LUOGHI

«Siamo andati a fare una perquisizione alle Botteghe Oscure. Dovevamo capire che fine aveva fatto un miliardo di lire: Cusani racconta che Gardini l'ha portato a Botteghe Oscure. Piaccia o non piaccia, quel miliardo lì è entrato, anche se non siamo mai riusciti a sapere a chi è arrivato.»

Antonio Di Pietro

Una delle **principali modalità** di svolgimento delle **indagini difensive**, passa attraverso l'accesso ai luoghi⁶⁹ ove si è verificato il reato la cui finalità è quella di **consentire** alla **difesa**, una **ricostruzione** della c.d. **scena del delitto**, in modo autonomo e indipendente rispetto alle indagini ed agli accertamenti compiuti dall'autorità giudiziaria e dalla polizia giudiziaria. Per quanto improbabile infatti, **potrebbe persino accadere** che la **difesa individui per prima**⁷⁰ i **luoghi** in cui si è verificato il delitto o quelli in cui possano rilevarsi **tracce** o altri effetti materiali del **reato**.

La disciplina dell'accesso difensivo ai luoghi del delitto poggia sugli artt. 391 sexies e 391 septies. Come ha rilevato un'autorevole dottrina, le due norme si pongono tra loro in un rapporto di genus a species⁷¹, infatti, mentre:

1. l'art. **391 sexies**⁷² pone in essere una **disciplina** generalmente riferibile a **qualsiasi ipotesi** di accesso ai luoghi condotto dalla difesa.

Va tuttavia ricordato come l'art. 391 sexies esaurisca l'ambito disciplinare del solo accesso ai luoghi pubblici o aperti al pubblico, mentre, per l'ipotesi in cui si tratti di luoghi privati o non aperti al pubblico, le disposizioni normative da esso emergenti trovano comunque applicazione, data la loro già rilevata portata generale, ma debbono essere **integrate** dalla **regolamentazione** di cui all'art. **391 septies**.

⁶⁹ Sotto l'aspetto delle attività che possono essere compiute dall'investigatore privato, vedasi anche VENDITTI P., VENDITTI G., *Le investigazioni private*, ed. Altagamma, Milano, 2006, pag. 15 e ss.

⁷⁰ Sull'argomento si veda più oltre, nel capitolo dedicato alle indagini preventive.

⁷¹ Bricchetti R., Randazzo E., *Le indagini della difesa dopo la l.397/2000*, Giuffrè. Milano 2001, pag. 121.

⁷² Cfr. Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 259..

2. l'art. **391 septies** risulta circoscritto al solo caso in cui l'oggetto dell'attività di investigazione difensiva sia costituito da un luogo "**privato o non aperto al pubblico**".

Questa norma **bilancia** la **necessità** del **difensore** di svolgere attività investigative in favore del proprio assistito con il **diritto**, costituzionalmente garantito, del **titolare** del **luogo** di godere della **massima libertà** in ordine al godimento del proprio domicilio.

Per questa ragione l'accesso in questi luoghi da parte della difesa è sottoposto a tutta una serie di vincoli e condizioni, tra i quali il più rilevante risulta essere, senz'altro, la **necessità** che ne sia data espressa **autorizzazione** da parte del **titolare** del luogo oppure, ove questa manchi, **dell'autorità giudiziaria**.

L'**esigenza** di **tutelare** la **privacy** e il libero godimento del domicilio di coloro che hanno il luogo dell'accesso nella propria disponibilità, ha portato il legislatore a prevedere un **regime normativo** particolarmente **rigoroso** per ciò che concerne i luoghi quali le **abitazioni** e nelle loro relative **pertinenze** ex art. 391 septies, comma 3 del c.p.p., nei quali i diritti in trattazione raggiungono la loro massima espressione.

Nel vietare l'accesso difensivo a tali luoghi, ha previsto tuttavia una **deroga** a tale **divieto** nel caso in cui risulti necessario svolgervi attività di indagine per rinvenire "*tracce ed altri elementi materiali del reato*".

Il legislatore ha poi **esteso** il quadro della **disciplina** dell'accesso ai luoghi, facendo ad esso riferimento al successivo art. **391 decies** che regola l'aspetto dell'utilizzazione processuale degli atti difensivi, in particolar modo dei verbali di due categorie di attività investigative che il difensore è ammesso a condurre sul luogo del delitto:

1. gli **accertamenti tecnici irripetibili**;
2. gli **atti irripetibili**.

La disciplina, pur trovando la base negli artt. 391 sexies e 391 septies, vede nell'art. **391 decies** e nel riferimento da esso operato alle **attività investigative** a **carattere reale** di cui si è fatta menzione, l'aspetto normativo di maggior difficoltà esegetica.

Nell'ottica della **parificazione** delle **armi** processuali tra **accusa** e **difesa**, la scelta del legislatore di attribuire al difensore la possibilità di compiere un atto

investigativo tanto importante quanto carente sotto il profilo della tutela del principio del contraddittorio nella formazione della prova penale, qual è, appunto, l'accertamento tecnico non ripetibile, è stata **oggetto** di numerosi **rilievi critici** da parte degli interpreti, i quali hanno sollevato, riferendosi ad essa, addirittura delle questioni di **legittimità costituzionale**.

Gli artt. 391 sexies, 391 septies e 391 decies possono essere considerati pertanto i tre vertici di un triangolo che delimita la normativa che disciplina l'accesso ai luoghi da parte del difensore, all'interno del quale possiamo collocare **tutte le ipotesi** pratiche dell'attività investigativa in esame, **tranne** una che esula da questo ambito applicativo, ovverosia il caso in cui l'oggetto dell'accesso sia costituito da un luogo sottoposto al vincolo del **sequestro giudiziario**.

Nel qual caso trovano applicazione le norme che disciplinano, in via generale, la **possibilità di esaminare le cose sequestrate**, che viene riconosciuta dal legislatore sia al **difensore** personalmente, che al **consulente tecnico** da lui eventualmente nominato, ai sensi, rispettivamente, dei rinnovati artt. **366**⁷³ comma 1 e **233**⁷⁴ commi 1 bis e 1 ter del c.p.p.

Anche in questo caso non sono mancati importanti **rilievi critici** da parte di una dottrina non molto propensa ad accettare, in particolar modo, il fatto che il legislatore abbia inteso riconoscere al difensore **un'ampia libertà di accesso alle cose sequestrate, prevedendo**, invece, per lo svolgimento delle medesime attività da parte del consulente tecnico, dei **vincoli** alquanto stringenti.

⁷³ **Art. 366, comma 1 del c.p.p. Deposito degli atti cui hanno diritto di assistere i difensori.**

1. Salvo quanto previsto da specifiche disposizioni [268], i verbali degli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria ai quali il difensore ha diritto di assistere [350, 356, 364, 365], 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 la facoltà di esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano e, se si tratta di documenti, di estrarne copia.

⁷⁴ **Art. 233, commi 1 bis e 1 ter del c.p.p. Consulenza tecnica fuori dei casi di perizia.**

Ibis. Il giudice, a richiesta del difensore, può autorizzare il consulente tecnico di una parte privata ad esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano, ad intervenire alle ispezioni, ovvero ad esaminare l'oggetto delle ispezioni alle quali il consulente non è intervenuto. Prima dell'esercizio dell'azione penale l'autorizzazione è disposta dal pubblico ministero a richiesta del difensore. Contro il decreto che respinge la richiesta il difensore può proporre opposizione al giudice, che provvede nelle forme di cui all'articolo 127.

1ter. L'autorità giudiziaria impartisce le prescrizioni necessarie per la conservazione dello stato originario delle cose e dei luoghi e per il rispetto delle persone.

L'analisi delle problematiche che emergono dal riconoscimento alla difesa del potere di accedere ai luoghi, richiede di fissare con chiarezza alcuni dei termini e dei concetti chiave che emergono dal quadro normativo sin qui delineato.

Un elemento che richiede maggiore luce è il **concetto di "luogo"**. La dottrina si è posta il problema se tale termine si riferisca unicamente ai luoghi in cui il reato sia stato concretamente compiuto, ovvero se la facoltà di accesso possa riguardare anche dei luoghi diversi, giungendo a **soluzione diverse**:

1. Una parte della dottrina⁷⁵ considera il **potere di accesso** circoscritto ai soli **luoghi** in cui si è **consumato il delitto**, probabilmente convinta, in tal senso, da un'espressione utilizzata da uno dei promotori della l. 397/2000 in sede di lavori preliminari, che individua il finalismo dell'accesso difensivo nel consentire al difensore la presa di coscienza *"dello scenario in cui si è svolta l'azione"*⁷⁶.

Va tuttavia osservato come tale inciso **non possa costituire un parametro interpretativo idoneo** fondare la concezione di un accesso limitato ai soli luoghi del delitto, in quanto il riferimento al suddetto *"scenario in cui si è svolta l'azione"* sarebbe stato operato *"in senso del tutto acritico"*.

2. L'opinione che in dottrina appare prevalente è quella che vede **riconosciuta** alla **difesa** una **possibilità di accesso** avente un ambito oggettivo esteso **ben oltre il solo locus commissi delicti**, pur se quest'ultimo appare *"statisticamente il più ricorrente"*: il potere di accesso, cioè, sarebbe da riferirsi a **qualsiasi luogo** che il **difensore ritenga** avere una qualche **rilevanza** per le proprie **strategie processuali**⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. Bernardi F., *Le attività di indagine*, in Rif. It. di Dir. e Proc. Pen. 2/2001, pag. 221.

⁷⁶ Cfr. Sen. Follieri, Relazione alla l. 397/2000. in appendice a Bricchetti R., Randazzo E., op. cit. pag. 266. Considerazioni analoghe si trovano in Ruggiero G., *Compendio delle investigazioni difensive*, Giuffrè. Milano 2003, pag. 290.

⁷⁷ Cfr. Ruggiero G., op. cit., pag. 290. In senso analogo, cfr. Dean G., *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in Dalia A., Ferraioli M. (a cura di), *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2002, pag. 209, secondo il quale può costituire oggetto di accesso da parte del difensore *"qualsiasi luogo, pubblico o privato che sia, il quale offra concrete possibilità di reperire elementi probatori a discarico"*; Campanella, *L'attività difensiva di ricerca e di individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in Filippi L. (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore; investigazioni private, difesa d'ufficio, patrocinio dei non abbienti*, Cedam, Padova 2001, pag. 273, che, nel definire l'oggetto dell'accesso difensivo, fa riferimento non allo specifico luogo in cui si è svolta l'azione, ma ad un più generico *"luogo in rapporto con il reato"*.

Altre problematiche sorgono in relazione alle diverse tipologie nelle quali può essere suddiviso il **concetto giuridico di ‘luogo’**.

Un puntuale chiarimento di tale concetto è un’esigenza di primaria importanza, in quanto la legge, dalla natura giuridica stessa del luogo presso il quale si intende accedere, fa discendere un **diverso regime giuridico** circa le modalità con le quali questo deve essere compiuto.

Come già accennato in precedenza infatti, la legge distingue e regola diversamente l’accesso difensivo a seconda di dove esso venga eseguito, ed il primo nodo da sciogliere è quello di definire, nelle loro peculiarità, i luoghi ‘pubblici’ rispetto a quelli ‘privati’⁷⁸.

1. **LUOGO PUBBLICO**: per ciò che concerne i luoghi pubblici, si segnala come un’esauriente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla loro definizione, tuttora riconosciuta come valida ed applicabile, fosse stata approntata già intorno alla metà del secolo scorso; di uguale elevato spessore sono tuttora considerati anche i profili definitivi elaborati con riferimento al concetto di luogo “aperto” ed “esposto al pubblico”⁷⁹.

Sembra corretto, quindi, affermare che la dottrina sia pressoché unanime nel definire come “**pubblico**” quel luogo “continuamente *libero, di fatto o di diritto, ad un numero indeterminato di persone, nel senso che tutti possano accedervi senza limitazioni di sorta*”⁸⁰. Vengono così considerati “luoghi pubblici”, a titolo esemplificativo, la pubblica via, i giardini pubblici, la campagna, i boschi⁸¹;

⁷⁸ Si rileva come entrambi questi concetti, come d’altra parte tutti gli altri che verranno di seguito trattati, appartengono più propriamente alla “nomenclatura civilistica”; tuttavia, la loro validità anche in questo diverso ambito processualpenalistico, è da considerarsi pacifica. Cfr., in tal senso, Ruggiero G., op. cit. pag. 290.

⁷⁹ Cfr. Mazzanti M., *Luogo pubblico, aperto al pubblico, esposto al pubblico*, in Nuovo Digesto Italiano IX, Torino, 1965, pp.1110-1111.

⁸⁰ Mazzanti M., op. cit. pag. 1111. In senso analogo, solo per mera esemplificazione dato che si è detto come sul punto la dottrina sia da considerarsi unanimemente concorde, Mazzini G., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. IV, UTET, Torino 1950, pag. 314; Pannain R., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, UTET, Torino 1953, pag.111; Antolisei, *Manuale di diritto penale*, pag.S. vol. I, Giuffrè. Milano 1960, pag. 231. Più di recente, cfr. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, Milano 2003, pag. 358 nota 259; Bricchetti R., Randazzo E., *Le indagini della difesa dopo la l.397/2000*, Giuffrè. Milano 2001, pag. 122 nota 57; Siracusano, *Commento all’art.11 [artt. 391 sexies - septies]*, in Chiavario M., Marzaduri E. (a cura di), *La difesa penale*, UTET, Torino 2003, pag. 185 nota 4; Ventura, *Le indagini difensive*, Giuffrè, Milano 2005, pag. 109 nota 1.

⁸¹ L’elenco stilato nel testo non è casuale, ma è stato concepito sulla base dell’opera giurisprudenziale della Corte di cassazione, la quale si è premurata di definire, in diverse sentenze, i luoghi citati come aventi natura ‘pubblica’. In tal senso, si vedano Cass. sez. III pen., 24 febbraio

1.1. **luogo non aperto al pubblico**: qui deve intendersi quello nel quale l'accesso può essere consentito solo a certe condizioni ed in presenza di determinati presupposti, es. un cinema, un teatro, uno stadio, ecc.;

2. **LUOGO PRIVATO**:

2.1. un'abitazione o relativa pertinenza.

Viceversa, sarebbero da considerarsi “luoghi privati”, a parere della dottrina⁸², sia i cosiddetti luoghi di “privata dimora”, sia quelle “abitazioni e loro pertinenze” per l'accesso alle quali, come si è già accennato⁸³, il legislatore ha imposto al difensore, ex art. 391 septies comma 3, una **disciplina** particolare ed improntata ad un **maggior rigore**.

Il concetto di luoghi “**di privata dimora**” merita un ulteriore approfondimento. In giurisprudenza, si definisce, in tal modo, “*ogni luogo che viene adoperato, anche in modo transitorio e contingente, per lo svolgimento di attività privata come quella di studio, commercio, lavoro o tempo libero*”⁸⁴.

Secondo la dottrina, inoltre, il concetto di **dimora** implicherebbe necessariamente l'effettiva, fisica presenza di una persona in un dato luogo, la quale si caratterizzi per l'averne un certo grado di stabilità, “*senza peraltro che ciò assuma i caratteri di quella ‘consuetudine di vita’ che costituisce, altresì, parte integrante della nozione di residenza*”⁸⁵.

A titolo esemplificativo, il semplice **pernottamento** in una camera d'albergo **non** sarebbe **inquadrabile** come **dimora**, proprio perché non avrebbe quel carattere di stabilità sufficiente a considerarlo come tale,

1950, Meniconi, in Giust. Pen. 2/1959, pag. 384; Cass. sez. III pen., 13 novembre 1985, Salvo, in Cass. pen. 1987, pag.1324; Cass. Sez II pen., 12 ottobre 1953, Pietronave, in Giust., pen. 2/1954, pag.117; Cass. sez. III pen., 3 agosto 1968, Moschini, in CED 108931.

⁸² Cfr. Bricchetti R., Randazzo E., op. cit. pag. 124, nota 58.

⁸³ Supra § 1.

⁸⁴ Cass. Sez. V pen, 7 dicembre 1983, Logiudice, in Giur. It. 2/1984, pag. 461; si veda anche, in senso analogo, Cass. sez. III pen., 31 maggio 1979, Passalacqua, in Cass. pen. 1981, pag. 564.

⁸⁵ Cfr. Bricchetti R., Randazzo E., op. cit. pag.124, nota 58. Secondo Gazzoni, Manuale di diritto privato, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 1998, pp. 125-126 la definizione di dimora si ricaverebbe, seppur in via indiretta, dall'interpretazione dell'art.43 cc. Tale articolo, come noto, si preoccupa di disciplinare, in via principale, il concetto di ‘luogo di residenza’, il quale si rinviene in qualsiasi luogo in cui “la persona ha dimora abituale”; da ciò, adottando un percorso inverso dal punto di vista logico, si potrebbe giungere a definire la dimora come il luogo caratterizzato da una presenza non abituale del soggetto, o, per meglio dire, “il luogo ove una persona si trova, sia pure momentaneamente, purchè in via non passeggera”. In giurisprudenza, sul punto, si veda Cass. pen. 18 gennaio 1980, Nardelli, in Cass. pen. 1981, pag.564.

mentre potrebbe sicuramente definirsi, in **tal senso**, l'**ufficio** in cui un soggetto svolge abitualmente la sua attività lavorativa, culturale o politica⁸⁶.

E' bene sottolineare, infine, come la locuzione "**luoghi di privata dimora**" non sia stata utilizzata dal legislatore nel testo definitivo dell'art. 391 septies, essendo stato, infatti, preferito il riferimento a luoghi individuati con la formula "**privati o non aperti al pubblico**"; di tale espressione, però, si trova traccia all'interno del testo originale dell'art. 2 comma 1 della proposta di legge promossa dall'Unione delle Camere Penali⁸⁷, la quale aveva, oltretutto, inteso negare, in maniera del tutto inderogabile, che l'accesso a tali luoghi potesse avvenire con finalità di indagine difensiva⁸⁸.

Un ultimo elemento che richiede particolare attenzione è il concetto di "**accesso**". La dottrina ha negato che questo possa essere considerato in termini generici in quanto la relativa nozione si dovrebbe, invece, esclusivamente incentrare sull'idea di un effettivo "**contatto fisico**" tra il soggetto e la cosa materiale⁸⁹.

In definitiva e a titolo riassuntivo sull'argomento, è possibile sintetizzare che l'avvocato difensore e i suoi consulenti:

1. **potranno** svolgere sui luoghi oggetto d'investigazione attività *«sostanzialmente ricognitive e descrittive quali, a titolo esemplificativo, fotografare un documento o una cosa ovvero riprenderla con mezzi audiovisivi o rilevare la planimetria di un luogo»*;
2. **non potranno** procedere ad attività che **modifichino** lo stato dei **luoghi** o delle **cose** che vi sono collocate.

⁸⁶ Cfr. Cass. sez. III pen. 14 gennaio 1985, Riga, in Riv. Pen. 1985, pag.361; Cass. Sez. V pen. 5 febbraio 1997, Lo Cicero, in Cass. pen. 1998, pag.121; Cass. Sez. V pen. 19 marzo 1985, Bassi, in Cass. pen. 1986 pag.1561; Cass. sez. I pen, 5 luglio 1972, Cerbone, in Cass. pen. 1974, pag.540. Si definiscono luoghi di privata dimora, tra gli altri, anche i locali di una banca, (Cass. sez. II pen, Saraceno 1983, in Riv. Pen. 1984, pag. 558), i bar, i caffè e i ristoranti durante l'orario di chiusura o comunque in ogni caso in cui il titolare vi si trattienga per lo svolgimento di attività lavorative collaterali (Cass. sez. V pen. 8 giugno 1981, Giacomelli, in Riv. Pen. 1982, pag.110; Cass. sez. I pen, 20 dicembre 1991, Marsella, in Cass. pen. 1995, pag.989); uno stabilimento industriale, la sede di un partito, la cabina di una nave (Cass. Sez. V pen. 19 marzo 1985, Bassi, cit.; Cass. sez. I pen. 24 settembre 1976, Granzotto, in Giur. It. 2/1984, c.77).

⁸⁷ Il testo della proposta di legge in questione è consultabile in Dif. Pen. 41/1993, pp. 102 ss.

⁸⁸ Sul punto, cfr. Campanella, op. cit. pag. 289; Ruggiero, op. cit. pag. 290.

⁸⁹ Ruggiero G., op. cit. pag. 290, secondo il quale il concetto di accesso si debba "incentrare sull'idea del contatto fisico e sensibile con determinate cose".

3. **non potranno sottrarre di campioni** o al prelievo di frammenti per procedere ad accertamenti tecnici.

In **questo caso**, infatti, la difesa potrà **chiedere** il **sequestro** dei reperti oppure **sollecitare** l'intervento del **pubblico ministero** per effettuare gli accertamenti tecnici non ripetibili, mentre nei casi di atti non ripetibili ma di natura non tecnica il pubblico ministero o un suo delegato ha facoltà di assistervi.

FASCICOLO DEL DIFENSORE ED UTILIZZABILITÀ DEGLI ATTI

“Fra gli eruditi il primo posto spetta ai giureconsulti, e nessuno più di loro è soddisfatto di sé quando, impegnati in una fatica di Sisifo, formulano leggi a migliaia, non importa a qual proposito, e aggiungendo glosse a glosse, pareri a pareri, fanno in modo da presentare lo studio del diritto come il più difficile fra tutti.”

Erasmus da Rotterdam

Gli atti prodotti con l'attività investigativa del difensore confluiscono in quello che l'art. **391 octies**⁹⁰ chiama «**fascicolo del difensore**⁹¹». Il contenuto di tale fascicolo può essere presentato:

1. al **pubblico ministero**, perché ne tenga conto ai fini delle sue determinazioni (comma 4);
2. al **giudice delle indagini preliminari** o dell'**udienza preliminare**, prima che adotti la sua decisione per cui è previsto l'intervento della parte privata;
3. al **giudice**, *indipendentemente* dal fatto che debba o meno *prendere una decisione*, ma affinché ne tenga conto nel caso in cui si verifichi tale eventualità (es. quando il difensore paventi il rischio per il suo assistito dell'emissione di una misura cautelare, in ordine alla cui adozione non si determina alcun contraddittorio preventivo tra le parti).

Del contenuto del fascicolo del difensore il pubblico ministero può prendere visione ed estrarre copia; alla conclusione delle indagini esso viene *inserito nel fascicolo del pubblico ministero* (art. 433).

Circa il **contenuto del fascicolo del difensore**, è da osservare che l'art. **391 octies**, esplicitamente **parla** di presentazione, al giudice o al pubblico ministero, di elementi di prova **a favore** del proprio assistito. Ciò induce a ritenere che **non vi è obbligo di presentare documenti o informazioni sfavorevoli** all'indagato.

⁹⁰ Cfr. Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pag. 272, ma anche FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. – ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 218 e ss.

⁹¹ Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 307 e ss., ma anche VENDITTI P., VENDITTI G., *Le investigazioni private*, ed. Altagamma, Milano, 2006, pag. 18 e ss.

Al contrario il pubblico ministero, in quanto «*parte imparziale*», non *deve presentare al giudice solo atti favorevoli alle tesi dell'accusa*, ma ha l'obbligo di sottoporli anche gli elementi raccolti a *favore dell'indagato*, come si evince da esplicite disposizioni del codice di rito art. 358 (v. Cass. 3066/92), art. 291 (v. Cass. 5502/96), art. 309, comma 5 (v. Cass. 3162/96).

Perciò nelle indagini, mentre il codice tende a realizzare una **simmetria** dei poteri tra accusa e difesa, si verifica però una **asimmetria** dei doveri.

L'**utilizzabilità delle investigazioni difensive**⁹² è disciplinata dall'art. 391 decies. In particolare, secondo le regole generali le dichiarazioni contenute nel fascicolo del difensore, sono **utilizzabili nelle indagini**, nonché per la decisione dell'**udienza preliminare** e per la decisione nei **riti speciali** del decreto penale, del patteggiamento e del rito abbreviato. Inoltre sono **utilizzabili in dibattimento**, ai sensi degli artt. **500, 512 e 513**.

Gli eventuali **atti non ripetibili**, compiuti dal difensore con le modalità di cui all'art. 391 decies, comma 3 e 4, sono **inseriti nel fascicolo del dibattimento** (art. 431) e pubblico ministero, quindi direttamente a conoscenza del giudice dibattimentale.

⁹² Sul punto vedasi CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 683 e s

ATTIVITÀ INVESTIGATIVA PREVENTIVA

“La migliore prevenzione contro un'epidemia è mantenersi perfettamente in salute.”

Autore ignoto

Prima di procedere oltre con la parte più concreta della tesi dedicata alle modalità di redazione pratica degli atti delle indagini difensive e ai dati statistici, è bene soffermarsi sulle attività che il difensore può compiere, **prima dall'iscrizione del nome della persona assistita nel registro delle notizie di reato.**

In particolare l'art. **391 nonies**⁹³ del c.p.p. **autorizza** oggi espressamente le **investigazioni**⁹⁴ parallele per l'**eventualità** che si **instauri** un **procedimento penale**, ad **alcune condizioni**:

1. che il difensore abbia ricevuto un **apposito mandato**, rilasciato con **sottoscrizione autenticata** e contenente la sua nomina e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce;
2. che le **attività di indagine** preventive siano **preordinate** alla ricerca di **elementi favorevoli** al patrocinato, nel **rispetto** della **legge** e delle **regole deontologiche**;
3. che **non** vengano compiuti **atti** che **richiedano** l'**autorizzazione** o l'**intervento dell'autorità giudiziaria**
4. che le attività di indagine preventive **non** siano **dirette** ad **eludere** le eventuali future **indagini** della **polizia giudiziaria** e del **pubblico ministero**, attraverso la sottrazione o la manipolazione delle prove⁹⁵.

Ne consegue che le indagini preventive sono legittimate sulla base **due presupposti**:

1. la **commissione** di un **fatto** suscettibile di essere ritenuto **in astratto penalmente rilevante**;
2. il conferimento di uno **specifico incarico professionale**, attraverso modalità diverse rispetto a quelle stabilite per le indagini ordinarie.

⁹³ Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 311 e ss.

⁹⁴ Viceversa, sulle investigazioni poste in essere dalla polizia giudiziaria, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 193 e s.

⁹⁵ Nel qual caso sarebbero realizzati i reati di favoreggiamento e/o di frode processuale: artt. 378 e 374 c.p.

L'interesse a svolgere indagini da parte del potenziale indagato, che tema l'instaurazione di un procedimento penale nei suoi confronti⁹⁶ appare perciò ampiamente giustificato. Infatti, la **raccolta di dati nell'immediatezza del fatto** infatti, senza attendere i tempi, sovente molto elastici, per l'iscrizione della *notitia criminis* nel registro di cui all'art. 335⁹⁷ c.p.p. o quelli, imprevedibili, per la formale conoscenza dell'iscrizione medesima, è di **notevole utilità, non ultimo il fine** di portare all'attenzione del giudice informazioni utili ad **evitare** l'adozione di **misure cautelari personali o reali**.

Il **difensore** può altresì avere **necessità** di effettuare accertamenti e di **acquisire documenti e dichiarazioni in vista** di una più motivata presentazione di una **querela** o di una **denuncia**.

Ne consegue che **non** sembrano **giustificate** le riserve e le **critiche** verso il **riconoscimento al difensore** di questo **diritto**, che, se correttamente esercitato⁹⁸, non è per nulla suscettibile di incidere irrimediabilmente sulla genuinità delle (eventuali) acquisizioni investigative degli organi inquirenti e non provoca alcun pericolo di seri turbamenti della funzione pubblica di accertamento dei fatti⁹⁹.

⁹⁶ Si pensi al verificarsi di un **incidente stradale con lesioni personali**, sulla cui dinamica e conseguenze **non** siano stati **effettuati rilievi** da parte degli **organi di polizia** o questi non siano avvenuti immediatamente: i soggetti coinvolti hanno un **rilevante interesse** a compiere **accertamenti** sullo **stato dei luoghi**, sui **danni** riportati dalle **vetture** e sulla **natura e gravità** delle **lesioni** subite dalle **persone**, nonché a **raccogliere dichiarazioni** da persone che in **seguito** potrebbero essere difficilmente reperibili. Le medesime esigenze possono sorgere nel lasso di tempo antecedente l'intervento della polizia giudiziaria o del magistrato anche in riferimento alla commissione di reati più gravi, come nel caso di un delitto avvenuto in un campo nomadi o in un luogo pubblico, pur se al riguardo appare improbabile una così sollecita presenza di un legale. Altri esempi possono venire indicati nelle ipotesi in cui taluno abbia avuto conoscenza di indagini a carico di terzi, suscettibili di sviluppi pure contro di lui, o di un sequestro che possa portare ad una sua incriminazione, o abbia ricevuto la minaccia di una denuncia.

⁹⁷ **Art. 335 del c.p.p. Registro delle notizie di reato.**

1. *Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa nonché, contestualmente o dal momento in cui risulta, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito [61].*

2. *Se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni previste dal comma 1 senza procedere a nuove iscrizioni.*

3. *Ad esclusione dei casi in cui si procede per uno dei delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), le iscrizioni previste dai commi 1 e 2 sono comunicate alla persona alla quale il reato è attribuito, alla persona offesa e ai rispettivi difensori, ove ne facciano richiesta.*

3bis. *Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile.*

⁹⁸ In questo caso la citata possibilità di una incriminazione per favoreggiamento o per frode processuale appare un forte deterrente nei confronti di comportamenti devianti.

⁹⁹ Si era espressa in questo senso negativo l'Associazione nazionale magistrati nella formulazione di un parere sul disegno di legge n. 2274; ugualmente e fortemente critico M. MADDALENA, Per la difesa libera di investigare facoltà e diritti, nessun dovere, in *Dir. giust.*, 2000, 40, pag. 8 ss.; ID.,

Inoltre l'esigenza di bilanciare per quanto possibile il ben più consistente, e nemmeno regolato nel *quomodo*, **potere** attribuito al **pubblico ministero** dall'art. 330¹⁰⁰ c.p.p. di prendere notizia dei reati di propria iniziativa, che configura una **attività pre-procedimentale di ricerca e acquisizione** di elementi sufficienti a dare sostanza ad iniziali meri sospetti e a tradurli in una legittima *notitia criminis*.

Risultava infatti necessario creare rimedi idonei a limitare il pregiudizio derivante da prassi discutibili quali ad esempio, l'attivazione di **procedimenti penali formalmente** contro **ignoti**, ove trovano spazio atti lesivi degli interessi di un **indagato** già esistente, ma **non** ancora **ufficialmente riconosciuto** per tale solo **perché strumentalmente non iscritto** nel registro ex art. 335 c.p.p., o destinati ad avere effetto nei confronti di soggetti sottoposti ad indagini solo in seguito.

La forte disparità di forze fra la pubblica accusa e la difesa non viene certo annullato dalle indagini preventive che, tuttavia, nonostante le molte insufficienze e discrasie, sono:

1. per l'**indagato**, uno **strumento utile** per stabilire in prospettiva un dialogo con il giudice nel momento dell'eventuale adozione di decisioni dolorose e devastanti;
2. per la **persona offesa dal reato**, una **interessante opportunità**.

Le investigazioni preventive del difensore sono e restano **atti privati**, suscettibili, peraltro, di assumere natura processuale.

Depongono in questa direzione:

1. la necessità di osservare per la loro formazione le **regole rigorose** dettate dal codice di procedura penale;
2. l'applicabilità di **sanzioni tipiche** in caso di inosservanza di tali regole;
3. la loro **utilizzabilità** e la loro **rilevanza probatoria** identiche a quelle delle investigazioni parallele ordinarie.

Per quanto concerne la finestra temporale all'interno della quale fotografare le indagini preventive, possiamo rilevare due momenti:

Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo, in Corr. giur., 2001, pag. 287 ss.. Meno dure le riserve di pag. GAETA, Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero, in AA.VV., Le indagini difensive, Milano, 2001, pag. 132 ss., il quale punta l'accento sulla inopportunità di una (asserita) *inquisitio generalis* del difensore, ritenuta un rimedio inidoneo, se non controproducente.

¹⁰⁰ **Art. 330 del c.p.p. Acquisizione delle notizie di reato.**

1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti.

1. **termine iniziale**: individuato dal conferimento al difensore dell'apposito speciale mandato previsto dall'art. 391 nonies c.p.p.;
2. **termine finale**, come anticipato, è a stretto rigore rappresentato dall'iscrizione del nome della persona assistita nel registro delle notizie di reato.

A partire da questo momento, vengono meno infatti i fondamentali requisiti distintivi delle indagini parallele preventive rispetto a quelle ordinarie in quanto:

- 2.1. il **procedimento penale è pendente**;
- 2.2. sono **esperibili** gli **atti** che **richiedono** l'intervento dell'**autorità giudiziaria**, essendo individuabile il magistrato cui rivolgersi;
- 2.3. il soggetto conferente il mandato ha **assunto** ad ogni effetto la qualità di **persona sottoposta alle indagini** ed ha acquisito tutti i diritti e poteri ad essa conseguenti: la circostanza che egli non possa esercitarli totalmente finché ignori (o preferisca non correre il rischio di chiedere informazioni al riguardo) la pendenza del procedimento penale, non può certo essere presa come parametro per includere fra le preventive le attività di indagine svolte, che sono comunque valide, in quanto riconducibili all'art. 327 bis.

Al contrario, essa evidenzia una **grave limitazione del sistema**, **poiché** costringe il difensore ai più **angusti limiti** delle investigazioni preventive in quanto l'attuale **disciplina** della **informazione di garanzia**, risulta **insufficiente** ad assicurare l'effettività del **diritto di difendersi provando** nel più breve tempo possibile, garantito dall'art. 111, comma 3, cost.

Infatti, se da un lato fin quando non abbia conoscenza dell'apertura di un procedimento penale a suo carico, il soggetto interessato non è in grado di eseguire le attività investigative che richiedano l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, pare innegabile che con l'iscrizione del suo nome nel registro delle notizie di reato venga meno questo decisivo elemento di distinzione fra i due tipi di indagine. Insomma, il requisito della "eventualità" non ricorre più, essendo superato dalla instaurazione del procedimento penale, e la mancata conoscenza della pendenza non è quindi rilevante, poiché

l'ambito operativo dell'istituto è caratterizzato, appunto, dalla "eventualità" che si instauri un procedimento penale, per cui, una volta che questa situazione si sia effettivamente concretizzata, devono essere applicate le norme in materia di indagini ordinarie, con il conseguente insorgere del pieno diritto di godere dei più ampi poteri in essa consentiti.

In relazione alla **legittimazione** al compimento delle investigazioni preventive, queste sono esperibili da:

1. i difensori del potenziale **indagato**;
2. i difensori della **persona offesa**.

Viceversa e per le ragioni già esposte, si **deve escludere** la legittimazione:

1. dell'avvocato del mero **danneggiato**;
2. dei legali delle altre **parti private**, non è configurabile in quanto non ancora comparse sulla scena del processo.

La norma non chiarisce se il sostituto, i consulenti tecnici e gli investigatori privati possano svolgere le indagini preventive. L'art. 391 nonies infatti non fa menzione di questi soggetti, citando **soltanto** il **difensore**, che, per di più, deve essere munito di un apposito mandato.

Assumendo un **atteggiamento critico** nel comparare la norma con le altre disposizioni contenute nel Titolo VI bis, si nota come gli **ausiliari** siano espressamente nominati **soltanto** in relazione al compimento di specifici atti, dal che se ne deduce l'esistenza di limiti al potere di delega in loro favore. Questo spunto, unito alla particolare delicatezza dell'**istituto** che è **operante** in un momento in cui gli organi **inquirenti** pubblici **non hanno** ancora avuto **conoscenza** del reato e non hanno conseguentemente potuto attuare iniziative di ricerca e tutela delle fonti di prova, potrebbe indurre a ritenere riservato al solo difensore l'espletamento delle investigazioni preventive.

La soluzione del problema tuttavia deve essere cercata prendendo le mosse dall'art. 327 bis, che al **comma 1** individua nel difensore l'unico titolare della legittimazione a svolgere le investigazioni parallele e al **comma 3** gli riconosce il generale potere di delega delle attività al sostituto, agli investigatori privati e, quando occorrono specifiche competenze, ai consulenti tecnici.

Il nodo della questione si scioglie perciò verificando se l'art. 391 nonies imponga o giustifichi deroghe a questa regolamentazione.

Una breve disamina consente subito di rilevare la mancanza di espresse eccezioni al riguardo: piuttosto il reciproco richiamo tra le due disposizioni dimostra come le **investigazioni preventive** debbano essere effettuate nella **medesima forma** e per le **stesse finalità** di quelle **ordinarie**: e l'unica sostanziale differenza è di natura temporale, attenendo all'epoca di compimento.

L'art. 391 nonies, comma 1, stabilisce che *“L'attività investigativa prevista dall'articolo 327bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale.”*, è l'art. 327 bis, comma 1, rinvia, per l'appunto, per le forme e le finalità, al Titolo VI bis del libro.

E, a ben vedere, la menzione degli ausiliari negli artt. 391 bis, 391 ter e 391 sexies ha il significato e lo scopo di dettare regole che limitano e disciplinano la facoltà di delega del difensore (emblematici sono in questo senso gli artt. 391 bis, comma 2, e 391 ter). Inoltre, le interpretazioni restrittive si porrebbero in collisione con le finalità di riequilibrio fra accusa e difesa perseguite dal legislatore.

Pare naturale ritenere, pertanto, che il **sostituto**, gli **investigatori privati** autorizzati e i **consulenti tecnici**, **sforiniti** del potere di assumere **iniziative autonome**, **possano ricevere** dal difensore l'**incarico** di compiere atti di **investigazione preventiva**.

Da ultimo ma non per questo meno importante, va rilevato come si vedrà più oltre, come il potere di svolgere **indagini preventive** rimanga strettamente legato alla disponibilità di adeguati **mezzi patrimoniali**, essendo destinato a rimanere sulla carta per coloro i quali non siano in grado di sostenere le spese necessarie. In particolare, gli interventi normativi in tema di patrocinio per i non abbienti non hanno infatti previsto questa eventualità, che resta così preclusa a chi non possa provvedervi autonomamente¹⁰¹.

¹⁰¹ Si allude alla legge 29 marzo 2001, n. 134 ed al d. lgs. 30 maggio 2002, n. 113. In particolare, non sembra si possa attribuire eccessivo rilievo al disposto dell'art. 79 del provvedimento da ultimo indicato. Nonostante, infatti, la norma citata preveda che l'istanza di ammissione al gratuito patrocinio rechi “l'indicazione del processo cui si riferisce, se già pendente” (comma 1, lett. a)), il successivo art. 93, specificamente afferente il patrocinio a spese dello Stato nel processo penale, è estremamente chiaro nell'imporre la presentazione dell'istanza al “magistrato innanzi al quale pende il processo”, precludendo ogni lettura estensiva delle predette disposizioni.

FORMULARIO DEGLI ATTI DI INDAGINE

“Gli studiosi di diritto non capirebbero il diritto se la pratica non desse loro la conoscenza delle cose.”

Martin Lutero

Sebbene capitoli come il seguente, dedicato ad un formulario¹⁰², siano generalmente relegati all'appendice, dato il **taglio pratico** del presente lavoro lo si inserisce all'interno della tesi per consentire al lettore, fin da subito, di **percepire** fattivamente le **modalità operative** delle **indagini difensive**.

Il repertorio che segue vuole rappresentare un **esempio** di alcuni dei **principali atti** che ruotano attorno alle **indagine difensiva** che può compiere uno studio legale.

In particolare:

1. lo schema della **nomina del difensore** da parte dell'indagato posto a pg. 65, presenta l'attribuzione al difensore della facoltà di svolgere le indagini difensive;
2. lo schema di dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. da **persona sottoposta ad indagini preliminari** posto a pg. 67, è un atto tipico delle indagini difensive, che bilancia i poteri attribuiti alla polizia giudiziaria secondo il combinato disposto dagli artt. 350 e 64 del c.p.p.;
3. lo schema di dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. da **persona informata sui fatti** posto a pg. 69, è un atto tipico delle indagini difensive, che bilancia i poteri attribuiti alla polizia giudiziaria dall'art. 351 del c.p.p.;
4. lo schema di **sopralluogo** espletato nell'ambito dell'attività d'indagine difensiva ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391 sexies c.p.p. posto a pg. 73 è un atto tipico delle indagini difensive, che bilancia i poteri attribuiti alla polizia giudiziaria dall'art. 354¹⁰³, 357, primo comma e 348 del del c.p.p.;

¹⁰² Altri formulari sono rinvenibili in STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 1098 e ss., ma anche in VENDITTI P., VENDITTI G., *Le investigazioni private*, ed. Altagamma, Milano, 2006, pag. 67 e ss.

¹⁰³ In tema di accertamenti ex art. 354 c.p.p. per come eseguito dalla polizia giudiziaria, vedasi soprattutto DELLE FAVE C., *Manuale di polizia giudiziaria. Procedure, atti da redigere, modalità operative*, Maggioli editore, RSM, 2008, pag.173 e ss.

5. lo schema di conferimento dell'**incarico a consulente** tecnico posto a pg. 75, è un atto tipico delle indagini sia dell'accusa che della difesa, che trova la sua base normativa negli artt. 220 e ss. del c.p.p., allorquando ciò appaia loro necessario, in ambiti nei quali – come si legge nell'art. 220 c.p.p. – siano richieste specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche;
6. lo schema di attività delegata - Conferimento dell'**incarico all'investigatore** privato posto a pg. 77, è un atto tipico delle indagini difensive, che bilancia i poteri attribuiti al pubblico ministero ex art. 370 del c.p.p. e dalla polizia giudiziaria ex artt. 55 e 370 del c.p.p.;
7. lo schema di attività delegata - Conferimento dell'**incarico d'indagine difensiva** al **sostituto** posto a pg. 79, che bilancia i poteri attribuiti al pubblico ministero ex art. 370 del c.p.p. e dalla polizia giudiziaria ex artt. 55 e 370 del c.p.p., conferendo al sostituto i poteri di indagine difensiva riconosciuti al difensore che ha ricevuto tale attribuzione diretta dal proprio assistito;
8. infine, l'esempio di **attività d'indagine difensiva** nella fase delle indagini preliminari finalizzata alla preparazione dell'istruttoria dibattimentale ed alla *cross-examination* posto a pg. 81, vuole essere una sorta di vademecum teorico su come possono essere svolte le indagini difensive in relazione ad un fatto reato piuttosto comune qual è quello relativo alle lesioni volontarie ed alla violenza privata. Al di là della classica disamina dei documenti che viene generalmente esperita dagli avvocati, nell'esempio riportato, il difensore pone particolare attenzione ad ognuno dei seguenti atti, finalizzandoli ad una difesa dinamica dei propri assistiti:
 - A. **Conferimento incarico**: con questo atto il legale riceve una delega specifica per esercitare le facoltà di cui alla L. 7 dicembre 2000, n. 397, da entrambi gli imputati;
 - B. **Conferimento di delega di indagini difensive**, ai sensi degli artt.190, 327-bis, 391-bis e 391-ter - 222 norme att. c.p.p., che consente l'individuazione di nr. 3 testi a discarico: Antonio Rossi, Sandra Battisti ed Eugenio Celli;
 - C. **Testimonianze degli imputati**: le **dichiarazioni** rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. dai due **imputati** Antonio Adami e Franco Bianchi, che mirano a costruire una prima versione dei fatti in una logica difensiva;

- D. **Testimonianze di persone informate sui fatti**: le **dichiarazioni** rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. dai Sig. Antonio Rossi, Sandra Battisti ed Eugenio Celli, quali **persone in grado di fornire circostanze utili alle indagini**, che, supportando la versione proposta dagli imputati, lasciano al difensore il solo compito di “smontare” le dichiarazioni della parte offesa;
- E. **Atto di denuncia**: presentato dalla parte offesa alla polizia giudiziaria, la cui analisi consente di verificare l’elemento di discrasia (le dimensioni del bastone) che servirà per screditare definitivamente la parte offesa.

Va infine ricordato come i riferimenti a fatti o persone siano puramente inventati e oggetto di studio ai soli fini accademici.

**SCHEMA DELLA NOMINA DEL DIFENSORE
DA PARTE DELL'INDAGATO**

**ALLA PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI FORLÌ
PROC. N. 1234/08 R.G.N.R. – 1324/08 R.G.G.I.P.**

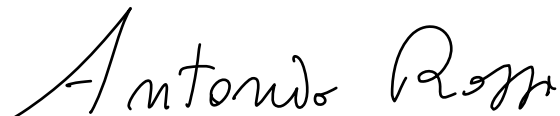
Il sottoscritto Antonio Rossi nato a Forlì il 16.04.1954, ivi residente in via Della Repubblica nr. 56, coniugato, imprenditore, con riferimento al procedimento indicato in oggetto pendente a suo carico, per il reato previsto e punito dall'art. 640 del c.p (Truffa),

NOMINA

proprio difensore di fiducia ai sensi dell'art. 96¹⁰⁴ c.p.p. l'Avv. Gabriele Piermartini del Foro di Forlì, avente studio legale in Corso Garibaldi nr. 207, conferendo allo stesso:

1. ogni e più ampia **facoltà** di compiere **accertamenti** nell'ambito della **indagine difensiva** ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p.;
2. **procura speciale** a rappresentarlo e difenderlo in ogni stato e grado di giudizio del presente processo, con ogni più ampia facoltà di legge ivi compresa quella di chiedere l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., di formulare richiesta di giudizio abbreviato ai sensi dell' art. 438 c.p.p., di presentare istanza di oblazione ai sensi degli artt. 162 e 162 bis c.p. e art. 141 D.L.vo 271/1989, di formulare richiesta di giudizio immediato ai sensi degli artt. 453 e 458 c.p.p., di proporre opposizione al decreto penale di condanna ex art. 461 c.p.p. ovvero impugnazione avverso sentenze di condanna, nonchè di rinunciare ai motivi di gravame ex art. 589 c.p.p. e ss.

Forlì, 19.08.2009.



¹⁰⁴ **Art. 96 del c.p.p.. Difensore di fiducia.**

1. L'imputato [61] 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 [3074, 384], arrestata [380, 381] o in custodia cautelare [284, 285, 286], finché la stessa non vi ha provveduto, può essere fatta da un prossimo congiunto, con le forme previste dal comma 2.



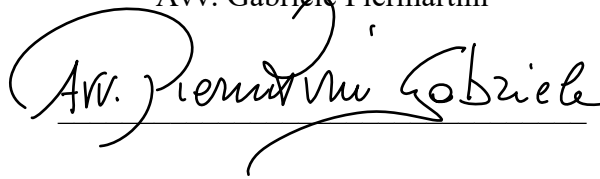
STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

Vi è autentica¹⁰⁵ della firma: Assistito identificato mediante carta d'identità n. FO 5678912, rilasciata dal Comune di Forlì in data 12.01.2007.

Forlì, 19.08.2009.

Avv. Gabriele Piermartini



¹⁰⁵ L'atto di nomina è il momento nel quale il difensore, assumendo formalmente l'incarico di difesa, deve dare inizio all'attività d'indagine difensiva. E' opportuno, perciò, che il difensore interloquisca preventivamente con l'assistito, spiegandogli il significato della "difesa dinamica", con particolare riferimento alle finalità che questo metodo si propone, quelle cioè di una approfondita analisi della fattispecie penale per una migliore scelta della strategia processuale che risponda agli interessi dell'assistito. Al termine dell'attività d'indagine è possibile valutare con piena coscienza l'opportunità di ricorrere ai riti alternativi del patteggiamento o del giudizio abbreviato o, ancora, alla sollecitazione della richiesta di archiviazione. Questo atto, come si può vedere, fa specifico riferimento all'attività di accertamento che il difensore si impegna ad espletare, ed alle finalità di ricorso ai riti speciali. Questo specifico tipo di incarico è ad ampio spettro proprio al fine di ottenere una migliore difesa del proprio assistito.

SCHEMA DI DICHIARAZIONI RESE AI SENSI DEGLI ARTT. 190, 327-BIS, 391-BIS E 391-TER C.P.P. DA PERSONA SOTTOPOSTA AD INDAGINI PRELIMINARI

STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

VERBALE DI: dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. da **persona sottoposta ad indagini**, nella persona di: ---//

- **ANTONIO ROSSI** nato a Forlì il 16.04.1954, ivi residente in via Della Repubblica nr. 56, coniugato, imprenditore, titolare della Unira s.r.l., avente sede legale in Forlì, Via Balzella nr. 21, identificato mediante carta d'identità n FO 5678912 rilasciata dal Comune di Forlì in data 12.01.2007.//

=====

L'anno 2009, il giorno 19 del mese di agosto, alle ore 17.35, in Forlì, Corso Garibaldi nr. 207, presso lo studio dell'Avv. Gabriele Piermartini, difensore di fiducia della persona offesa dal reato, dinanzi all'Avv. Gabriele Piermartini e alla Dott.sa Loretta Bellini, collaboratrice di studio, è presente il sig. **Antonio Rossi**, in rubrica generalizzato, in veste di **persona sottoposta ad indagini**, il quale viene reso edotto della **facoltà di non rispondere ed avvertito** che, nel caso in cui si avvalga di questa facoltà, **potrà essere disposta la sua audizione coattiva** dinanzi al Pubblico Ministero o al Giudice, consapevole delle **conseguenze di carattere penale** a cui va incontro nel caso in cui affermi **cose non vere**, ed informato sulle **modalità di colloquio non documentato**, narrazione libera o verbalizzazione, afferma che: ---//

- **intende rendere dichiarazioni** mediante **verbalizzazione**. ---//
- **non è indagato** nè **imputato** in procedimento connesso o collegato; ---//
- **è stato previamente informato del divieto di rivelare** le **domande** ricevute e le **risposte** eventualmente rese alla **P.G.** od al **pubblico ministero**. ---//

Le dichiarazioni vengono rese alla presenza del suo difensore di fiducia nella persona dell'avvocato Marco Gentili, del foro di Forlì, previamente avvisato del presente incontro in data 15.08.2008 (ovvero con un preavviso superiore a 24 ore,

ex art. 391 bis, comma 5, del c.p.p.) con riferimento al reato di **lesioni personali** di cui alla querela datata 11.08.2008, ed al conseguente procedimento penale n. 1234/08 R.G.N.R. – 1324/08 R.G.G.I.P. ---//

Con riferimento ai fatti di cui al procedimento penale di cui sopra, preciso che:--//

A.D.R.¹⁰⁶: _____

Prendo atto che le presenti dichiarazioni potranno essere utilizzate processualmente e sono disponibile a confermarle al magistrato appena mi sarà data l'opportunità di farlo. ---//

Il presente verbale viene terminato alle ore 19.00. ---//

Fatto, letto, confermato e sottoscritto in data e luogo di cui sopra. ---//

Antonio Possi

La persona sottoposta ad indagini

D. Bellini Loretta

La dott.ssa Loretta Bellini

av. Sentili Marco *av. Piermartini Gabriele*

L'avvocato Marco Gentili

L'avvocato Gabriele Piermartini

¹⁰⁶ Appare sempre opportuno, dopo aver sentito l'imputato esprimere liberamente le proprie dichiarazioni, fare alcune domande mirate a chiarire i punti rimasti oscuri durante il racconto, o a far emergere elementi utili alla difesa.

SCHEMA DI DICHIARAZIONI RESE AI SENSI DEGLI ARTT. 190, 327-BIS, 391-BIS E 391-TER C.P.P. DA PERSONA INFORMATA SUI FATTI

STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

VERBALE DI: dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. da **persona informata sui fatti**: ---//

- **ANTONIO ROSSI** nato a Forlì il 16.04.1954, ivi residente in via Della Repubblica nr. 56, coniugato, imprenditore, titolare della Unira s.r.l., avente sede legale in Forlì, Via Balzella nr. 21, identificato mediante carta d'identità n FO 5678912 rilasciata dal Comune di Forlì in data 12.01.2007.//

=====

L'anno 2009, il giorno 19 del mese di agosto, alle ore 17.35, in Forlì, Corso Garibaldi nr. 207, presso lo studio dell'Avv. Gabriele Piermartini, difensore di fiducia della persona sottoposta ad indagini nella persona di **Antonio Adami**, nato a Forlì il 23.02.1978, ivi residente in corso Mazzini nr. 78, dinanzi all'Avv. Gabriele Piermartini, è **presente** il sig. **Antonio Rossi**, in rubrica generalizzato, in veste di **persona informata sui fatti**, il quale viene reso edotto della **facoltà di non rispondere** ed **avvertito** che, nel caso in cui si avvalga di questa facoltà, **potrà essere disposta la sua audizione coattiva** dinanzi al Pubblico Ministero o al Giudice, consapevole delle **conseguenze di carattere penale** a cui va incontro nel caso in cui affermi **cose non vere**, ed informato sulle **modalità di colloquio non documentato**, narrazione libera o verbalizzazione, afferma che: ---//

- **intende rendere dichiarazioni** mediante **verbalizzazione**. ---//
- **non è indagato** nè **imputato** nello stesso procedimento o in procedimento connesso o collegato; ---//
- **è stato previamente informato** del **divieto di rivelare** le **domande** ricevute e le **risposte** eventualmente rese alla **P.G.** od al **pubblico ministero**. ---//

Lo stesso, con riferimento alla **perquisizione personale** operata dal personale della

Polizia di Stato di Forlì, in data 11.08.2008, in corso della Repubblica nr. 20, nelle adiacenze della società Unira, cui è titolare, nei confronti del predetto assistito, dichiara quanto segue: ---//

A.D.R.¹⁰⁷:

Prendo atto che le presenti dichiarazioni potranno essere utilizzate processualmente. ---//

Il presente verbale viene terminato alle ore 19.00. ---//

Fatto, letto, confermato e sottoscritto in data e luogo di cui sopra. ---//

Antonio Poggi

La persona informata¹⁰⁸ sui fatti

Avv. Pierluigi Gabriele

L'avvocato

¹⁰⁷ Anche con la persona informata sui fatti, come per l'imputato, dopo aver lasciato il soggetto esprimere liberamente le proprie dichiarazioni, è consigliabile fare alcune domande mirate a chiarire i punti rimasti oscuri durante il racconto, o a far emergere elementi utili alla difesa.

¹⁰⁸ La **raccolta di dichiarazioni** da persona informata sui fatti, deve essere **effettuata dal difensore con la consapevolezza che la persona intervistata potrà essere successivamente sentita sia dal pubblico ministero ovvero dalla polizia giudiziaria dallo stesso delegata, sia dal giudice.** Il difensore deve, quindi, **comportarsi come se fosse un notaio** che, con criterio fotografico, **raccoglie le dichiarazioni** della persona esaminata. E' necessario che, preliminarmente alla redazione dell'atto, l'avvocato renda **edotta la persona intervistata che ha la facoltà di astenersi dal rendere dichiarazioni nonchè della responsabilità penale per quanto dichiarato, in quanto il difensore, a differenza del pubblico ministero e della Polizia Giudiziaria, non ha alcun potere coercitivo di imporre l'intervista** per cui **può soltanto domandare** alla persona che intende esaminare se **consente al rilascio di dichiarazioni.** Invero, in caso di rifiuto a sottoporsi all'intervista, ben **può il difensore fare presente** alla persona informata sui fatti che provvederà a **richiedere l'espletamento di tale atto al pubblico ministero ai sensi dell'art. 358 seconda parte c.p.p. E CHE, IN TAL CASO, NON LE SARÀ CONSENTITO DI ASTENERSI DAL RENDERE DICHIARAZIONI.** Il **difensore** può rivolgere domande specifiche alla parte intervistata, al fine di approfondire gli aspetti più interessanti dell'intervista, ai fini dell'accertamento dei fatti. Nel fare questo è **consigliabile che il difensore riporti integralmente nell'atto la domanda** che viene posta, in modo che colui che, successivamente, legge le dichiarazioni abbia completa percezione della correttezza nella conduzione della intervista. Il **DIFENSORE PUÒ, ALTRESÌ, SERVIRSI DI UN REGISTRATORE,** le cui bobine devono poi essere allegate all'atto che contiene le dichiarazioni; questo, ovviamente, con il consenso della persona informata sui fatti e dandone atto sempre nelle dichiarazioni. La **registrazione** è sicuramente uno **strumento cautelativo** per il difensore, costituendo **elemento di riscontro della linearità e correttezza di conduzione dell'intervista difensiva** e risultando particolarmente **utile in quei casi nei quali** la persona informata sui fatti, sentita successivamente dal pubblico ministero o giudice, si **discosti da ciò che ha detto e sottoscritto** con le dichiarazioni raccolte dal difensore. Il difensore, del resto, lo si è detto più volte, dal momento che, in genere, è un neofita delle indagini, è bene che ponga in essere **tutte le cautele possibili** per dare prova della correttezza del suo agire. L'indicazione dell'anno, del mese,

**SCHEMA DI RICHIESTA DI ACCESSO A LUOGO NON APERTO AL
PUBBLICO ESPLETATO NELL'AMBITO DELL'ATTIVITÀ
D'INDAGINE DIFENSIVA AI SENSI DEGLI
ARTT. 190, 327-BIS E 391- SEPTIES C.P.P.**

STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

ALLA PROCURA DELLA REPUBBLICA

PRESSO IL TRIBUNALE DI

FORLÌ

PROC. N. 1234/08 R.G.N.R. – 1324/08 R.G.G.I.P.

Ill.mo Pubblico Ministero, quale difensore di fiducia di **Antonio Adami**, nato a Forlì il 23.02.1978, ivi residente in corso Mazzini nr. 78,

premessi che:

1. in data **11.08.2008**, in **corso della Repubblica nr. 20**, all'interno degli uffici della società della Unira s.r.l., avente sede legale in Forlì, Via Balzella nr. 21, cui risulta titolare il sig. **Antonio Rossi** nato a Forlì il 16.04.1954, ivi residente in via Della Repubblica nr. 56, coniugato, imprenditore, personale della Polizia di Stato di Forlì ha operato una **perquisizione personale** nei confronti del proprio assistito **Antonio Adami**;
2. occorre appurare ogni elemento utile alle indagini difensive, ed in particolare verificare **l'eventuale presenza** in loco di **tracce ematiche** del proprio **assistito**, **conseguenti** alla **colluttazione** occorsa all'atto di perquisizione fra gli **agenti** intervenuti e **Antonio Adami**, procedendo in tal caso alla descrizione esatta dello stato dei luoghi ed eventuali rilievi fotografici ed audiovisivi;

del giorno nonché dell'ora di inizio e di fine dell'intervista, è estremamente importante perché allorquando, probabilmente a distanza di tempo, la persona informata sui fatti verrà esaminata dinanzi al giudice, ben può il difensore porre una serie di domande di premessa sul fatto storico della data e delle modalità con le quali venne condotta l'intervista in studio.

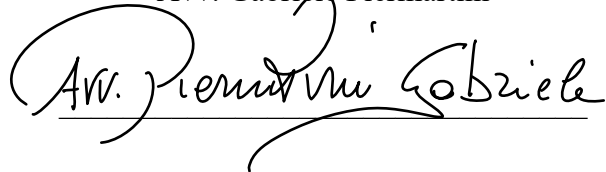
chiedo

che la S.V. Ill.ma voglia acconsentire che lo scrivente acceda agli uffici della società Unira, siti in Corso della Repubblica nr. 20, per procedere alla necessaria attività di indagine.

Cordiali saluti.

Forlì, 19.08.2009.

Avv. Gabriele Piermartini

A handwritten signature in black ink, reading "Avv. Piermartini Gabriele". The signature is written in a cursive style and is positioned below the typed name. A horizontal line is drawn under the signature.

**SCHEMA DI SOPRALLUOGO ESPLETATO NELL'AMBITO
DELL'ATTIVITÀ D'INDAGINE DIFENSIVA AI SENSI DEGLI
ARTT. 190, 327-BIS, 391-BIS E 391-TER C.P.P.**

STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

VERBALE DI: sopralluogo espletato nell'ambito dell'attività d'indagine difensiva ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. effettuato presso la proprietà di: ---//

- **ANTONIO ROSSI** nato a Forlì il 16.04.1954, ivi residente in via Della Repubblica nr. 56, coniugato, imprenditore, titolare della Unira s.r.l., avente sede legale in Forlì, Via Balzella nr. 21, identificato mediante carta d'identità n FO 5678912 rilasciata dal Comune di Forlì in data 12.01.2007.//

=====

L'anno 2008, il giorno 11 del mese di agosto, alle ore 17.35, in Forlì, Corso Garibaldi nr. 207, presso lo studio dell'Avv. Gabriele Piermartini, dinanzi all'Avv. Gabriele Piermartini e alla Dott.sa Loretta Bellini, collaboratrice di studio, è **presente** il sig. **Antonio Rossi**, in rubrica generalizzato. ---//

Lo stesso, con riferimento alla **perquisizione personale** operata dal personale della Polizia di Stato di Forlì, in data 11.08.2008, in corso della Repubblica nr. 20, nelle adiacenze della società Unira, cui è titolare, nei confronti del proprio assistito **Antonio Adami**, nato a Forlì il 23.02.1978, ivi residente in corso Mazzini nr. 78, hanno effettuato il sopralluogo come di seguito descritto.--//

Le parti sopraindicate si recano nel luogo ove è stata esperita la perquisizione e la Dott.sa Loretta Bellini, collaboratrice di studio, provvede ad effettuare n. 8 fotografie delle tracce di sangue presenti sul terreno, presumibilmente appartenenti a **Antonio Adami** e conseguenti alla colluttazione che è seguita alla perquisizione, e nr. 4 fotografie del cancello di ingresso della abitazione posta al civico nr. 20 di Corso della Repubblica, che presenta i cardini divelti, anch'essi presumibilmente in conseguenza degli eventi in trattazione. ---//

Il presente sopralluogo viene terminato alle ore 18.50. ---//

Il presente verbale viene terminato alle ore 19.00. ---//

Fatto, letto, confermato e sottoscritto in data e luogo di cui sopra. ---//

Antonio Poggi

Il proprietario dell'immobile¹⁰⁹

Bellini Loretta

La dott.ssa Loretta Bellini

Avv. Pierluigi Gabriele

l'avvocato

¹⁰⁹ Le **dichiarazioni di sopralluogo** sono un **atto d'indagine privata utile** sia per il **difensore** sia per il **pubblico ministero** in quanto **consentono di visualizzare** nella sua completezza **l'attività** di indagine difensiva **espletata**. Le **modalità di redazione delle dichiarazioni** sono **quelle** consuete con le quali la **polizia giudiziaria** espleta i **verbali di sopralluogo**. Il difensore dovrà operare al solo fine di **rappresentare** la **situazione** dei luoghi, **senza occultare** alcunché. Anche per l'espletamento di questo atto valgono le precisazioni fatte in precedenza: il difensore **non può ricorrere ad espedienti occultando** o **simulando fatti diversi** da quelli realmente presenti sul luogo ove viene svolto il sopralluogo. Tali artificiosi accorgimenti verrebbero infatti censurati dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria ed una volta scoperti priverebbero di efficacia le indagini difensive e di credibilità quel difensore anche per gli incarichi futuri, potendo trovare gli avvocati la propria legittimazione proprio nella continua dimostrazione della rigorosa osservanza delle regole. Come si è più volte affermato, il **difensore non è obbligato ad operare** con lo strumento delle **indagini difensive**, ben **potendo svolgere un ruolo "attendista"** dell'attività del pubblico ministero, **ma se decide di percorrere la strada della investigazione egli deve in primo luogo attenersi ad un rigoroso rispetto della legge e delle norme deontologiche che vogliono l'avvocato corretto.**

**SCHEMA DI CONFERIMENTO DI INCARICO DI
CONSULENTE TECNICO**

STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

47100 Forlì, 20 agosto 2009

OGGETTO: Conferimento **incarico di consulente tecnico** della difesa ai sensi degli artt.190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p..

AL LABORATORIO TECNICO "BASSI"
Alla cortese attenzione del Dott. Ugo Bassi
Corso della Repubblica nr. 1

FORLÌ
(Fax: 0543/45235)

e, per conoscenza:

ALLA CORTESE ATTENZIONE DEL
SIG. ANTONIO ADAMI
Corso Mazzini nr. 78

FORLÌ
(Fax: 0543/78564)

=====
Come previamente concordato per le vie brevi e quale legale di **Antonio Adami**, nato a Forlì il 23.02.1978, ivi residente in corso Mazzini nr. 78, in riferimento alla **perquisizione domiciliare** operata dal personale della Polizia di Stato di Forlì, in data 11.08.2008, ed al conseguente procedimento penale n. 1234/08 R.G.N.R. – 1324/08 R.G.G.I.P.,

LE CONFERISCO INCARICO

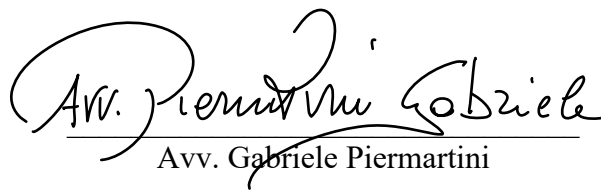
di espletare consulenza tecnica, rispondendo con relazione scritta, se possibile stante l'urgenza a mezzo fax al mio studio, ai quesiti di seguito formulati, se possibile entro il termine del 20 settembre 2009:

- **Dica il consulente** se il **reperto nr. 2** di cui al procedimento penale n. 1234/08 R.G.N.R. – 1324/08 R.G.G.I.P. della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Forlì, **oggetto di sequestro** delegato da parte del pubblico

ministero Dott. Luigi Neri, della predetta procura, a **seguito di sopralluogo** espletato nell'ambito dell'attività d'indagine difensiva ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391 sexies c.p.p. dallo scrivente, mediante l'analisi delle 13 regioni del DNA e la identificazione del profilo del DNA (c.d.: "impronta"), se corrisponde al profilo dell'assistito **Antonio Adami** (che si è reso disponibile ad un prelievo volontario).

Per le Sue spese e competenze vorrà rivolgersi direttamente al sig. Antonio Adami (cell. 338/3434566), alla quale la presente è rimessa per conoscenza.

Distinti saluti¹¹⁰.


Avv. Gabriele Piermartini

¹¹⁰ Con questo atto il difensore conferisce un incarico di consulenza tecnica ex artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. Si tratta di una consulenza tecnica di parte e, come tale, fuori dal contraddittorio, equiparabile alla consulenza, sempre di parte, che il pubblico ministero dispone ai sensi dell'at. 359 c.p.p.) Se è vero che ambedue le consulenze, sia privata che pubblica, sono atti di parte e che, sotto il profilo probatorio, non hanno la stessa efficacia di una consulenza nel rispetto del principio del contraddittorio come è quella disposta ai sensi dell'art.360 c.p.p. o della perizia in sede di incidente probatorio o dibattimentale, è anche vero che se il pubblico ministero, mediante la consulenza, si convince ad esempio dell'insussistenza della responsabilità penale dell'indagato provvede a richiedere la archiviazione. Una buona consulenza espletata con sollecitudine nell'ambito della indagine difensiva ben può essere risolutiva per le sorti della persona sottoposta ad indagini. Nel caso di cui allo schema si è operato con il mezzo del fax, per evidenziare come operare in via di urgenza è estremamente importante nell'ambito di una difesa dinamica, e proprio i tempi di intervento possono essere determinanti per scongiurare o ridurre comunque i danni che sempre il procedimento penale spesso arreca all'indagato.

Art. 359 del c.p.p. Consulenti tecnici del pubblico ministero.

1. Il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, **rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici** e ad ogni **altra operazione tecnica** per cui sono necessarie **specifiche competenze**, può nominare e avvalersi di **consulenti**, che **non possono rifiutare** la loro opera [233].

2. Il **consulente** può essere **autorizzato** dal pubblico ministero ad **assistere a singoli atti di indagine**.

**SCHEMA DI ATTIVITÀ DELEGATA - CONFERIMENTO INCARICO
ALL'INVESTIGATORE PRIVATO**

STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

47100 Forlì, 20 agosto 2009

OGGETTO: Conferimento **incarico di investigazioni**¹¹¹ ai sensi degli artt.190, 327-bis, 391-bis e 391-ter - 222 norme att. c.p.p.
Fatto accertato in **Forlì**, in data **11.08.2008**, in corso della Repubblica nr. 20.

ALL'AGENZIA INVESTIGATIVA "BIANCHI"
Alla cortese attenzione del Dott. Franco Bianchi
Corso Diaz nr. 15

FORLÌ
(Fax: 0543/45645)

e, per conoscenza:

ALLA CORTESE ATTENZIONE DEL
SIG. ANTONIO ADAMI
Corso Mazzini nr. 78

FORLÌ
(Fax: 0543/78564)

=====
Come previamente concordato per le vie brevi e quale legale di **Antonio Adami**, nato a Forlì il 23.02.1978, ivi residente in corso Mazzini nr. 78, in riferimento alla **perquisizione domiciliare** operata dal personale della Polizia di Stato di Forlì, in data 11.08.2008, ed al conseguente procedimento penale n. 1234/08 R.G.N.R. – 1324/08 R.G.G.I.P.,

LE CONFERISCO INCARICO

di svolgere i seguenti accertamenti:

1. **Verificare** la **presenza** di eventuali **testimoni** oculari degli eventi in

¹¹¹ Il tema dell'attività dell'investigatore private è trattato da VENDITTI P., VENDITTI G., *Le investigazioni private*, ed. Altgamma, Milano, 2006, pag. 59 e ss.

trattazione, che possa riferire circostanze utili ai fini delle indagini. In caso positivo di **assumerli a verbale** nelle modalità prescritte dalla legge;

2. Raccogliere **quant'altro** possa essere ritenuto **utili ai fini delle indagini** difensive.

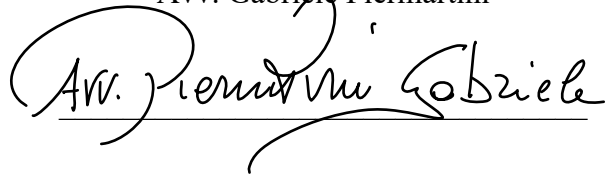
Per gli accertamenti, stante l'urgenza per l'approssimarsi del processo, Le conferisco **termine** fino al giorno **30 settembre 2009**. Vorrà, poi, rimettermi nota relazionale in ordine all'attività svolta ed alle relative risultanze.

Per le Sue spese e competenze vorrà rivolgersi direttamente al sig. Antonio Adami (cell. 338/3434566), alla quale la presente è rimessa per conoscenza.

Raccomando la scrupolosa osservanza delle norme del codice penale e di procedura penale.

Distinti saluti.

Avv. Gabriele Piermartini

A handwritten signature in black ink, reading "Avv. Piermartini Gabriele". The signature is written in a cursive style and is positioned below the typed name "Avv. Gabriele Piermartini".

**SCHEMA DI ATTIVITÀ DELEGATA - CONFERIMENTO INCARICO
D'INDAGINE DIFENSIVA AL SOSTITUTO**

STUDIO LEGALE PIERMARTINI

Corso G. Garibaldi 207 - 47100 Forlì ☎ 0543/30617 📠 0543/30618
www.studiolegalepiermartini.it

47100 Forlì, 20 agosto 2009

OGGETTO: Conferimento incarico d'indagine difensiva al sostituto.

**ALLA CORTESE ATTENZIONE
DELL'AVV. RICCARDO PIERMARTINI
Corso della Repubblica nr. 18**

FORLÌ
(Fax: 0543/78235)

=====

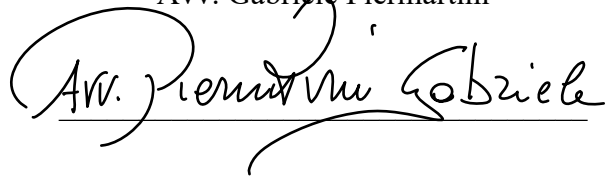
Io sottoscritto, Avv. Gabriele Piermartini, difensore di **Antonio Adami**, nato a Forlì il 23.02.1978, ivi residente in corso Mazzini nr. 78, persona sottoposta alle indagini nel procedimento penale n. 1234/08 R.G.N.R. – 1324/08 R.G.G.I.P., pendente davanti la Procura della repubblica presso il Tribunale di Forlì per il reato p. e p. dall'art. 640 (truffa) del c.p.,

CONFERISCO INCARICO

all'avv. **Riccardo Piermartini** di svolgere, in qualità di mio sostituto, il **sopralluogo** presso la casa di abitazione di **Antonio Adami** unitamente al predetto assistito. Vorrà in tale sede verificare se in detta abitazione esistono strumenti o cose idonee alla commissione dei reati contestati, ovvero tracce dell'avvenuta commissione dei medesimi reati. Vorrà redigere un **verbale di sopralluogo**, descrivendo dettagliatamente l'attività svolta e le persone presenti che, unitamente a lui, dovranno sottoscrivere l'atto al cui svolgimento hanno assistito. Vorrà, altresì, **documentare con riprese audio visive e fotografie** lo stato dei luoghi e **l'intera attività espletata**, con particolare **riferimento** alle **dichiarazioni** spontanee rese in questa sede dall'assistito ad ulteriore chiarimento dei fatti.

Distinti saluti¹¹².

Avv. Gabriele Piermartini

A handwritten signature in black ink that reads "Avv. Piermartini Gabriele". The signature is written in a cursive style and is positioned below the typed name "Avv. Gabriele Piermartini".

¹¹² Con questo atto vengono **indicati** al sostituto gli **spazi entro i quali** egli deve **espletare l'attività delegata**. E' **importante**, al di là di una dettagliata ricostruzione dello stato dei luoghi nella loro staticità, **che il sostituto provveda** ad attingere e **documentare ogni informazione a chiarimento** da parte **dell'assistito** che, in tal modo, assume un **ruolo di protagonista** nella propria **difesa**. L'espletamento di questo atto richiede un **apporto fattivo del sostituto** la cui **attività**, pur se **delineata nell'atto di delega**, è **rimessa al suo personale intuito e capacità**. Nello svolgimento del sopralluogo può, infatti, delinearsi una serie di varianti che rendono necessario un intervento da parte del sostituto che sarà possibile e produrrà effetti di approfondimento investigativo solo se questi avrà una **approfondita conoscenza degli atti**. E', pertanto, necessario che il sostituto non sia persona lontana dal difensore che lo ha delegato, ma è preferibile che sia un suo **stretto collaboratore** e, quindi, sia a conoscenza dell'attività di indagine difensiva espletata in precedenza.

**ESEMPIO DI ATTIVITÀ D'INDAGINE DIFENSIVA NELLA FASE
DELLE INDAGINI PRELIMINARI FINALIZZATA ALLA
PREPARAZIONE DELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE E DA
ALLA CROSS-EXAMINATION**

**DESCRIZIONE DEL FATTO E
DELL'ATTIVITÀ DI INDAGINE DIFENSIVA**

Nel procedimento in esame, per ipotesi di scuola, si suppone contestato il reato di **lesioni volontarie gravi** ex art. 590/2 del c.p. e **violenza privata** ex art. 610 del c.p., a **Antonio Adami** e **Franco Bianchi** in concorso con altre due persone nei confronti di **Mirco Rivoli**.

Adami e Bianchi si rivolgono all'Avv. Gabriele Piermartini, previa nomina e conferimento di procura speciale in data 7.12.2008, il quale svolge come di consueto le indagini difensive, con conferimento di delega ad una agenzia di investigazione privata, ricezione di nota relazionale con individuazione di testi, conferimento di incarico di consulenza tecnica e ricezione di relazione medico legale.

L'Avvocato, all'udienza preliminare fissata per il giorno 15.02.2009, **deposita fascicolo dell'indagine difensiva e chiede il giudizio abbreviato**. Il **pubblico ministero non esprime il suo consenso** e, quindi, il G.I.P. dispone il rinvio a giudizio degli imputati.

Nei termini di cui all'art. 468¹¹³ c.p.p., viene successivamente **depositata la lista testi** e, **all'udienza** dibattimentale, in sede di richieste istruttorie, **reiterata la richiesta** di loro ammissione e fa **istanza**, ai sensi dell'art. 495¹¹⁴ c.p.p., di

¹¹³ **Art. 468/1 del c.p.p. Citazione di testimoni, periti e consulenti tecnici.**

1. Le parti che intendono chiedere l'esame di testimoni [194 ss.], periti [220 ss.] o consulenti tecnici [230] nonché delle persone indicate nell'articolo 210 (1) devono, a pena di inammissibilità, depositare in cancelleria, almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento [173], la lista con la indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame.

¹¹⁴ **Art. 495/3. Provvedimenti del giudice in ordine alla prova.**

*1. Il giudice, sentite le parti, **provvede con ordinanza all'ammissione delle prove** a norma degli articoli 190 comma 1 e 190bis. Quando è stata ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti, il giudice provvede in ordine alla richiesta di nuova assunzione della stessa prova solo dopo l'acquisizione della documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento.*

2. L'imputato ha diritto all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico; lo stesso diritto spetta al pubblico ministero in ordine alle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico (2).

*3. Prima che il giudice provveda sulla domanda, le parti hanno **facoltà di esaminare i documenti** di cui è chiesta l'ammissione.*

autorizzazione alla produzione dei documenti dei quali fornisce apposito elenco.

L'**indagine difensiva** espletata consente all'Avvocato di **affrontare l'esame e controesame dei testimoni**¹¹⁵ in **maniera appropriata, senza** preoccupazione di "**sorprese**", stante la precedente attività di accertamento che gli ha consentito di acquisire un **consistente materiale probatorio e conoscitivo dei fatti**.

Di seguito vengono indicati gli atti di indagine effettuati¹¹⁶:

ATTO NR. 1

Attività di indagine:

A. **Conferimento incarichi:**

- a) nomina e **conferimento incarico** ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. del Sig. Antonio Adami in data 14.11.2008;
- b) nomina e **conferimento incarico** ai sensi degli artt.190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. del Sig. Franco Bianchi in data 15.11.2008;

B. **Indagini difensive:**

- a) conferimento **incarico di investigazioni** ai sensi degli artt.190, 327-bis, 391-bis e 391-ter - 222 norme att. c.p.p. , all'agenzia investigativa "Bianchi";
- b) **nota relazionale** da parte della predetta agenzia investigativa "Bianchi";

C. **Testimonianze degli imputati:**

- a) **dichiarazioni** rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. dall'**imputato** Antonio Adami in data 3.12.2008;
- b) **dichiarazioni** rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. dall'**imputato** Franco Bianchi in data 05.12.2008;

D. **Testimonianze di persone informate sui fatti:**

- a) **dichiarazioni** rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-

4. Nel corso dell'istruzione dibattimentale, il giudice decide con ordinanza sulle eccezioni proposte dalle parti in ordine alla ammissibilità delle prove [190]. Il giudice, sentite le parti, può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue o ammettere prove già escluse [190, 509].

4bis. Nel corso dell'istruzione dibattimentale ciascuna delle parti può rinunciare, con il consenso dell'altra parte, all'assunzione delle prove ammesse a sua richiesta.

¹¹⁵ Sull'argomento vedasi FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, 2007, pag. 104 e ss.

¹¹⁶ Che vengono solo citati per fornire il quadro delle attività di indagine che hanno portato ad esame e controesame.

ter c.p.p. dal Sig. Antonio Rossi quale **persona in grado di fornire circostanze utili alle indagini** in data 07.12.2008;

b) **dichiarazioni** rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. dalla Sig.ra Sandra Battisti, quale **persona in grado di fornire circostanze utili alle indagini** in data 09.12.2008;

c) **dichiarazioni** rese ai sensi degli artt. 190, 327-bis, 391-bis e 391-ter c.p.p. dalla Sig. Eugenio Celli, quale **persona in grado di fornire circostanze utili alle indagini** in data 09.12.2008;

d) **verbale di sommarie informazioni** della sig.ra Lucia Maretti in Rivoli, in data 10.10.2008, della Sezione di Polizia Giudiziaria della Polizia di Stato, presso Procura della Repubblica presso il Tribunale di **Forlì**;

E. **Atto di denuncia:**

a) Verbale di ricezione di **denuncia orale** sporta dal sig. Mirco Rivoli in data 10.10.2008.

ATTO N. 2

Istanza di ammissione di testimoni ai sensi dell'art. 468 c.p.p. (omissis).

ATTO N. 3

Istanza di ammissione alla produzione di documenti ex art. 495 n.3) c.p.p. (omissis).

ATTO N. 4

Stralcio del verbale di udienza del 18.05.2009:

ESAME DELLA PARTE

Esperito nei confronti di **Antonio Rossi**, **teste a discarico** inserito nella lista testimoniale della difesa ex art. 468 del c.p.p.:

1. Avv. Gabriele Piermartini (di seguito Avv.): Lei è a conoscenza dei fatti di cui si tratta in questo processo?
 - 1.1. Teste Antonio Rossi (di seguito T.): sì.
2. Avv.: E' stato testimone oculare di questi eventi?
 - 2.1. T.: sì
3. Avv.: Dove si trovava esattamente al momento in cui si sono verificati i fatti?
 - 3.1. T.: In corso della Repubblica, nei pressi del civico 25.
4. Avv.: Ha visto Antonio Adami, Franco Bianchi e Mirco Rivoli?
 - 4.1. T: sì, certo.
5. Avv.: Come sapeva dei loro nomi, voglio dire, li conosceva prima di questi fatti?
 - 5.1. T: No, ho saputo dei loro nomi nel corso del processo.
6. Avv.: Perché si trovava in quel posto a quell'ora?
 - 6.1. T: Stavo passeggiando per fare degli acquisti.
7. Avv.: Cosa vide lei? Cosa stava facendo Mirco Rivoli?
 - 7.1. T: Ho visto il Rivoli con un bastone in mano che minacciava l'Adami ed il Bianchi.
8. Avv.: lei ha visto se Adami, Rivoli e Bianchi sono entrati in contatto fisico?
 - 8.1. T: No, perché i due si sono allontanati subito, immagino temessero di venire colpiti dal Rivoli.
9. Avv.: Chi è che si è allontanato per primo?
 - 9.1. T.: è stato un attimo... prima è fuggito il Bianchi subito seguito dall'Adami.
10. Avv.: Ecco, quindi non c'è stato contatto fisico con il con il Rivoli, può confermarlo questo?
 - 10.1. T.: No, non c'è stato nessun contatto fisico.
11. Avv.:.....Antonio Adami. Se si può alzare, Presidente. Lei lo ha visto picchiare il Rivoli?

- 11.1. T.: Lui no.
12. Avv.: E' sicuro?
- 12.1. T.: Sicurissimo!
13. Avv.: Mai?
- 13.1. T.: Mai!
14. Avv.: Quel signore che sta a fianco con in capelli lunghi scuri, lei lo ha visto picchiare Rivoli?
Presidente: diamo atto che si tratta di Franco Bianchi.
- 14.1. T.: No, lui non ha fatto nulla. Appena ha visto il bastone è fuggito.
15. Avv.: L'ha visto picchiare il Rivoli?
- 15.1. T.: No.
16. Avv. E' sicuro?
- 16.1. T.: Sicurissimo!
17. Avv.: Presidente, è sufficiente, non ho altre domande¹¹⁷.

CONTROESAME

Esperito nei confronti di **Lucia Maretti, teste a carico** chiamato dal Pubblico Ministero e già sentito a verbale dalla polizia giudiziaria:

1. Avv.: Grazie, Presidente. Avv. Gabriele Piermartini, per **Antonio Adami** e **Franco Bianchi**. Senta, lei prima ha detto che il sig. Rivoli quando si è avvicinato ai sig. Bianchi ed Adami aveva qualcosa in mano, cosa esattamente?
- 1.1. Teste Lucia Maretti (di seguito T.): Un bastone abbastanza lungo, almeno un metro.
2. Avv.: Quanto lungo?
- 2.1. T.: Un metro.
3. Avv.: Un metro?

¹¹⁷ **L'esame** condotto dall'avvocato **ha confermato l'estraneità ai fatti degli assistiti**, così come era emerso nel corso della pregressa attività d'indagine difensiva. Questo testimone, Antonio Rossi, ha dato **risposte decise** alle domande che le venivano poste, **mostrandosi irritato** ogni qual volta l'avvocato, nell'intento di farle ribadire alcune circostanze, le ha ripetuto domande già poste cui già aveva risposto. Ovviamente per preparare l'esame il legale si è servito delle **approfondite indagini difensive** che gli hanno consentito:

1. di **individuare il teste favorevole**, reperito grazie all'opera di investigazione privata di un consulente;
2. **fornito le basi** conoscitive ad **ampio spettro** dei **fatti** in trattazione per realizzare l'esame sopra descritto.

- 3.1. T.: Sì.
4. Avv.: Presidente, è sufficiente, non ho altre domande¹¹⁸.

CONTROESAME

Esperito nei confronti di **Mirco Rivoli, persona offesa** chiamato dal Pubblico Ministero e già sentito a verbale dalla polizia giudiziaria nell'atto di denuncia:

- 1.1. Avv.: Grazie, Presidente. Avv. Gabriele Piermartini, per **Antonio Adami** e **Franco Bianchi**. Senta, sig. Rivoli, lei conosceva i sig. Bianchi ed Adami?
- 1.2. Teste Mirco Rivoli (di seguito T.): Forse ho visto qualche volta il Bianchi, ma solo per caso. Tuttavia sono fisionomista e mi ricordo bene anche le facce che ho visto poche volte...
2. Avv.: Per quale ragione gli si avvicinato?
- 2.1. T.: Ho visto una persona che stava graffiando la mia macchina.
3. Avv.: Ma può dire con esattezza chi è stato?
- 3.1. T.: E' stato sicuramente uno dei due... non so¹¹⁹ chi dei due ma le altre persone erano lontane quindi è stato sicuramente uno dei due.
4. Avv.: Capisco, quindi lei Rivoli era arrabbiato perché qualcuno le aveva graffiato la macchina?
- 4.1. T.: No!!! Io volevo solo spaventarli... volevo che smettessero di fare quello che facevano!
5. Avv.: Voleva spaventarli, è per questo che si è avvicinato loro con il bastone e poi l'ha buttato via perché non era più arrabbiato? O non era arrabbiato?
- 5.1. T.: No. Non ero arrabbiato¹²⁰.

¹¹⁸ Il **controesame** condotto dall'avvocato è **stato limitato ad accertare l'unico particolare utile alla difesa**, ovvero la lunghezza del bastone, al fine di minare la credibilità della persona offesa con il successivo controesame. Anche in questo caso il legale si è servito delle **indagini difensive** che gli hanno consentito:

1. di **individuare** un elemento di discrasia, le dimensioni del bastone, fra le affermazioni della parte offesa (Mirco Rivoli) ed lo stesso teste a carico (Lucia Maretta). Tali dimensioni erano state peraltro confermate dai tre testimoni a discarico (Antonio Rossi, Sandra Battisti ed Eugenio Celli);
2. **fornito** le **basi** conoscitive per preparare il controesame della parte offesa Mirco Rivoli.

¹¹⁹ Altro **elemento di imprecisione** che **scredita** la versione della **parte offesa**, che non si dimostra sicura neppure di chi sia il presunto autore dei graffi alla propria vettura.

¹²⁰ Qui il teste non contraddice la domanda suggestiva, ammettendo implicitamente l'uso del bastone.

6. Avv.: Per niente?
- 6.1. T.: Perché dovevo essere arrabbiato. Io volevo dirgli al signore: "perché mi stai graffiando la macchina", e basta.
7. Avv.: Non le pare strano, per una persona normale che vede un suo bene danneggiato e che va in strada armato di un bastone, non essere arrabbiato?
- 7.1. T.: Forse lo ero un po', ma questo non cambia le cose.
8. Avv.: Quindi aveva con se un bastone. Quanto era lungo all'incirca, mezzo metro¹²¹, trenta centimetri, settanta....?
- 8.1. T.: Piccolo...
9. Avv.: Grossomodo?
- 9.1. T.: Non so, mica ci ho preso le misure.
10. Avv.: Quanti centimetri può essere stato, un metro o venti centimetri.
- 10.1. T.: Le ripeto che misurare non l'ho misurato;
11. Avv.: Non lo sa,orientativamente?
12. T.: Venti, trenta, gli posso dire cinquanta, io non gli posso dire di preciso perché è una specie di mattarello.
13. Avv.: Un piccolo mattarello, insomma?
- 13.1. T.: Sì, esatto. Un cosino lungo così, sarà stato quaranta centimetri, io non posso dirle la misura... (omissis).
14. Avv.: Possiamo dire che non era più di 40 centimetri?
- 14.1. T.: Sì, esatto.
15. Avv.: Presidente, è sufficiente, non ho altre domande¹²².

¹²¹ Qui le **indicazioni** date dal difensore sono **volutamente distanti** da quanto **affermato** dagli altri testi (un metro), al fine di indurre la parte offesa a minimizzare le dimensioni del bastone e screditarsi autonomamente.

¹²² Il controesame ha evidenziato l'**inattendibilità** del teste **persona offesa e parte civile** nel processo in quanto:

1. ha **affermato** di **non aver visto** chi ha **compiuto il reato di danneggiamento** alla propria vettura, solo presumendo fosse uno dei due assistiti;
2. ha **volutamente** a tutti i **costi** minimizzare le **dimensioni del bastone** / mattarello a 40 centimetri, già indicato in un metro dallo stesso teste a carico Lucia Maretti.

Questi due elementi finiscono per comprometterne la credibilità. Il Teste parte offesa, pertanto, non è credibile neppure quando afferma che, pur essendo uscito di casa per "discutere" con un bastone / mattarello in mano, egli non era assolutamente arrabbiato.

DATI STATISTICI

“La statistica è quella scienza che dice che se hai la testa nel congelatore e i piedi nel forno, mediamente stai bene”.

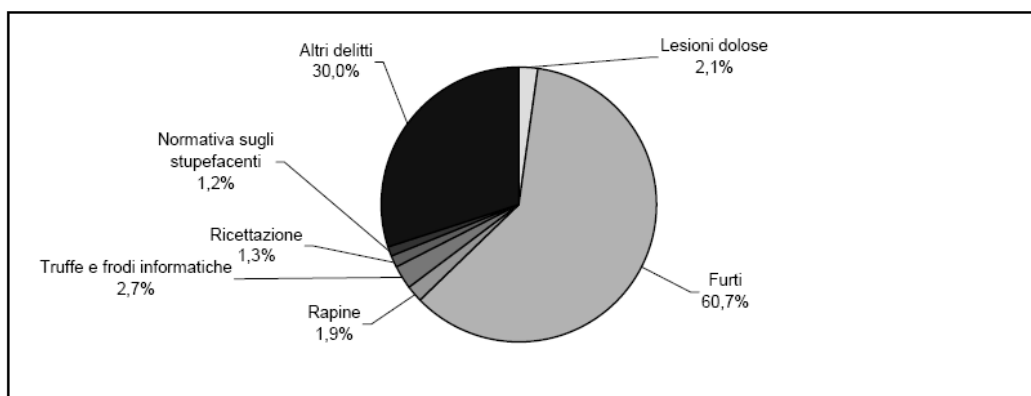
Autore sconosciuto

Una ricerca fondata sulla capacità della difesa di opporre una valida resistenza agli attacchi dell'accusa, non poteva esimersi dal **sondare il cuore del problema**, ovvero le diverse **tipologie di reati commessi** e la loro **distribuzione nel territorio**, oltre, ovviamente, ad una altrettanto breve disamina della **statistica processuale penale**.

Di seguito verranno perciò osservati brevemente gli aggregati¹²³ ed i flussi principali relativi alle statistiche giudiziarie penali fornite dall'Istat per l'anno 2004.

Prima di entrare nel merito dei dati statistici, risulta opportuno ricordare come nel 2004 la giustizia penale risultava amministrata dai seguenti organi: 848 sedi del Giudice di pace, 165 Tribunali con relative Procure della Repubblica, 221 Sezioni distaccate di tribunale, 29 Corti di appello (comprese tre sezioni distaccate), con le relative Procure generali, la Corte di cassazione e la Procura generale presso la Corte di cassazione.

Graf. 1: - Delitti denunciati dalle Forze di polizia all'Autorità giudiziaria – Anno 2004 (composizione percentuale).



¹²³ Reperibile all'indirizzo http://www.istat.it/dati/catalogo/20061127_00/.

Il Grafico¹²⁴ nr. 1, pur risalente, pone visivamente in evidenza l'andamento della c.d. **criminalità "apparente"**: ovverosia quella che emerge dalle denunce dei cittadini e dall'operato delle forze di polizia.

Tavola 1: Delitti denunciati per i quali l'Autorità giudiziaria ha iniziato l'azione penale.

DELITTI	2002		2003		2004	
	In totale	Di autori ignoti	In totale	Di autori ignoti	In totale	Di autori ignoti
Contro la persona	304.539	143.486	298.864	131.268	306.680	138.640
Contro la vita	12.171	5.127	11.936	5.310	11.497	5.225
Strage	36	25	42	28	24	14
Omicidio volontario consumato	1.460	862	1.507	922	1.548	911
Omicidio volontario tentato	1.601	552	1.576	527	1.542	519
Infanticidio	5	2	6	3	6	1
Omicidio preterintenzionale	80	17	70	32	83	36
Omicidio colposo	8.989	3.669	8.735	3.798	8.294	3.744
Contro l'incolumità e la libertà individuale	244.293	127.881	235.146	113.808	241.732	120.481
Percosse	8.639	2.019	8.085	1.584	7.919	1.536
Lesioni personali volontarie	60.311	19.101	61.467	18.326	62.156	19.474
Lesioni personali colpose	94.871	79.601	81.447	65.417	85.662	70.414
Rissa, abbandono d'incapace, ecc.	6.456	3.357	5.960	2.938	5.953	3.007
Violenza privata, minaccia, ecc.	66.531	20.482	71.389	23.062	73.048	23.595
Violenze sessuali	4.519	1.591	4.528	1.579	4.571	1.625
Atti sessuali con minorenne	784	216	735	177	748	202
Corruzione di minorenne	210	41	191	47	208	55
Pornografia minorile, ecc.	1.972	1.473	1.344	678	1.467	573
Ingiurie e diffamazioni	48.075	10.478	51.782	12.150	53.451	12.934
Contro la famiglia, la moralità pubblica, il buon costume ed il sentimento per gli animali	17.078	1.448	17.338	1.395	18.180	1.679
Contro la famiglia	12.868	358	13.353	371	14.014	452
Violazione obblighi assistenza familiare	7.462	52	7.813	50	8.335	51
Maltrattamenti in famiglia	4.669	202	4.794	199	4.861	255
Bigamia, incesto, ecc.	737	104	746	122	818	146
Contro la moralità pubblica e il buon costume	4.111	1.061	3.856	992	3.854	1.016
Istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	1.702	363	1.585	339	1.485	350
Atti osceni	2.211	642	2.120	602	2.250	622
Pubblicazioni e spettacoli osceni	198	56	151	51	119	44
Contro il sentimento per gli animali (a)	-	-	-	-	200	169
Interruzione della gravidanza	99	29	129	32	112	42
Contro il patrimonio	2.090.240	1.924.792	2.151.097	1.982.648	2.180.151	2.005.193
Furto	1.543.997	1.483.151	1.466.823	1.406.685	1.515.081	1.454.589
Rapina	54.437	44.598	52.107	42.014	55.070	44.557
Estorsione	8.232	3.736	7.953	3.548	8.024	3.471
Sequestro di persona	232	169	235	177	196	142
Danni a cose, animali, terreni, ecc.	299.509	274.077	294.285	269.018	300.352	275.877
Truffa ed altre frodi	183.833	119.061	329.694	261.206	301.428	226.557
Truffa, ecc.	54.229	38.593	208.200	191.374	174.771	151.562
Appropriazione indebita	9.260	2.682	10.376	2.981	11.182	3.457
Ricettazione, ecc.	114.811	74.989	105.460	64.059	109.291	68.440
Insolvenza fraudolenta, ecc.	5.533	2.797	5.658	2.792	6.184	3.098
Contro l'economia e la fede pubblica	248.094	165.988	237.177	153.814	235.095	147.161
Contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio	8.578	1.110	8.130	1.094	8.583	1.173
Frode nell'esercizio del commercio	1.274	184	1.242	176	1.318	187
Vendita sostanze alimentari non genuine	129	28	146	32	139	31
Arbitraria invasione aziende, ecc.	1.256	684	1.249	620	1.386	700
Bancarotta	5.872	211	5.440	264	5.670	254
Emissione di assegni a vuoto (b)	47	3	53	2	70	1
Contro l'incolumità pubblica	73.471	46.986	79.931	54.541	75.932	49.744
di cui: produzione, spaccio di stupefacenti	33.219	9.506	33.455	10.654	33.417	9.815
Contro la fede pubblica	166.045	117.892	149.116	98.179	150.580	96.244
Falsità in monete	36.204	34.840	27.664	25.756	23.861	22.500
Falsità in sigilli	10.056	4.223	12.026	5.450	13.700	7.054
Falsità in atti e persone	119.785	78.829	109.426	66.973	113.019	66.690
Contro lo Stato, le altre istituzioni sociali e l'ordine pubblico	68.330	12.040	69.548	12.057	74.610	12.328
Contro la personalità dello Stato	437	358	681	583	552	444
Contro la pubblica amministrazione	36.533	9.314	36.663	8.954	41.931	9.190
Violenza, resistenza, ecc.	19.526	1.845	20.576	1.581	25.800	1.799
Peculato, malversazione, ecc.	2.142	429	1.958	379	1.988	369
Omissione atti d'ufficio, ecc.	14.865	7.040	14.129	6.994	14.143	7.022
Contro l'amministrazione della giustizia	29.228	1.765	30.128	1.865	30.035	2.016
Contro il sentimento religioso, ecc.	419	287	462	308	480	340
Contro l'ordine pubblico	1.713	316	1.614	347	1.612	338

¹²⁴ Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali, anno 2004*, pg. 19.

di cui: associazione per delinquere	1.183	102	1.127	138	1.093	112
di cui: associazione di tipo mafioso	336	68	270	57	307	64
Altri delitti	113.943	52.692	116.605	53.701	153.878	92.117
TOTALE	2.842.224	2.300.446	2.890.629	2.334.883	2.968.594	2.397.118

La Tavola n. 1¹²⁵ riporta invece i **dati numerici** per le quali l'autorità giudiziaria ha **iniziato l'azione penale**, relativi al triennio 2002 / 2003 / 2004 che vedono i **reati contro il patrimonio**, con un totale di 2.180.151 casi, avere la prevalenza su tutte le altre fattispecie delittuose, con particolare riferimento al **furto** (1.515.081), **danni a cose, animali o terreni** (300.352), **truffa** (174.771), **ricettazione** (109.291). Nei delitti contro la persona, è la fattispecie dei delitti **contro l'incolumità e la libertà individuale** a registrare il maggior numero di casi (241.732). I dati riportano perciò una fotografia chiara degli eventi delittuosi, per come sono distribuiti sia percentualmente che numericamente, lasciando **emergere** chiaramente una **classifica dei reati più commessi**.

Lo stesso triennio viene poi analizzato nella tavola 2¹²⁶, riferito alle **persone denunciate** per le quali l'autorità giudiziaria ha iniziato l'azione penale. I dati in questo caso mostrano un maggior bilanciamento fra le diverse tipologie di reati, e, sebbene i **reati contro il patrimonio** continuano (181.200) ad avere la prevalenza, sempre con particolare riferimento al **furto** (61.201), **danni a cose, animali o terreni** (18.628), **truffa** (20.182), **ricettazione** (50.513), ma anche rapina (13.705), per i **reati contro l'incolumità e la libertà individuale** (89.631), in particolare **lesioni volontarie**¹²⁷ (38.917), **violenza privata** (19.908) e ingiurie e diffamazioni (31.601), e per i **reati contro l'incolumità pubblica**, viene in rilievo la **produzione e lo spaccio di stupefacenti** (43.677) e la **falsità in atti** (29.608).

Il grafico e le due tabelle forniscono perciò un quadro generale delle fattispecie delittuose sotto diversi punti di vista, che consentono una puntuale individuazione degli ambiti nei quali c'è maggior richiesta di tutela difensiva, **suggerendo al legale che voglia specializzarsi nelle indagini difensive** in materia penale, il **terreno** entro il quale **più facilmente** verranno **richiesti** i suoi **servizi** di indagine.

¹²⁵ Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali...*, op. cit., tabella 1.3(2).

¹²⁶ Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali...*, op. cit., tabella 1.4(2).

¹²⁷ Questo dato è stato utilizzato per scegliere il caso teorico utilizzato nell'esempio di attività d'indagine difensiva nella fase delle indagini preliminari finalizzata alla preparazione dell'istruttoria dibattimentale ed alla cross-examination, vedi infra, pg. 56.

Tavola 2 - Persone denunciate per le quali l'Autorità giudiziaria ha iniziato l'azione penale

DELITTI	2002		2003		2004	
	In totale	Di cui minori	In totale	Di cui minori	In totale	Di cui minori
Contro la persona	126.574	3.680	130.382	3.670	132.423	3.792
Contro la vita	12.922	173	10.099	138	11.191	132
Strage	30	-	27	-	20	3
Omicidio volontario consumato	3.006	53	1.836	30	3.365	22
Omicidio volontario tentato	2.601	57	1.682	38	1.653	53
Infanticidio	3	-	2	-	6	1
Omicidio preterintenzionale	123	5	53	6	84	8
Omicidio colposo	7.159	58	6.499	64	6.063	45
Contro l'incolumità e la libertà individuale	90.026	3.254	91.513	3.273	89.631	3.420
Percosse	4.554	62	2.601	40	1.941	45
Lesioni personali volontarie	37.780	1.325	39.712	1.392	38.917	1.490
Lesioni personali colpose	15.999	182	16.534	157	15.933	160
Rissa, abbandono d'incapace, ecc.	8.781	598	8.611	602	8.066	521
Violenza privata, minaccia, ecc.	18.470	772	19.349	737	19.908	790
Violenze sessuali	3.357	254	3.523	268	3.412	337
Atti sessuali con minorenne	293	26	324	50	276	26
Corruzione di minorenne	79	1	84	2	88	3
Pornografia minorile, ecc.	713	34	775	25	1.090	48
Ingiurie e diffamazioni	23.626	253	28.770	259	31.601	240
Contro la famiglia, la moralità pubblica, il buon costume ed il sentimento per gli animali	13.783	81	14.006	83	14.579	92
Contro la famiglia	10.901	50	11.169	43	11.748	42
Violazione obblighi assistenza familiare	6.167	-	6.477	-	6.981	-
Maltrattamenti in famiglia	4.112	40	4.108	36	4.125	30
Bigamia, incesto, ecc.	622	10	584	7	642	12
Contro la moralità pubblica e il buon costume	2.801	31	2.683	40	2.713	50
Istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	1.289	3	1.205	4	1.149	3
Atti osceni	1.445	28	1.443	35	1.514	47
Pubblicazioni e spettacoli osceni	67	-	35	1	50	-
Contro il sentimento per gli animali (a)	-	-	-	-	31	-
Interruzione della gravidanza	81	-	154	-	87	-
Contro il patrimonio	179.562	11.122	176.082	11.680	181.200	12.745
Furto	60.473	6.546	60.207	7.020	61.201	7.523
Rapina	13.285	1.315	13.147	1.303	13.705	1.388
Estorsione	7.474	303	6.151	266	6.398	289
Sequestro di persona	513	1	212	4	370	2
Danni a cose, animali, terreni, ecc.	22.289	1.111	20.109	1.113	18.628	1.150
Truffa ed altre frodi	75.528	1.846	76.256	1.974	80.898	2.393
Truffa, ecc.	15.903	64	14.858	64	20.182	66
Appropriazione indebita	6.013	-	6.717	3	6.946	15
Ricettazione, ecc.	50.874	1.758	51.693	1.879	50.513	2.291
Insolvenza fraudolenta, ecc.	2.738	24	2.988	28	3.257	21
Contro l'economia e la fede pubblica	90.862	2.643	88.502	2.438	90.794	2.445
Contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio	9.749	2	10.057	-	10.265	3
Frode nell'esercizio del commercio	1.106	2	1.096	-	1.168	-
Vendita sostanze alimentari non genuine	65	-	76	-	69	-
Arbitraria invasione aziende, ecc.	289	-	386	-	347	3
Bancarotta	8.247	-	8.447	-	8.613	-
Emissione di assegni a vuoto (b)	42	-	52	-	68	-
Contro l'incolumità pubblica	52.088	1.917	47.959	1.803	46.842	1.791
di cui: produzione, spaccio di stupefacenti	48.881	1.754	44.764	1.670	43.677	1.604
Contro la fede pubblica	29.025	724	30.486	635	33.687	651
Falsità in monete	1.598	52	2.022	44	1.394	37
Falsità in sigilli	2.795	27	2.917	27	2.685	19
Falsità in atti e persone	24.632	645	25.547	564	29.608	595
Contro lo Stato, le altre istituzioni sociali e l'ordine pubblico	65.511	1.112	64.351	1.106	70.073	1.169
Contro la personalità dello Stato	110	18	208	14	193	13
Contro la pubblica amministrazione	32.719	741	30.760	771	36.156	850
Violenza, resistenza, ecc.	17.378	733	18.047	762	23.436	823
Peculato, malversazione, ecc.	3.539	1	2.677	-	3.076	-
Omissione atti d'ufficio, ecc.	11.802	7	10.036	9	9.644	27
Contro l'amministrazione della giustizia	27.521	306	28.246	289	28.005	270
Contro il sentimento religioso, ecc.	90	34	108	9	65	6
Contro l'ordine pubblico	5.071	13	5.029	23	5.654	30
di cui: associazione per delinquere	4.702	9	4.592	15	5.105	11
di cui: associazione di tipo mafioso	321	1	334	4	431	1
Altri delitti	65.215	297	62.964	346	60.706	348
TOTALE	541.507	18.935	536.287	19.323	549.775	20.591

Tavola 3 - Delitti denunciati per i quali l'Autorità giudiziaria ha iniziato l'azione penale e persone denunciate, per regione in cui il delitto fu commesso

REGIONI	2000		2001		2002		2003		2004	
	In totale	Di autori ignoti	In totale	Di autori ignoti	In totale	Di autori ignoti	In totale	Di autori ignoti	In totale	Di autori ignoti
DELITTI DENUNCIATI										
Piemonte	151.303	129.600	242.260	209.318	313.262	274.066	279.550	237.569	273.152	231.231
Valle d'Aosta	3.724	2.927	2.342	1.588	2.642	1.671	3.271	1.818	2.813	1.473
Lombardia	517.161	473.650	501.241	440.991	494.917	430.970	523.144	457.241	646.798	572.486
Trentino- Alto Adige	28.301	23.081	31.419	24.004	28.708	21.244	36.850	28.433	36.714	27.363
Bolzano-Bozen	12.650	10.379	16.007	12.240	14.366	11.018	14.743	10.803	15.234	10.616
Trento	15.651	12.702	15.412	11.764	14.342	10.226	22.107	17.630	21.480	16.747
Veneto	136.094	112.865	135.852	106.607	144.304	114.995	172.129	143.554	140.552	109.063
Friuli- Venezia Giulia	38.451	30.499	43.536	33.422	41.814	28.854	46.976	32.138	42.991	30.898
Liguria	104.625	90.890	113.995	96.995	107.769	87.972	132.532	110.453	113.333	90.887
Emilia- Romagna	136.919	117.120	140.323	112.885	164.914	134.901	144.678	112.312	145.590	108.526
Toscana	151.519	132.424	172.082	138.740	169.482	133.010	165.460	130.058	180.857	147.373
Umbria	36.825	33.718	41.062	35.196	38.837	32.770	36.323	28.434	44.839	36.391
Marche	39.219	29.520	45.785	31.672	41.749	28.003	53.592	38.463	59.469	44.474
Lazio	312.242	275.111	417.334	355.808	351.546	286.366	370.084	297.893	379.188	315.989
Abruzzo	59.234	48.750	58.587	43.569	56.643	39.924	63.265	45.987	64.837	46.495
Molise	9.676	7.894	10.742	7.491	10.956	7.852	12.026	9.474	11.936	8.515
Campania	285.630	246.147	372.764	307.589	350.242	288.498	299.649	240.852	308.412	242.350
Puglia	131.326	103.762	118.382	81.896	130.536	90.011	146.121	107.536	115.935	78.293
Basilicata	14.065	10.435	18.420	11.145	18.316	9.677	17.911	11.671	15.898	10.100
Calabria	77.911	64.629	85.792	63.481	83.895	60.162	84.193	61.894	89.674	62.692
Sicilia	232.207	193.513	244.961	194.037	217.369	171.593	221.036	174.140	218.524	171.089
Sardegna	87.458	73.979	77.346	59.948	69.208	52.880	76.600	59.789	70.397	54.831
ITALIA	2.553.890	2.200.514	2.874.225	2.356.382	2.837.109	2.295.419	2.885.390	2.329.709	2.961.909	2.390.519
Nord- Centro	1.656.383	1.451.405	1.887.231	1.587.226	1.899.944	1.574.822	1.964.589	1.618.366	2.066.296	1.716.154
Mezzogiorno	897.507	749.109	986.994	769.156	937.165	720.597	920.801	711.343	895.613	674.365
Totale (a)	2.563.100	2.208.552	2.879.171	2.360.526	2.842.224	2.300.446	2.890.629	2.334.883	2.968.594	2.397.118
REGIONI	2000		2001		2002		2003		2004	
	In totale	Minori di anni 18	In totale	Minori di anni 18	In totale	Minori di anni 18	In totale	Minori di anni 18	In totale	Minori di anni 18
PERSONE DENUNCIATE										
Piemonte	19.732	1.216	30.275	1.319	35.235	1.041	38.401	1.350	37.810	1.512
Valle d'Aosta	818	22	815	19	949	24	1.242	26	1.222	55
Lombardia	41.037	2.928	59.278	3.356	64.456	3.166	65.149	2.918	71.145	3.859
Trentino- Alto Adige	5.117	327	7.284	369	7.642	427	8.299	408	8.986	460
Bolzano-Bozen	2.291	187	3.733	204	3.564	224	3.843	196	4.439	233
Trento	2.826	140	3.551	165	4.078	203	4.456	212	4.547	227
Veneto	21.507	674	28.136	755	27.692	983	27.512	914	29.919	579
Friuli- Venezia Giulia	7.370	317	9.370	480	12.481	648	13.783	521	11.220	438
Liguria	12.174	550	14.821	602	18.357	1.069	19.548	1.014	20.178	1.259
Emilia- Romagna	18.497	1.001	25.956	1.214	28.157	958	30.227	1.182	34.372	1.036
Toscana	18.560	1.069	32.342	529	35.632	865	34.360	1.633	32.347	1.130
Umbria	2.888	188	5.514	141	6.551	142	7.823	217	8.155	207
Marche	8.831	240	12.909	336	12.541	382	13.854	338	13.613	343
Lazio	36.551	1.804	61.052	2.251	66.069	2.167	69.943	2.000	61.480	2.367
Abruzzo	9.507	259	13.916	287	15.539	343	16.209	342	16.952	392
Molise	1.669	49	3.071	112	3.031	98	2.501	130	3.366	116
Campania	38.783	1.862	65.511	1.727	63.465	1.662	57.996	1.547	64.049	1.674
Puglia	27.094	1.543	36.003	1.697	40.277	1.585	37.298	1.414	37.777	1.506
Basilicata	3.478	75	6.922	216	9.028	164	6.393	150	5.617	116
Calabria	13.809	717	27.714	631	29.457	658	22.454	667	27.862	563
Sicilia	39.023	1.984	55.209	2.068	49.488	1.807	47.577	1.879	48.689	2.218
Sardegna	12.664	710	16.212	856	15.366	745	15.668	672	14.943	758
ITALIA	339.109	17.535	512.310	18.965	541.413	18.934	536.237	19.322	549.702	20.588
Nord- Centro	193.082	10.336	287.752	11.371	315.762	11.872	330.141	12.521	330.447	13.245
Mezzogiorno	146.027	7.199	224.558	7.594	225.651	7.062	206.096	6.801	219.255	7.343
Totale (b)	340.234	17.535	513.112	18.971	541.507	18.935	536.287	19.323	549.775	20.591

La tavola¹²⁸ n. 3, fornisce un quadro della distribuzione territoriale dei delitti per gli anni dal 2000 al 2004, consentendo una “graduatoria” delle regioni a maggiore rischiosità, che, per l’anno 2004 vede:

A. Per i **delitti denunciati** per i quali l’Autorità giudiziaria ha iniziato l’azione penale:

1. **Lombardia**: 646.798 di cui 572.486 di autori ignoti (88,5% del totale);
2. **Lazio**: 379.188 di cui 315.989 di autori ignoti (83,3% del totale);
3. **Campania**: 308.412 di cui 242.350 di autori ignoti (78,6% del totale);
4. **Piemonte**: 273.152 di cui 231.231 di autori ignoti (84,6% del totale);
5. **Sicilia**: 218.524 di cui 171.089 di autori ignoti (78,3% del totale).

A prescindere dalle valutazioni che possono essere fatte, di natura diversa in quanto si tratta di analizzare un sistema complesso dotato di innumerevoli variabili, appare evidente che, percentualmente, Sicilia (78,3%) e Campania (78,6%), vedono un minor numero di autori ignoti rispetto alle altre regioni i cui dati percentuali si catalizzano più in alto (83% - 88%). Va inoltre rilevato il grande distacco numerico fra la **Lombardia** (646.798) e le altre regioni (da 379.188 a 218.524), a significare una **maggiore criminalità “apparente”**, ovverosia la presenza di una maggior **emersione** dei fatti reato mediante le denunce dei cittadini.

B. Per le **persone denunciate**, per regione in cui il delitto fu commesso:

1. **Lombardia**: 71.145 di cui 3.859 ad opera di minori (5,4% del totale);
2. **Campania**: 64.049 di cui 1.674 ad opera di minori (2,6% del totale);
3. **Lazio**: 61.480 di cui 2.367 ad opera di minori (3,9% del totale);
4. **Sicilia**: 48.689 di cui 2.218 ad opera di minori (4,6% del totale).
5. **Piemonte**: 37.810 di cui 1.512 ad opera di minori (4,0% del totale);

Nell’analisi della dei fatti reato per persone denunciate, cambiano drasticamente i rapporti fra le regioni e, seppur mantenendo la leadership, la Lombardia rientra in una finestra numerica che vede le prime quattro regioni abbastanza vicine fra loro. Salgono invece di una posizione sia la Campania (dal 3° al 2° posto) che la Sicilia (dal 5° al 4° posto).

¹²⁸ Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali...*, op. cit., tabella 1.5.

Pur contenendo un significato ridotto per le ragioni esposte nell'aforisma in apertura del capitolo, ovverosia che la **statistica** fotografa generalmente una **realtà solo apparente**, l'analisi della distribuzione territoriale dei delitti mostra, con chiara quantificazione numerica, come le Regioni italiane abbiano una **diversa richiesta della tutela difensiva**.

Per completezza, di seguito si riportano anche le tavole relative alle cinque regioni precedentemente individuate, inerenti la statistica della delittuosità.

Tavola 4 - Delitti in totale e con presunti autori noti, denunciati dalle Forze di polizia all'Autorità giudiziaria per regione del commesso delitto - Anno 2004¹²⁹.

DELITTI	LOMBARDIA			
	Delitti in totale	Delitti con presunti autori noti		
		Riferiti al periodo	Riferiti a periodi precedenti	Totale
Strage	1	-	-	-
Omicidi volontari consumati	91	62	11	73
<i>di cui: a scopo di furto o rapina</i>	3	1	-	1
<i>di cui: di tipo mafioso</i>	1	-	1	1
<i>di cui: a scopo terroristico</i>	-	-	-	-
Tentati omicidi	207	162	7	169
Infanticidi	1	1	1	2
Omicidi preterintenzionali	1	1	1	2
Omicidi colposi	373	268	12	280
<i>di cui: da incidente stradale</i>	340	252	9	261
Percosse	2.019	792	142	934
Lesioni dolose	8.011	3.655	455	4.110
Minacce	8.754	3.732	567	4.299
Sequestri di persona	166	110	11	121
Ingurie	6.775	3.014	609	3.623
Violenze sessuali	696	345	94	439
Atti sessuali con minorenne	71	41	15	56
Corruzione di minorenne	34	20	4	24
Sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	207	142	45	187
Furti	285.978	7.603	391	7.994
Rapine	6.731	1.565	147	1.712
Estorsioni	608	323	87	410
Danneggiamenti	59.904	2.222	180	2.402
Truffe e frodi informatiche	11.168	1.477	629	2.106
Ricettazione	4.375	3.601	268	3.869
Usura	38	18	17	35
Incendi	1.405	94	10	104
<i>di cui: incendi boschivi</i>	157	12	1	13
Danneggiamento seguito da incendio	609	44	5	49
Normativa sugli stupefacenti	4.648	4.161	216	4.377
Attentati	54	7	-	7
Associazione per delinquere	305	228	63	291
Associazione di tipo mafioso	5	2	1	3
Altri delitti	44.366	26.485	3.803	30.288
TOTALE DELITTI	447.601	60.175	7.791	67.966

¹²⁹ Di seguito si riporta la nota dell'Istat in relazione alle presenti cinque tabelle che seguono, dalla n. 4 alla n. 8:

“I dati relativi ai delitti denunciati nell'anno 2004 non sono omogenei rispetto a quelli degli anni precedenti, per profonde modificazioni nel sistema di rilevazione, nonché per variazioni nell'universo di rilevazione: dal 2004 vengono infatti considerati, oltre ai delitti denunciati all'Autorità giudiziaria da Polizia di Stato, Arma dei carabinieri e Guardia di finanza (che alimentavano il modello cartaceo 165 in uso fino all'anno 2003), anche quelli denunciati dal Corpo forestale dello Stato, dalla Polizia penitenziaria, dalla Direzione investigativa antimafia e da altri uffici (Servizio Interpol, Guardia costiera, Polizia venatoria ed altre Polizie locali). Ulteriori differenze derivano da una diversa definizione di alcune tipologie di delitto e da una più esatta determinazione del periodo e del luogo del commesso delitto. Per tali ragioni, ogni analisi in ottica di confronto deve essere improntata ad una estrema prudenza. La somma dei delitti distinti per regione può non coincidere con il totale Italia, a causa della mancata precisazione, per alcuni delitti, del luogo ove sono stati commessi”.

Tavola 5 - Delitti in totale e con presunti autori noti, denunciati dalle Forze di polizia all'Autorità giudiziaria per regione del commesso delitto - Anno 2004.

DELITTI	CAMPANIA			
	Delitti in totale	Delitti con presunti autori noti		Totale
		Riferiti al periodo	Riferiti a periodi precedenti	
Strage	4	3	-	3
Omicidi volontari consumati	178	40	21	61
<i>di cui: a scopo di furto o rapina</i>	3	-	-	-
<i>di cui: di tipo mafioso</i>	99	6	15	21
<i>di cui: a scopo terroristico</i>	-	-	-	-
Tentati omicidi	178	117	7	124
Infanticidi	3	2	-	2
Omicidi preterintenzionali	11	8	1	9
Omicidi colposi	133	104	4	108
<i>di cui: da incidente stradale</i>	102	85	2	87
Percosse	734	220	22	242
Lesioni dolose	3.772	1.468	119	1.587
Minacce	4.169	1.298	127	1.425
Sequestri di persona	132	52	6	58
Ingurie	2.364	802	119	921
Violenze sessuali	235	152	25	177
Atti sessuali con minorenne	29	20	5	25
Corruzione di minorenne	6	1	1	2
Sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	83	75	6	81
Furti	114.571	2.623	99	2.722
Rapine	15.860	986	49	1.035
Estorsioni	908	564	84	648
Danneggiamenti	10.165	692	48	740
Truffe e frodi informatiche	6.530	830	252	1.082
Ricettazione	5.205	4.358	197	4.555
Usura	46	26	16	42
Incendi	1.306	62	1	63
<i>di cui: incendi boschivi</i>	351	10	-	10
Danneggiamento seguito da incendio	408	28	1	29
Normativa sugli stupefacenti	2.377	2.124	61	2.185
Attentati	87	16	-	16
Associazione per delinquere	131	94	47	141
Associazione di tipo mafioso	25	17	14	31
Altri delitti	28.505	18.497	1.398	19.895
TOTALE DELITTI	198.155	35.279	2.730	38.009

Tavola 6 - Delitti in totale e con presunti autori noti, denunciati dalle Forze di polizia all'Autorità giudiziaria per regione del commesso delitto - Anno 2004.

DELITTI	LAZIO			
	Delitti in totale	Delitti con presunti autori noti		Totale
		Riferiti al periodo	Riferiti a periodi precedenti	
Strage	1	1	-	1
Omicidi volontari consumati	43	29	-	29
<i>di cui: a scopo di furto o rapina</i>	3	2	-	2
<i>di cui: di tipo mafioso</i>	-	-	-	-
<i>di cui: a scopo terroristico</i>	-	-	-	-
Tentati omicidi	121	101	3	104
Infanticidi	-	-	-	-
Omicidi preterintenzionali	11	9	1	10
Omicidi colposi	183	146	6	152
<i>di cui: da incidente stradale</i>	156	132	2	134
Percosse	524	206	53	259
Lesioni dolose	3.443	1.880	285	2.165
Minacce	3.487	1.525	314	1.839
Sequestri di persona	115	82	13	95
Ingurie	2.434	1.121	307	1.428
Violenze sessuali	296	179	24	203
Atti sessuali con minorenne	46	35	7	42
Corruzione di minorenne	10	5	1	6
Sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	120	93	17	110
Furti	182.015	5.321	175	5.496
Rapine	3.650	1.154	43	1.197
Estorsioni	410	268	31	299
Danneggiamenti	17.461	958	97	1.055
Truffe e frodi informatiche	4.560	918	394	1.312
Ricettazione	3.148	2.689	181	2.870
Usura	45	35	13	48
Incendi	877	65	5	70
<i>di cui: incendi boschivi</i>	334	17	1	18
Danneggiamento seguito da incendio	321	15	-	15
Normativa sugli stupefacenti	3.420	2.899	60	2.959
Attentati	17	6	-	6
Associazione per delinquere	134	103	42	145
Associazione di tipo mafioso	2	2	2	4
Altri delitti	29.505	17.446	1.854	19.300

TOTALE DELITTI **256.399** **37.291** **3.928** **41.219**

Tavola 7 - Delitti in totale e con presunti autori noti, denunciati dalle Forze di polizia all'Autorità giudiziaria per regione del commesso delitto - Anno 2004.

DELITTI	SICILIA			
	Delitti in totale	Delitti con presunti autori noti		Totale
		Riferiti al periodo	Riferiti a periodi prec	
Strage	5	3	-	3
Omicidi volontari consumati	65	29	29	58
<i>di cui: a scopo di furto o rapina</i>	-	-	1	1
<i>di cui: di tipo mafioso</i>	8	-	20	20
<i>di cui: a scopo terroristico</i>	-	-	-	-
Tentati omicidi	155	120	17	137
Infanticidi	-	-	-	-
Omicidi preterintenzionali	5	4	-	4
Omicidi colposi	109	75	3	78
<i>di cui: da incidente stradale</i>	73	52	2	54
Percosse	730	297	49	346
Lesioni dolose	3.498	1.716	186	1.902
Minacce	5.018	2.093	253	2.346
Sequestri di persona	113	62	5	67
Ingurie	3.047	1.430	226	1.656
Violenze sessuali	310	197	27	224
Atti sessuali con minorenne	54	36	7	43
Corruzione di minorenne	12	7	2	9
Sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	66	50	18	68
Furti	94.106	2.688	206	2.894
Rapine	4.030	631	85	716
Estorsioni	628	293	88	381
Danneggiamenti	16.663	1.115	111	1.226
Truffe e frodi informatiche	4.905	986	547	1.533
Ricettazione	2.342	1.881	292	2.173
Usura	42	24	21	45
Incendi	1.216	95	15	110
<i>di cui: incendi boschivi</i>	17	8	1	9
Danneggiamento seguito da incendio	1.986	96	18	114
Normativa sugli stupefacenti	2.217	1.972	113	2.085
Attentati	31	9	-	9
Associazione per delinquere	133	93	61	154
Associazione di tipo mafioso	44	27	30	57
Altri delitti	23.092	14.129	2.592	16.721
TOTALE DELITTI	164.622	30.158	5.001	35.159

Tavola 8 - Delitti in totale e con presunti autori noti, denunciati dalle Forze di polizia all'Autorità giudiziaria per regione del commesso delitto - Anno 2004.

DELITTI	PIEMONTE			
	Delitti in totale	Delitti con presunti autori noti		Totale
		Riferiti al periodo	Riferiti a periodi prec	
Strage	1	1	-	1
Omicidi volontari consumati	34	28	2	30
<i>di cui: a scopo di furto o rapina</i>	1	1	-	1
<i>di cui: di tipo mafioso</i>	1	1	-	1
<i>di cui: a scopo terroristico</i>	-	-	-	-
Tentati omicidi	84	72	5	77
Infanticidi	-	-	-	-
Omicidi preterintenzionali	1	1	-	1
Omicidi colposi	134	99	5	104
<i>di cui: da incidente stradale</i>	116	86	4	90
Percosse	1.115	514	88	602
Lesioni dolose	4.820	2.606	295	2.901
Minacce	5.588	2.733	385	3.118
Sequestri di persona	101	48	7	55
Ingurie	4.527	2.355	438	2.793
Violenze sessuali	316	173	33	206
Atti sessuali con minorenne	30	25	6	31
Corruzione di minorenne	20	11	2	13
Sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	161	114	25	139
Furti	124.057	3.793	248	4.041
Rapine	3.860	847	86	933
Estorsioni	392	223	46	269
Danneggiamenti	35.152	1.308	125	1.433
Truffe e frodi informatiche	5.462	922	476	1.398
Ricettazione	1.747	1.405	148	1.553
Usura	30	13	7	20
Incendi	670	73	6	79
<i>di cui: incendi boschivi</i>	90	20	2	22
Danneggiamento seguito da incendio	617	36	3	39
Normativa sugli stupefacenti	2.572	2.225	57	2.282
Attentati	71	2	-	2
Associazione per delinquere	70	50	36	86
Associazione di tipo mafioso	-	-	-	-
Altri delitti	21.651	12.825	2.225	15.050

TOTALE DELITTI	213.283	32.502	4.754	37.256
----------------	---------	--------	-------	--------

Ultime due tavole dedicate alla materia dei soggetti condannati e denunciati, sono la:

- A. nr. 9¹³⁰, che mostra la distribuzione delle condanne distinte per sesso, grado del giudizio e, per pena inflitta. Quest'ultimo dato nell'individuare la severità delle pena inflitta, fotografa un numero particolarmente alto di multe (82.673) ed un **picco** di condanne alla pena detentiva (47.640), per la **fascia fra i 3 e 6 anni**;

Tavola 9 – Condannati secondo alcuni caratteri

CARATTERI	2000	2001	2002	2003	2004
Totale	308.300	239.174	221.190	219.679	239.391
SESSO					
Maschi	251.451	204.808	189.310	188.842	206.938
Femmine	56.849	34.366	31.880	30.837	32.453
GRADO DEL GIUDIZIO					
Primo grado	264.811	194.559	174.392	176.545	191.568
Appello	43.489	44.615	46.798	43.134	47.823
PENA INFLITTA					
Sola multa	120.785	76.559	70.032	75.014	82.673
Reclusione	187.515	162.615	151.158	144.665	156.718
Mesi: fino a 1	12.482	9.583	6.973	6.403	5.621
1-3	42.665	29.204	23.653	22.890	23.606
3-6	65.272	46.917	44.172	43.727	47.640
6-12	32.567	36.214	35.336	33.454	36.681
Anni: 1-2	23.214	26.993	26.176	24.891	27.280
2-3	4.501	5.148	5.593	4.905	6.160
3-5	3.922	4.894	5.144	4.672	5.944
5-10	2.046	2.594	2.873	2.561	2.569
Oltre 10	846	1.068	1.238	1.162	1.217

- B. nr. 10¹³¹, che distingue i condannati per tipo di delitto. Nuovamente, volendo stilare una “graduatoria” del numero di condanne distinte per tipo di delitto, per l'anno 2004 si vede:

1. **Furto** (36.774);
2. **Spaccio di stupefacenti** (24.200)
3. **Ricettazione** (21.854);
4. **Falsità in atti e persone** (11.652);
5. **Violenza privata, minaccia, ecc.** (9.552);

¹³⁰ Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali...*, op. cit., tabella 1.6.

¹³¹ Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali...*, op. cit., tabella 1.7.

L'analisi dei dati numerici totali mostra una diminuzione a partire dall'anno 2000, con 308.300 condanne, ad una media, per gli anni dal 2001 al 2004, di 220.858 condanne, che vede una **diminuzione del 25,4%**.

Questo **dato parrebbe rassicurante** ma lo studio dei singoli casi mette subito in evidenza il salto che subiscono:

1. i **delitti contro la persona**, che nel loro totale che passano da 24.456 condanne dell'anno 2000, ad una media di 34.794 condanne per gli anni dal 2001 al 2004, con un **improvviso aumento** percentuale del **46,7%**, **denotando un forte aumento della criminalità** in questa fascia criminale;
2. i **delitti contro l'economia e la fede pubblica**, che, viceversa, nel loro totale passano dal 110.787 condanne dell'anno 2000, ad una media di 41.246 condanne per gli anni dal 2001 al 2004, con **improvviso decremento percentuale** del **62,8%**, che trova il suo baricentro nella depenalizzazione del reato di emissione di assegni a vuoto, attuato con D.Lgs. 507/99, che ha comportato il passaggio dalle 74.393 condanne dell'anno 2000, ad una sostanziale scomparsa del delitto con condanne residuali;

lasciando praticamente invariati i dati relativi gli altri delitti.

In buona sostanza, i **dati nel loro complesso** rappresentano una **realtà criminosa in forte crescita**, limitata statisticamente solo dalla depenalizzazione del reato di emissione di assegni a vuoto.

Tavola 10 - Condannati per tipo di delitto.

DELITTI	2000	2001	2002	2003	2004
Contro la persona	24.456	33.004	35.811	35.566	35.879
Contro la vita	4.389	5.619	5.483	4.748	4.721
Strage	26	14	64	31	30
Omicidio volontario consumato	550	711	789	820	866
Omicidio volontario tentato	294	374	331	340	385
Infanticidio	1	4	6	2	1
Omicidio preterintenzionale	45	44	48	38	46
Omicidio colposo	3.473	4.472	4.245	3.517	3.393
Contro l'incolumità e la libertà individuale	18.561	24.392	26.448	27.069	27.596
Percosse	257	491	542	601	541
Lesioni personali volontarie	4.659	6.466	7.093	7.637	8.019
Lesioni personali colpose	3.126	4.441	4.632	4.288	4.118
Rissa, abbandono d'incapace, ecc.	3.665	3.439	3.140	3.248	3.226
Violenza privata, minaccia, ecc.	5.563	8.012	9.367	9.528	9.552
Violenze sessuali	1.156	1.312	1.366	1.339	1.530
Atti sessuali con minorenne	102	126	156	139	180
Corruzione di minorenne	33	44	45	62	43
Pornografia minorile, ecc.	.	61	107	227	387
Ingiurie e diffamazioni	1.506	2.993	3.880	3.749	3.562
Contro la famiglia, la moralità ed il buon costume	5.848	6.541	6.045	5.782	6.196
Contro la famiglia	3.048	3.804	3.984	3.829	4.021
Violazione obblighi assistenza familiare	2.048	2.467	2.663	2.452	2.582
Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli	896	1.244	1.216	1.257	1.298
Bigamia, incesto, ecc.	104	93	105	120	141
Contro la moralità e il buon costume	2.773	2.711	2.027	1.939	2.149
Istigazione, sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione	758	1.000	842	791	975
Atti osceni	1.945	1.661	1.137	1.122	1.144
Pubblicazioni e spettacoli osceni	70	50	48	26	30
Interruzione della gravidanza	27	26	34	14	26
Contro il patrimonio	97.756	90.758	80.640	76.670	83.421
Furto	55.850	45.629	36.996	34.726	36.774
Rapina	6.970	7.624	7.089	6.910	7.632
Estorsione	2.140	1.991	2.120	1.850	2.140
Sequestro di persona a scopo di estorsione	24	41	40	80	40
Danni a cose, animali, terreni, ecc.	10.594	10.180	9.470	8.332	8.546
Truffa ed altre frodi	22.178	25.293	24.925	24.772	28.289
Truffa, ecc.	4.137	3.845	3.868	3.574	3.573
Appropriazione indebita	1.552	1.562	1.690	1.751	1.905
Ricettazione, ecc.	15.597	18.707	18.301	18.543	21.854
Insolvenza fraudolenta, ecc.	892	1.179	1.066	904	957
Contro l'economia e la fede pubblica	110.787	42.783	39.130	38.539	44.532
Contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio	80.061	5.765	5.354	4.973	4.994
Frode nell'esercizio del commercio	1.292	893	718	770	677
Vendita sostanze alimentari non genuine	75	69	70	60	40
Arbitraria invasione di aziende, ecc.	177	180	173	160	146
Bancarotta	4.124	4.522	4.314	3.927	4.080
Emissione assegni a vuoto	74.393	101	79	56	51
Contro l'incolumità pubblica	18.680	24.506	22.305	22.027	25.208
di cui: produzione, spaccio di stupefacenti	17.849	23.538	21.286	21.042	24.200
Contro la fede pubblica	12.046	12.512	11.471	11.539	14.330
Falsità in monete	2.182	1.444	1.223	1.139	926
Falsità in sigilli	1.653	1.732	1.440	1.442	1.752
Falsità in atti e persone	8.211	9.336	8.808	8.958	11.652
Contro lo Stato, le altre istituzioni sociali e l'ordine pubblico	32.688	25.158	26.531	26.745	28.245
Contro la personalità dello Stato	21	31	22	5	28
Contro la pubblica amministrazione	23.540	14.805	14.835	15.141	15.439
Violenza, resistenza, ecc.	6.866	8.973	8.805	10.101	10.928
Peculato, malversazione, ecc.	1.086	946	760	853	802
Omissione di atti d'ufficio, ecc.	9.518	4.886	5.270	4.187	3.709
Contro l'amministrazione della giustizia	7.994	9.278	10.461	10.343	11.329
Contro il sentimento religioso, ecc.	34	32	39	38	34
Contro l'ordine pubblico	1.099	1.012	1.174	1.218	1.415
di cui: associazione per delinquere	636	635	576	677	845
di cui: associazione di tipo mafioso	452	362	573	535	540
Altri delitti	36.765	40.930	33.033	36.377	41.118
TOTALE	308.300	239.174	221.190	219.679	239.391

Come anticipato in premessa al capitolo, la **ricerca** si è soffermata brevemente anche **nell'analizzare** i **dati** inerenti la **statistica processuale penale**, con la quale si **chiude** la **parentesi** dedicata ai **numeri** della **criminalità** presente in Italia.

I dati riportati dall'Istat forniscono un quadro generale **dell'insieme** dei **procedimenti** attraverso i quali si svolge l'attività degli organi della giustizia penale.

Le due tavole di seguito esposte, pongono in luce il movimento dei procedimenti sopravvenuti, esauriti e pendenti presso l'Autorità giudiziaria, distinti per distretti di Corte di Appello.

Tavola 11 - Statistica processuale penale¹³².

DISTRETTI DI CORTE DI APPELLO	Procura della Repubblica								Attività del Pm davanti al giudice di pace
	Totale	Procura				Di cui Direzione distrettuale antimafia			
		Totale	Di cui noti	Di cui ignoti	Di cui atti non costituenti notizia di reato(a)	Totale	Di cui noti	Di cui ignoti	
SOPRAVVENUTI									
Torino	324.425	304.748	76.334	211.878	16.536	43	39	4	19.677
Milano	389.507	364.864	110.209	238.041	16.614	233	202	31	24.643
Brescia	112.763	99.650	52.698	40.897	6.055	62	55	7	13.113
Trento	34.770	31.702	14.921	15.294	1.487	35	32	3	3.068
Bolzano (Sez.)	24.701	23.459	10.913	11.351	1.195	-	-	-	1.242
Venezia	143.825	126.603	81.459	34.332	10.812	72	59	13	17.222
Trieste	68.820	56.606	29.540	23.900	3.166	56	54	2	12.214
Genova	155.170	139.724	40.938	84.960	13.826	129	111	18	15.446
Bologna	207.784	187.185	77.938	94.491	14.756	93	76	17	20.599
Firenze	203.098	187.646	75.306	91.863	20.477	71	61	10	15.452
Perugia	68.156	62.139	19.511	35.638	6.990	40	24	16	6.017
Ancona	69.198	57.186	34.195	18.962	4.029	14	12	2	12.012
Roma	415.567	392.215	118.677	247.160	26.378	187	159	28	23.352
L'Aquila	100.306	86.806	41.704	39.365	5.737	53	52	1	13.500
Campobasso	21.475	19.008	8.621	8.484	1.903	30	26	4	2.467
Napoli	332.305	311.833	114.825	159.041	37.967	1.246	850	396	20.472
Salerno	71.385	67.357	23.150	34.137	10.070	352	294	58	4.028
Bari	117.423	106.197	50.218	49.510	6.469	301	264	37	11.226
Lecce	41.746	37.008	18.141	12.320	6.547	232	220	12	4.738
Taranto (Sez.)	27.414	23.479	12.315	7.418	3.746	-	-	-	3.935
Potenza	31.474	26.437	13.526	9.515	3.396	77	70	7	5.037
Catanzaro	103.395	91.465	34.804	40.711	15.950	322	223	99	11.930
Reggio di Calabria	44.452	41.538	17.743	15.895	7.900	274	208	66	2.914
Palermo	108.353	102.059	36.905	43.055	22.099	437	378	59	6.294
Messina	45.344	42.584	18.520	18.657	5.407	205	159	46	2.760
Caltanissetta	31.422	29.407	8.226	12.814	8.367	468	332	136	2.015
Catania	93.120	85.761	38.134	31.747	15.880	319	247	72	7.359
Cagliari	62.463	56.563	16.516	34.947	5.100	138	133	5	5.900
Sassari (Sez.)	40.256	36.774	13.646	19.057	4.071	-	-	-	3.482
Italia	3.490.117	3.198.003	1.209.633	1.685.440	302.930	5.489	4.340	1.149	292.114

¹³² Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali...*, op. cit., tabella 2.1

Tavola 11.1 - Statistica processuale penale¹³³ (segue)

DISTRETTI DI CORTE DI APPELLO	Procura della Repubblica								
	Totale	Procura			Di cui Direzione distrettuale antimafia			Attività del Pm davanti al giudice di pace	
		Totale	Di cui noti	Di cui ignoti	Di cui atti non costituenti notizia di reato(a)	Totale	Di cui noti		Di cui ignoti
ESAUIRITI									
Torino	273.746	253.130	87.877	149.338	15.915	57	55	2	20.616
Milano	340.590	320.904	137.083	161.737	22.084	188	160	28	19.686
Brescia	120.795	108.448	53.825	49.574	5.049	61	57	4	12.347
Trento	37.548	33.673	16.759	15.102	1.812	55	53	2	3.875
Bolzano (Sez.)	23.259	21.315	10.971	9.168	1.176	-	-	-	1.944
Venezia	137.973	124.125	83.916	30.763	9.446	63	56	7	13.848
Trieste	66.468	56.989	29.551	23.961	3.477	58	54	4	9.479
Genova	162.169	146.368	47.749	86.019	12.600	127	109	18	15.801
Bologna	220.685	202.144	83.967	103.918	14.259	73	63	10	18.541
Firenze	212.203	196.994	82.698	94.424	19.872	106	89	17	15.209
Perugia	69.648	65.397	19.727	36.817	8.853	20	12	8	4.251
Ancona	67.846	56.221	31.384	21.172	3.665	18	17	1	11.625
Roma	423.674	404.485	127.811	249.103	27.571	176	154	22	19.189
L'Aquila	101.949	88.789	43.537	39.664	5.588	53	52	1	13.160
Campobasso	20.673	18.278	7.860	8.582	1.836	36	31	5	2.395
Napoli	335.723	318.950	133.505	148.981	36.464	1.038	776	262	16.773
Salerno	80.909	77.414	29.912	38.726	8.776	319	256	63	3.495
Bari	105.378	95.904	43.633	47.718	4.553	228	189	39	9.474
Lecce	40.182	36.723	19.621	10.722	6.380	151	141	10	3.459
Taranto (Sez.)	29.720	25.860	14.206	7.739	3.915	-	-	-	3.860
Potenza	33.371	28.741	14.890	10.070	3.781	64	61	3	4.630
Catanzaro	102.234	91.729	35.799	40.178	15.752	417	291	126	10.505
Reggio di Calabria	43.482	40.868	17.660	13.440	9.768	233	169	64	2.614
Palermo	107.164	102.385	38.840	43.064	20.481	406	349	57	4.779
Messina	40.892	38.669	15.439	18.081	5.149	167	142	25	2.223
Caltanissetta	32.615	30.651	7.836	14.366	8.449	366	241	125	1.964
Catania	93.786	87.302	40.590	31.579	15.133	408	268	140	6.484
Cagliari	59.173	54.587	17.301	31.920	5.366	152	145	7	4.586
Sassari (Sez.)	37.881	34.351	12.399	17.901	4.051	-	-	-	3.530
Italia	3.421.736	3.161.394	1.306.346	1.553.827	301.221	5.040	3.990	1.050	260.342
PENDENTI A FINE ANNO									
Torino	371.236	359.122	114.721	234.534	9.867	75	68	7	12.114
Milano	352.419	329.751	158.505	162.786	8.460	314	289	25	22.668
Brescia	129.682	116.644	78.912	32.684	5.048	164	148	16	13.038
Trento	18.281	15.542	7.409	7.253	880	22	21	1	2.739
Bolzano (Sez.)	9.237	8.843	3.275	5.252	316	-	-	-	394
Venezia	158.204	136.982	101.895	26.150	8.937	235	214	21	21.222
Trieste	49.081	42.217	28.401	11.793	2.023	41	40	1	6.864
Genova	120.200	109.827	56.013	43.620	10.194	115	85	30	10.373
Bologna	210.271	190.137	127.911	55.440	6.786	137	114	23	20.134
Firenze	163.740	151.443	96.382	43.172	11.889	92	79	13	12.297
Perugia	53.616	49.348	21.690	20.780	6.878	106	82	24	4.268
Ancona	43.655	36.620	23.660	10.958	2.002	24	23	1	7.035
Roma	257.629	240.377	146.059	81.002	13.316	194	169	25	17.252
L'Aquila	37.363	33.779	23.836	9.007	936	15	15	-	3.584
Campobasso	11.074	10.134	6.893	2.378	863	16	14	2	940
Napoli	541.243	520.580	311.403	155.846	53.331	1.786	1.264	522	20.663
Salerno	84.997	81.948	46.136	20.470	15.342	383	327	56	3.049
Bari	216.899	207.335	158.529	39.460	9.346	401	350	51	9.564
Lecce	40.210	35.534	24.276	8.683	2.575	275	254	21	4.676
Taranto (Sez.)	14.983	13.047	8.301	3.169	1.577	-	-	-	1.936
Potenza	19.437	17.535	11.382	4.068	2.085	134	123	11	1.902
Catanzaro	98.098	91.454	48.587	37.761	5.106	586	407	179	6.644
Reggio di Calabria	28.604	27.201	16.042	8.470	2.689	318	222	96	1.403
Palermo	74.194	69.164	39.144	21.897	8.123	507	415	92	5.030
Messina	28.462	25.994	14.474	9.905	1.615	229	194	35	2.468
Caltanissetta	12.883	12.158	5.630	4.398	2.130	359	313	46	725
Catania	93.595	88.240	52.758	26.887	8.595	502	388	114	5.355
Cagliari	49.384	43.931	18.929	22.319	2.683	130	107	23	5.453
Sassari (Sez.)	28.069	26.021	14.665	9.996	1.360	-	-	-	2.048
Italia	3.316.746	3.090.908	1.765.818	1.120.138	204.952	7.160	5.725	1.435	225.838

¹³³ Cfr. Istat, *Statistiche giudiziari Penali...*, op. cit., tabella 2.1b

La verifica dei distretti che soffrono un maggiore carico di procedimenti, può essere così riassunto:

1. **Roma**, con 415.567 procedimenti sopravvenuti e 423.674 procedimenti esauriti;
2. **Milano**, con 389.507 procedimenti sopravvenuti e 340.590, procedimenti esauriti;
3. **Napoli**, con 332.305 procedimenti sopravvenuti, 335.723 e procedimenti esauriti;
4. **Torino**, con 324.425 procedimenti sopravvenuti e 273.746 procedimenti esauriti;
5. **Bologna**, con 207.784 procedimenti sopravvenuti e 220.685 procedimenti esauriti.

Qualche cambiamento nelle posizioni si rileva andando ad esaminare quali distretti riportano un maggior carico di procedimenti pendenti a fine anno:

1. **Napoli**, con 541.243 procedimenti pendenti, passa dalla 3° posizione delle precedente graduatoria, al primo posto con un “vantaggio” del 45,7% rispetto al distretto di Torino
2. **Torino**, con 371.236 procedimenti pendenti, anche Torino mostra un maggior carico di pendenze;
3. **Milano**, con 352.419 procedimenti pendenti;
4. **Roma**, con 257.629 procedimenti pendenti;
5. **Bari**, con 216.899 procedimenti pendenti prende il posto di Bologna.

In definitiva, il quadro complessivo fornito delinea il **panorama** della **richiesta di tutela legale** secondo i diversi criteri sopra riportati, al fine di **individuare** le **aree territoriali** ed i **settori** ove meglio si può **esprimere** il **potenziale** delle **indagini difensive**.

Sarà infatti molto diverso esercitare indagini difensive in un caso di **lesioni personali volontarie** in una regione del **nord Italia**, ove potranno facilmente essere delegate ad una **agenzia investigativa** le indagini mirate a reperire testimoni ed assumerne la **testimonianza** a verbale, dal medesimo evento criminoso in una Regione del **Mezzogiorno**, magari in una località ad alto indice di mafiosità, ove tale tecnica risulterebbe un’arma spuntata ed alla quale una **confessione** dell’autore del reato **registrata** da un suo interlocutore diretto (ad esempio dalla stessa parte offesa dal reato, se ne ricorrono le condizioni perché magari le parti si conoscono e

l'episodio è ricorrente, come spesso accade), ed utilizzata processualmente come prova documentale¹³⁴ ex art. 234¹³⁵ del c.p.p., potrebbe risultare più efficace.

A parere dello scrivente, il *quid pluris* delle indagini difensive fornito dagli strumenti processuali penali a disposizione, offre una **maggiore “resistenza”** agli **attacchi dell'accusa**, **maggiori spazi** per addivenire ad una **soluzione favorevole** per i soggetti **assistiti** da una **tutela legale dinamica** e, conseguentemente, può portare ad una **riduzione** del **numero di condanne**.

¹³⁴ Cfr. CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 335 e s

¹³⁵ **Art. 234 del c.p.p. Prova documentale.**

1. È consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo.

2. Quando l'originale di un documento del quale occorre far uso è per qualsiasi causa distrutto, smarrito o sottratto e non è possibile recuperarlo, può esserne acquisita copia.

3. È vietata [191] l'acquisizione di documenti che contengono informazioni sulle voci correnti nel pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel processo o sulla moralità in generale delle parti, dei testimoni, dei consulenti tecnici e dei periti [195, 203, 240].

INVESTIGAZIONI DIFENSIVE E DEONTOLOGIA DEL DIFENSORE

“Un uomo non dovrebbe mai vergognarsi di confessare di avere torto; che poi è come dire, in altre parole, che oggi è più saggio di quanto non fosse ieri.”

Jonathan Swift

Anche all’osservatore meno attento non può sfuggire come una **ricerca** in tema di **indagini** difensive, sia **strettamente collegata** al tema della **deontologia** del difensore.

In virtù degli spazi normativi concessi alla tutela dinamica e dei quali si è scritto sinora, il **sottile confine** che separa l’agire **lecito** da comportamenti **illeciti**, quella che possiamo definire “**zona grigia**”, nella quale una **parola in più** può avere **rilevanza** di natura **penale** per il difensore, è senza dubbio alcuno ben **illuminata** da un gruppo di **regole deontologiche**, i cui principali riferimenti sono:

1. **Regole di comportamento del penalista** nelle investigazioni difensive, nell’elaborazione dell’Unione delle Camere Penali Italiane, vedi infra, pg. 108;
2. **Codice deontologico forense**, del quale sono stati estratti solo gli articoli rilevanti, vedi infra, pg. 117;
3. **Codice di deontologia** e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuato per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, vedi infra, pg. 134.

Il **denominatore comune** di tali testi è ravvisabile nell’analisi delle regole che indirizzano il **comportamento** del professionista in un costante **rapporto** e **raffronto** con l’esame delle **norme** che attribuiscono al medesimo la **facoltà** di compiere attività di investigazione difensiva.

Va subito precisato come i **codici deontologici non** costituiscono **fonte** del **diritto** in quanto **non** possiedono la **forza cogente** tipica degli atti normativi e pertanto **non** sono in **grado** di **innovare l’ordinamento** giuridico. Essi si **traducono** in **canoni** di natura **etica**, adatti ad ad orientare il comportamento professionale e l’attività dei soggetti destinatari la cui **violazione** rileva esclusivamente in sede **disciplinare**.

Attesa la loro **inidoneità a creare diritto**, essi rilevano in relazione a due elementi:

1. la **delicatezza** della **materia**, come anticipato;
2. ad un **corpus normativo** che per lungo tempo è **stato assente** o a **macchia di leopardo**, a causa di un **legislatore** che in materia di facoltà investigative del difensore ha adottato **interventi** normativi a **singhiozzo**, lasciando spazi ed interrogativi aperti all'etica del professionista, oggi finalmente integrati della legge n. 397/2000.

A giustificazione della rilevanza attribuita ai codici deontologici, si pensi che si osservi, ad esempio, come:

1. l'art. **327-bis**, comma 1, **c.p.p.** definisca il compimento di attività di investigazione difensiva in termini di **facoltà**: ovvero secondo le norme processuali il difensore è libero di scegliere se effettuare simili indagini, non essendovi obbligato da alcuna norma.
2. l'art. 3, delle **Regole di comportamento del penalista**¹³⁶ nelle investigazioni difensive, nell'elaborazione dell'Unione delle Camere Penali Italiane, intitolato «*Dovere di valutazione*», che recita: «*Il difensore, fin dal momento dell'incarico e successivamente fino alla sua conclusione, ha il dovere di valutare, in relazione alle esigenze e agli obiettivi della difesa, la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni ...*», introducendo un vero e proprio capovolgimento di prospettiva.

Ne consegue che mentre il **diritto processuale attribuisce** al **difensore** una **facoltà**, le **norme deontologiche** gli **impongono quale dovere** quello stesso comportamento.

Sebbene la regola citata tratta del **dovere di valutazione** in merito al compimento o meno di attività di indagine, qualora tale **valutazione** sia stata **positiva**, essa **deve considerarsi** un vero e proprio **dovere di effettuazione** delle indagini ritenute necessarie.

Si badi bene infatti come il dovere di valutazione abbia un duplice scopo:

1. **presentare in giudizio** gli elementi di **prova** raccolti;
2. **preparare la strategia difensiva, indipendentemente** dalla loro **effettiva** utilizzazione nel corso del procedimento.

Prima di introdurre i codici, che sono stati e verranno utilizzati nella presente ricerca come riferimento per il testo e per le note, va infine messo in evidenza come

¹³⁶ Vedasi infra, nel capitolo successivo dedicato a tali regole.

i **rapporti intercorrenti** tra i due sistemi di norme, codicistiche da un lato e deontologiche dall'altro, sia in un senza dubbio **biunivoco**.

Non è possibile infatti riferirsi alle **norme deontologiche** attribuendole una **mera funzione accessoria** e definitoria, sul piano etico-professionale, della disciplina individuata a livello codicistico. In questa materia infatti la **caratteristica** primaria dei **canoni deontologici** è piuttosto quella di avere spesso **anticipato** il **contenuto** dei successivi **interventi** del **legislatore**.

In definitiva è possibile affermare che i **due sistemi**, seppur autonomi e differenti quanto a cogenza, sono **tra di loro comunicanti**: dal diritto alla deontologia e dalla deontologia al diritto.

UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE

Via Margutta, 17 - 00187 Roma - tel . e
fax 06.3207040

REGOLE DI COMPORTAMENTO DEL PENALISTA NELLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE

**TESTO APPROVATO IL 14 LUGLIO 2001 DAL CONSIGLIO DELLE CAMERE PENALI
CON LE MODIFICHE APPROVATE IL 19 GENNAIO 2007**

REGOLE GENERALI¹³⁷

Articolo 1

(Norme deontologiche applicabili)¹³⁸

1. Nello **svolgimento** delle **investigazioni difensive** il **difensore osserva** le norme del **Codice deontologico forense**, con particolare riferimento ai **doveri di probità, fedeltà, competenza e verità**, nonché le ulteriori norme degli articoli che seguono, nel rispetto del principio di **lealtà processuale** e a garanzia della **reale dialettica** nel **procedimento**.

2. **Nessuna distinzione** circa i doveri professionali in materia di investigazioni difensive è consentita tra **difensore di fiducia** e difensore **d'ufficio**.

¹³⁷ Di seguito si riporta il testo approvato il 14 luglio 2001 dal Consiglio delle Camere Penali Italiane con le modifiche approvate il 9 gennaio 2007. Il **testo**, riportato in **originale**, è stato tuttavia **formattato** per rendere più mettere in luce i passaggi di maggior rilievo.

¹³⁸ Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 516 e ss.

Articolo 2

(Legittimazione alle investigazioni difensive)

1. Il difensore è **legittimato** a **svolgere investigazioni difensive** sin dal momento della **nomina senza necessità di specifico mandato** ed indipendentemente dal deposito dell'atto di nomina presso l'autorità giudiziaria.

2. Il **mandato** con sottoscrizione autenticata, necessario per svolgere l'attività investigativa preventiva prevista dall'articolo **391- Nonies** del codice di procedura penale, **indica i fatti** ai quali si **riferisce** in modo sintetico al solo fine della **individuazione** dell'oggetto di tale **attività**, con esclusione di ogni riferimento ad ipotesi di reato.

3. La **previsione del comma 2 non si applica** al mandato rilasciato dalla **persona offesa** dal reato.

4. Le **disposizioni** sull'attività investigativa preventiva si intendono **applicabili**, oltre che per l'eventualità che si instauri un procedimento penale, anche per le ipotesi:

a) che possa essere richiesta la **riapertura delle indagini preliminari** dopo il decreto di archiviazione;

b) che possa essere richiesta la **revoca della sentenza di non luogo a procedere**;

c) che possa essere **richiesta la revisione**;

d) che possano essere **instaurati procedimenti** davanti al giudice **dell'esecuzione** o alla **magistratura di sorveglianza**.

Articolo 3

(Dovere di valutazione)

1. Il difensore, fin dal momento dell'incarico e successivamente fino alla sua conclusione, ha il **dovere di valutare**, in relazione alle esigenze e agli **obiettivi** della **difesa**, la **necessità** o l'**opportunità** di **svolgere investigazioni**, sia ai fini delle determinazioni inerenti alla difesa stessa, sia per l'ipotesi di un impiego dei risultati nel procedimento, secondo le forme, i tempi e i modi previsti dalla legge.

Articolo 4

(Direzione delle investigazioni)

1. La **decisione** di iniziare e terminare le investigazioni, le scelte sull'oggetto, sui modi e sulle forme di esse **competono al difensore** [, in accordo con l'eventuale condifensore].

2. Quando non svolge di persona le investigazioni e, secondo la revisione del comma 3 dell'articolo 327-bis del codice di procedura penale, si avvale di sostituti¹³⁹, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, il difensore dà, anche oralmente, le direttive necessarie, cui i sostituti e tali ausiliari hanno il **dovere di attenersi**, fermi tutti i loro obblighi previsti dalla legge.

3. Nel dare le direttive il difensore rammenta gli obblighi indicati al comma 2, con particolare riguardo a quelli relativi agli avvertimenti alle persone con le quali occorre conferire, agli accessi ai luoghi e alla ispezione¹⁴⁰ delle cose, alla eventuale redazione di verbali, al segreto sugli atti e sul loro contenuto, nonché a quello di riferirgli tempestivamente i risultati dell'attività svolta.

4. Ai fini dell'esercizio dell'incarico il difensore dà ai sostituti e agli ausiliari le informazioni necessarie e può fornire a essi, anche nell'ipotesi di segretezza dell'atto, copie di atti e documenti, in ogni caso con vincolo di segreto.

5. L'incarico agli investigatori privati¹⁴¹ e ai consulenti tecnici¹⁴² è conferito con atto scritto, nel quale, fermo quanto previsto al comma 3, il difensore indica loro doveri di:

a) osservare le disposizioni di legge, in particolare quelle sulle investigazioni difensive e sulla tutela dei dati personali;

b) comunicare le notizie e i risultati delle investigazioni e rimetterne l'eventuale documentazione soltanto al difensore che ha conferito l'incarico o al suo sostituto;

c) salva specifica autorizzazione scritta del difensore, rifiutare ogni altro incarico relativo o connesso alla vicenda alla quale attiene quello conferito.

¹³⁹ Vedasi infra, lo schema di attività delegata - Conferimento incarico d'indagine difensiva al sostituto, posto a pg. 28.

¹⁴⁰ Sulla distinzione fra "inspicere" e "perquirere", vedasi CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, pag. 341 e ss.

¹⁴¹ Vedasi infra, lo schema di attività delegata - Conferimento incarico all'investigatore privato, posto a pg. 26.

¹⁴² Vedasi infra, Schema di conferimento incarico a consulente tecnico, posto a pg. 24.

Articolo 5

(Informazioni preventive tra difensore e persona assistita)

1. Nell'ambito dei **rapporti informativi** con la persona assistita al fine di **coordinare la difesa tecnica e l'autodifesa**¹⁴³, il difensore, oltre ad **attingere** eventuali **notizie utili** per **apprezzare** la **necessità** o l'opportunità di svolgere **investigazioni difensive**, **valuta** la esigenza di **comunicare** tempestivamente alla **persona** medesima tale **apprezzamento**, anche con **riguardo** alle **spese prevedibili** per le relative **attività**.

Articolo 6

(Dovere di segretezza, limiti di utilizzazione,
conservazione della documentazione)

1. 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**.

2. In ogni caso, il **difensore utilizza** la **documentazione** degli atti delle investigazioni difensive e i relativi **contenuti nei soli limiti** e nei **tempi** in cui siano **necessari** all'esercizio della **difesa**.

3. Il difensore **cura** di conservare **scrupolosamente e riservatamente** la **documentazione**, anche **informale**, delle **investigazioni difensive** per tutto il tempo in cui egli ritiene che possa essere necessaria o utile per l'esercizio della difesa.

Articolo 7

(Rimborso delle spese documentate)

1. E' fatto **divieto** al **difensore**, al suo sostituto, agli ausiliari e ai loro collaboratori di **corrispondere compensi** o **indennità**, sotto qualsiasi forma, **salvo il rimborso delle spese documentate**, alle **persone** che ai fini delle investigazioni

¹⁴³ Sul corrispondente tema dell'autodifesa negli Stati Uniti, il tema risulta ben trattato in MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 219.

difensive **danno informazioni** o si **prestano** al compimento di **accessi ai luoghi**, **ispezione di cose**, **rilievi**, **consegna** o esame di **documenti** e in genere alla **esecuzione di atti**.

REGOLE PER LE INDAGINI DA FONTI DICHIARATIVE

Articolo 8

(Ricerca e individuazione di fonti)

1. Il **difensore**, il sostituto e gli ausiliari incaricati **procedono senza formalità** alla **individuazione** delle **persone** che possono riferire **circostanze utili** alle investigazioni difensive. In ogni caso, nello svolgimento dell'attività di individuazione di tali persone, **informano sempre** le **persone interpellate** della propria **qualità**, **senza necessità di rivelare il nome dell'assistito**.

2. Nello **stesso modo** si procede alla individuazione delle **altre fonti di prova** e, in genere, delle **altre fonti di notizie utili** alle indagini.

Articolo 9

(Avvertimenti)

1. I soggetti della **difesa**, nell'informare le persone interpellate della loro qualità, **indicano** la **vicenda** in ordine alla quale svolgono investigazioni, **senza necessariamente rivelare il nome dell'assistito**.

2. Oltre quanto è previsto dal comma 3 dell'articolo 391-bis del codice di procedura penale, **invitano** le **persone** interpellate a **dichiarare** se si trovano in una delle situazioni di **incompatibilità** previste dall'articolo 197 comma 1, lettere c) e d) del codice di procedura penale.

3. Inoltre, **informano** 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**.

4. Se si tratta di **persone sottoposte a indagine** o **imputate** nello stesso **procedimento** o in altro **procedimento connesso** o collegato ai sensi dell'articolo

210 del codice di procedura penale, le **informano** che, se si avvarranno della **facoltà di non rispondere**, potranno essere **chiamate** a rendere **esame** davanti al giudice in **incidente probatorio**.

5. Se si tratta di **prossimi congiunti** di un imputato o di una persona sottoposta alle indagini, li **avvertono** che, anche in ragione di tale rapporto, hanno **facoltà di astenersi dal rispondere** o dal rendere la dichiarazione nei casi previsti dalla legge.

6. I soggetti della difesa possono altresì ricordare che **ogni persona** può **utilmente concorrere** alla **ricostruzione dei fatti** e **all'accertamento della verità** in un procedimento penale anche **rendendo dichiarazioni** al **difensore**.

7. Quando i soggetti della difesa procedono con **invito scritto**, gli **avvertimenti** previsti dalla legge e dalle norme deontologiche, se **non sono contenuti nell'invito** stesso, **possono essere dati oralmente**, ma devono comunque **precedere l'atto**.

Articolo 10

(Inviti e avvisi: casi particolari)

1. Per **conferire, chiedere e ricevere dichiarazioni** scritte o **assumere informazioni** da **documentare** dalla persona offesa dal reato i soggetti della difesa procedono mediante un **invito scritto**.

2. Se la persona offesa è assistita da un **difensore**, a costui è dato avviso **almeno ventiquattro ore prima**. Se **non risulta** assistita da un difensore, nell'invito è **indicata l'opportunità** che comunque un **difensore** sia **consultato e intervenga** all'atto.

3. La **disposizione** del **comma 1** si **applica anche quando** si intende **chiedere e ricevere una dichiarazione scritta** o assumere informazioni da documentare da una **persona minore**. L'invito è **comunicato** anche a **chi esercita la potestà dei genitori**, con l'avviso della **facoltà di intervenire** all'atto. In caso di persona minore **infraquattordicenne**, ferme restando le disposizioni precedenti, per l'assunzione di informazioni o la richiesta di rendere dichiarazioni, il **difensore** potrà **avvalersi** della presenza di un **esperto** all'uopo nominato quale **consulente della difesa**.

4. Ai fini dell'applicazione del comma 5 dell'articolo 391-bis del codice di procedura penale, al difensore d'ufficio, nominato per l'atto, che ne faccia richiesta, è dato un termine non inferiore a quelli previsti dall'articolo 108 del codice di procedura penale.

Articolo 11

(Rapporti tra difensore e assistito nell'ambito
delle investigazioni difensive)

1. E' fatto **divieto** ai **soggetti** della **difesa** di applicare le disposizioni degli articoli **391-bis** e **391-ter** del codice di procedura penale nei **confronti** della persona **assistita**.

2. Il **difensore** e il sostituto, anche, se del caso, con la presenza degli ausiliari, **scambiano liberamente** e riservatamente con il proprio **assistito**, nelle forme e nei tempi opportuni, le **informazioni necessarie** ad assicurare un coordinato **esercizio** della **difesa tecnica** e dell'autodifesa su **tutti i temi ritenuti utili**. Inoltre, lo **consigliano** e lo **assistono** in relazione agli **atti, orali o scritti**, nonché alle **scelte** che egli **compie personalmente** nel **procedimento**.

Articolo 12

(Garanzie di genuinità delle dichiarazioni)

1. Il **difensore** o il suo sostituto danno tutte le **disposizioni necessarie** per realizzare **condizioni idonee** ad assicurare la **genuinità** delle **dichiarazioni**.

Articolo 13

(Documentazione)

1. Le **informazioni assunte** dal difensore, secondo le previsioni degli articoli **391-bis** comma 2 e **391-ter** comma 3 del codice di procedura penale, sono **documentate in forma integrale**. Quando è disposta la **riproduzione** almeno **fonografica** possono essere documentate in forma **riassuntiva**.

2. Nel **verbale**, redatto con le modalità previste al comma 1, sono specificamente **indicati i mezzi impiegati**. Esso è **sottoscritto da tutte le persone presenti** ed è **conservato dal difensore** ai sensi del comma 6 dell'articolo 3.

3. Il **difensore non è tenuto a rilasciare copia del verbale alla persona che ha reso informazioni né al suo difensore**.

**DISPOSIZIONI RELATIVE
AGLI ACCESSI AI LUOGHI, ALLA ISPEZIONE DI COSE
E AGLI ACCERTAMENTI IRRIPETIBILI**

Articolo 14

(Doveri negli accessi ai luoghi e
nella ispezione di cose)

1. Il **difensore**, il sostituto e gli ausiliari, che procedono agli atti indicati nell'articolo 391- Sexies del codice di procedura penale, anche quando non **redigono un verbale**, documentano nelle forme più opportune lo stato dei luoghi e delle cose, **procurando che nulla sia mutato, alterato o disperso**.

2. Oltre a quanto è previsto dal comma 2 dell'articolo 391- Septies del codice di procedura penale, quando **intendono compiere un accesso a luogo privato o non aperto al pubblico**, i soggetti della difesa, **nel richiedere il consenso** di chi ne ha la disponibilità, lo **avvertono** della propria **qualità**, della **natura dell'atto da compiere** e della **possibilità** che, ove **non sia prestato il consenso, l'atto sia autorizzato dal giudice**.

3. Gli **avvertimenti** indicati al comma 2 sono **documentati almeno** mediante **annotazione**.

Articolo 15

(Dovere di assicurare il contraddittorio
negli accertamenti tecnici irripetibili)

1. Quando i soggetti della difesa intendono compiere **accertamenti tecnici irripetibili**¹⁴⁴, a cura del difensore o del sostituto è dato **avviso senza ritardo** a

¹⁴⁴ Che trovano nell'art. 360 del c.p.p., il potere corrispondente attribuito al pubblico ministero.

tutti coloro nei confronti dei quali **l'atto può avere effetto** e dei quali si **abbia conoscenza**.

DISPOSIZIONI FINALI

Articolo 16

1. Sono abrogate tutte le norme deontologiche relative alle investigazioni difensive, approvate a Catania il 30 marzo 1996.

2. Entro il 31 maggio 2002 saranno valutati i risultati della applicazione delle presenti norme e approvate eventuali norme integrative, modificative o soppressive.

3. Le presenti norme sono trasmesse subito al Consiglio Nazionale Forense per tutte le determinazioni di competenza.

Roma, 14 luglio 2001

CODICE DEONTOLOGICO¹⁴⁵ FORENSE¹⁴⁶ – ARTICOLI RILEVANTI**PREAMBOLO**

L'avvocato esercita la propria **attività** in piena **libertà, autonomia** ed **indipendenza**, per **tutelare** i diritti e gli **interessi** della **persona**, **assicurando** la **conoscenza** delle **leggi** e **contribuendo** in tal modo all'attuazione **dell'ordinamento** per i **fini** della **giustizia**.

Nell'esercizio della sua funzione, l'avvocato **vigila** sulla **conformità** delle **leggi** ai **principi** della **Costituzione**, nel **rispetto** della **Convenzione** per la salvaguardia dei diritti umani e dell'Ordinamento comunitario; **garantisce** il **diritto** alla **libertà** e **sicurezza** e l'**inviolabilità** della **difesa**; assicura la **regolarità** del **giudizio** e del **contraddittorio**.

Le **norme** deontologiche sono **essenziali** per la realizzazione e la tutela di questi valori.

TITOLO I -PRINCIPI GENERALI**ART. 1. - Ambito di applicazione.**

Le norme deontologiche si **applicano** a **tutti** gli **avvocati** e **praticanti** nella loro attività, nei loro reciproci rapporti e nei confronti dei terzi.

ART. 2. -Potestà disciplinare.

Spetta agli **organi disciplinari** la potestà di **infliggere** le **sanzioni** adeguate e **proporzionate** alla **violazione** delle norme deontologiche.

Le sanzioni devono essere adeguate alla **gravità** dei **fatti** e devono tener conto della reiterazione dei comportamenti nonché delle specifiche circostanze, soggettive e oggettive, che hanno concorso a determinare l'infrazione.

¹⁴⁵ Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 493 e ss.

¹⁴⁶ Si tratta di **selezione degli articoli** che possono avere un qualche **riflesso** sull'attività del **legale** impegnato nelle **indagini difensive**, tratti dal Testo approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 17 aprile 1997 ed aggiornato con le modifiche introdotte il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002, il 27 gennaio 2006, il 18 gennaio 2007 e il 12 giugno 2008, e reperibile all'indirizzo: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=42277>. Il **testo**, riportato in **originale**, è stato tuttavia **formattato** per rendere più mettere in luce i passaggi di maggior rilievo.

La **responsabilità disciplinare** discende dalla **inosservanza** dei **doveri** e dalla **volontarietà** della **condotta**, anche se omissiva.

Oggetto di valutazione è il **comportamento** complessivo dell'incolpato.

ART. 3. - Volontarietà dell'azione.

Quando siano mossi **vari addebiti** nell'ambito di uno stesso procedimento la **sanzione** deve essere **unica**.

ART. 4. - Attività all'estero e attività in Italia dello straniero.

Nell'esercizio di **attività** professionali **all'estero**, che siano consentite dalle disposizioni in vigore, **l'avvocato italiano** è **tenuto** al **rispetto** delle **norme deontologiche del paese** in cui viene svolta l'attività.

Del pari **l'avvocato straniero**, nell'esercizio dell'attività professionale in Italia, quando questa sia consentita, è tenuto al **rispetto** delle **norme deontologiche italiane**.

ART. 5. - Doveri di probità, dignità e decoro.

L'avvocato deve ispirare la propria **condotta all'osservanza** dei **doveri di probità, dignità e decoro**.

I - **Deve essere sottoposto a procedimento disciplinare** l'avvocato cui sia imputabile un **comportamento non colposo** che abbia **violato** la **legge penale**, **salva** ogni **autonoma valutazione**¹⁴⁷ sul **fatto** commesso.

II - L'avvocato è **soggetto a procedimento disciplinare per fatti** anche non riguardanti l'attività forense quando si riflettano sulla sua **reputazione professionale** o **compromettano l'immagine della classe forense**.

III - L'avvocato che sia **indagato** o **imputato** in un procedimento penale **non può assumere** o mantenere la **difesa** di altra parte nello stesso procedimento.

¹⁴⁷ Ovvero deve essere avviato il procedimento disciplinare, tuttavia l'ultima parola spetta comunque all'organo disciplinare. Ne consegue che anche in presenza di un comportamento non colposo che abbia violato la legge penale, l'avvocato può non essere assoggettato a sanzione disciplinare a discrezione del predetto organo.

ART. 6. - Doveri di lealtà e correttezza.

L'avvocato deve svolgere la propria attività professionale con **lealtà e correttezza**.

I - L'avvocato **non deve proporre azioni** o assumere **iniziative** in giudizio con **mala fede** o **colpa grave**.

ART. 7. - Doveri di fedeltà.

E' dovere dell'avvocato svolgere con **fedeltà** la propria **attività professionale**.

I. Costituisce **infrazione disciplinare** il comportamento dell'avvocato che compia **consapevolmente atti contrari all'interesse** del proprio **assistito**.

II. L'avvocato deve **esercitare** la sua **attività** anche nel **rispetto** dei **doveri** che la sua **funzione** gli impone **verso la collettività** per la **salvaguardia** dei **diritti dell'uomo** nei confronti dello **Stato** e di ogni **altro potere**.

ART. 8. - Doveri di diligenza.

L'avvocato deve **adempiere** i propri **doveri professionali** con **diligenza**.

ART. 9. - Doveri di segretezza e riservatezza

È **dovere**, oltreché diritto, primario e fondamentale dell'avvocato **mantenere** il **segreto sull'attività** prestata e su tutte le **informazioni** che siano a lui fornite dalla **parte assistita** o di cui sia **venuto a conoscenza** in dipendenza del mandato.

I - L'avvocato è tenuto al **dovere di segretezza e riservatezza** anche nei confronti degli **ex clienti**, sia per l'**attività giudiziale** che per l'**attività stragiudiziale**.

II - La **segretezza** deve essere **rispettata** anche nei confronti di colui che si **rivolga all'avvocato per chiedere assistenza** senza che il **mandato** sia **accettato**.

III - L'avvocato è **tenuto a richiedere** il **rispetto del segreto professionale** anche ai **propri collaboratori e dipendenti** e a tutte le persone che cooperano nello svolgimento dell'attività professionale.

IV - Costituiscono **eccezione** alla **regola generale** i casi in cui la divulgazione di alcune **informazioni** relative alla parte assistita **sia necessaria**:

- a) per lo svolgimento delle attività di **difesa**;
- b) al fine di **impedire** la **commissione** da parte dello stesso **assistito** di un **reato** di particolare **gravità**;
- c) al fine di **allegare circostanze di fatto** in una **controversia** tra **avvocato e assistito**;
- d) in un **procedimento concernente** le **modalità** della **difesa** degli interessi dell'assistito.

In ogni caso la **divulgazione** dovrà essere **limitata** a quanto strettamente **necessario** per il fine tutelato.

ART. 10. - Doveri di indipendenza.

Nell'esercizio dell'attività professionale l'avvocato ha il dovere di **conservare** la propria **indipendenza** e **difendere** la propria **libertà** da **pressioni** o **condizionamenti** esterni.

I. L'avvocato **non deve tener conto** di **interessi** riguardanti la propria sfera **personale**.

ART. 11. - Doveri di difesa.

L'avvocato **deve prestare** la propria **attività difensiva** anche quando ne sia **richiesto** dagli **organi giudiziari** in base alle **leggi** vigenti.

I - L'avvocato che venga nominato difensore d'ufficio deve, quando ciò sia possibile, **comunicare** all'assistito che ha **facoltà** di **scegliersi** un **difensore di fiducia**, e deve **informarlo**, ove intenda richiedere un **compenso**, che **anche** il **difensore d'ufficio** deve essere **retribuito** a norma di legge.

II - **Costituisce infrazione** disciplinare il **rifiuto ingiustificato** di prestare attività di **gratuito patrocinio** o la **richiesta** all'assistito di un **compenso** per la **prestazione** di tale attività.

ART. 12. - Doveri di competenza.

L'avvocato **non deve accettare incarichi** che sappia di **non poter svolgere** con adeguata **competenza**.

I - L'avvocato deve **comunicare** all'assistito le **circostanze impeditive** alla **prestazione dell'attività** richiesta, **valutando**, per il caso di **controversie** di particolare **impegno e complessità**, l'**opportunità** della **integrazione** della difesa con **altro collega**.

II - L'**accettazione** di un determinato **incarico** professionale **fa presumere la competenza** a svolgere quell'incarico.

ART. 13. - Doveri di aggiornamento professionale.

E' **dovere dell'avvocato curare** costantemente la propria **preparazione professionale**, conservando e **accrescendo** le **conoscenze** con particolare riferimento ai **settori** nei quali svolga l'**attività**.

I. L'avvocato **realizza** la propria **formazione permanente** con lo **studio individuale** e la **partecipazione** a **iniziative** culturali in campo **giuridico e forense**.

II. E' **dovere deontologico** dell'avvocato quello di **rispettare** i **regolamenti** del **Consiglio Nazionale Forense** e del **Consiglio dell'ordine** di appartenenza concernenti gli **obblighi** e i **programmi formativi**.

ART. 14. - Doveri di verità.

Le **dichiarazioni** in **giudizio** relative alla **esistenza o inesistenza** di **fatti obiettivi**, che siano **presupposto specifico** per un **provvedimento** del magistrato, e di cui l'**avvocato** abbia **diretta conoscenza**, **devono essere vere** e comunque tali da **non indurre** il giudice in **errore**.

I. L'avvocato **non può introdurre intenzionalmente nel processo prove false**. In particolare, il difensore **non può assumere a verbale** né introdurre **dichiarazioni** di persone informate sui fatti che sappia essere **false**¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Questo punto appare particolarmente rilevante ai nostri fini, in quanto comporta, oltre ad altre responsabilità di natura penale, anche quelle di natura disciplinare.

II. L'avvocato è tenuto a **menzionare i provvedimenti già ottenuti** o il **rigetto dei provvedimento** richiesti, nella **presentazione di istanze** o richieste sul **presupposto della medesima situazione** di fatto.

ART. 16. - Dovere di evitare incompatibilità.

E' **dovere** dell'avvocato **evitare** situazioni di **incompatibilità ostative** alla **permanenza** nell'albo, e, comunque nel dubbio, richiedere il parere del proprio Consiglio dell'ordine.

I. L'avvocato **non deve porre** in essere **attività commerciale** o di **mediazione**.

II. Costituisce **infrazione disciplinare** l'avere **richiesto l'iscrizione** all'albo in **pendenza** di cause di **incompatibilità, non dichiarate**, ancorché queste siano venute meno.

ART. 17. - Informazioni sull'attività professionale.

L'avvocato **può dare informazioni** sulla propria **attività** professionale.

Il **contenuto** e la **forma dell'informazione** devono essere **coerenti** con la **finalità** della tutela **dell'affidamento** della **collettività** e rispondere a **criteri** di **trasparenza** e **veridicità**, il **rispetto** dei quali è **verificato** dal competente Consiglio dell'ordine.

Quanto al contenuto, **l'informazione** deve essere **conforme a verità** e **correttezza** e **non può** avere ad **oggetto notizie riservate** o **coperte dal segreto professionale**. L'avvocato **non può rivelare al pubblico il nome dei propri clienti, ancorché questi vi consentano**.

Quanto alla **forma** e alle **modalità**, **l'informazione** deve **rispettare** la **dignità** e il **decoro** della **professione**. In ogni caso, l'informazione **non deve assumere i connotati della pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa**.

I - Sono **consentite**, a fini non lucrativi, **l'organizzazione** e la **sponsorizzazione** di **seminari di studio**, di corsi di **formazione** professionale e di **convegni** in discipline attinenti alla professione forense da parte di avvocati o di società o di associazioni di avvocati.

II -E'consentita **l'indicazione** del nome di un **avvocato defunto**, che abbia fatto parte dello studio, purché il professionista a suo tempo lo abbia espressamente previsto o abbia disposto per testamento in tal senso, ovvero vi sia il consenso unanime dei suoi eredi.

ART. 18. - Rapporti con la stampa.

Nei rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di diffusione l'avvocato deve ispirarsi a criteri di **equilibrio e misura** nel rilasciare **interviste**, per il rispetto dei doveri di **discrezione e riservatezza**.

I. Il **difensore**, con il **consenso** del proprio **assistito** e nell'esclusivo interesse dello stesso, **può fornire** agli organi di **informazione** e di stampa **notizie** che **non** siano **coperte** dal **segreto** di indagine.

II. In ogni caso, nei rapporti con gli organi di informazione e con gli altri mezzi di diffusione, è fatto **divieto** all'avvocato di **enfaticizzare** la propria **capacità professionale**, di **spendere** il **nome** dei propri **clienti**, di **sollecitare articoli** di stampa o interviste sia su organi di informazione sia su altri mezzi di diffusione; è fatto **divieto** altresì di **convocare conferenze stampa** fatte **salve** le **esigenze** di **difesa** del cliente.

III. **E' consentito** all'avvocato, **previa comunicazione** al¹⁴⁹ Consiglio dell'Ordine di appartenenza, di **tenere o curare rubriche** fisse su organi di **stampa** con l'indicazione del proprio nome e di **partecipare a rubriche** fisse **televisive** o **radiofoniche**.

ART. 19. - Divieto di accaparramento di clientela

È vietata ogni condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi alla correttezza e decoro.

I - L'avvocato **non** deve **corrispondere** ad un **collega**, o ad un altro soggetto, un **onorario**, una **provvigione** o qualsiasi altro compenso quale corrispettivo per la presentazione di un cliente.

¹⁴⁹ Articolo così modificato dal CNF con la delibera 12 giugno 2008, n. 15. La precedente versione così recitava: "previo parere favorevole del".

II - Costituisce **infrazione disciplinare** l'offerta di **omaggi** o di **prestazioni** a **terzi** ovvero la corresponsione o la promessa di vantaggi per ottenere difese o incarichi.

III – E' **vietato** offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie **prestazioni professionali** al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

IV – E' altresì **vietato** all'avvocato **offrire**, senza esserne richiesto, una **prestazione personalizzata** e, cioè, rivolta a una persona determinata per un specifico affare.

ART. 20. - Divieto di uso di espressioni sconvenienti od offensive.

Indipendentemente dalle **disposizioni civili e penali**, l'avvocato deve **evitare** di usare espressioni **sconvenienti** od **offensive** negli scritti in giudizio e nell'attività professionale in genere, sia nei confronti dei **colleghi** che nei confronti dei **magistrati**, delle **controparti** e dei **terzi**.

I. La **ritorsione** o la **provocazione** o la reciprocità delle offese **non escludono** l'**infrazione** della regola deontologica.

ART. 21. - Divieto di attività professionale senza titolo o di uso di titoli inesistenti.

L'**iscrizione** all'albo costituisce **presupposto** per l'esercizio **dell'attività giudiziale e stragiudiziale** di assistenza e consulenza in materia legale e per l'**utilizzo** del relativo **titolo**.

I - Costituisce **illecito disciplinare** l'uso di un **titolo professionale non conseguito** ovvero lo svolgimento di **attività in mancanza di titolo** o in periodo di sospensione.

II — Costituisce altresì **illecito disciplinare** il **comportamento** dell'avvocato che **agevoli**, o, in qualsiasi altro modo diretto o indiretto, renda possibile a **soggetti non abilitati** o sospesi l'esercizio abusivo dell'attività di avvocato o consenta che tali soggetti ne possano ricavare benefici economici, anche se limitatamente al periodo di eventuale sospensione dall'esercizio.

III - L'avvocato **può utilizzare** il **titolo** accademico di **professore** solo se sia **docente universitario di materie giuridiche**. In ogni caso dovrà specificare la qualifica, la materia di insegnamento e la facoltà.

IV - L'iscritto nel registro dei **praticanti** avvocati può usare esclusivamente e per esteso il titolo di "**praticante avvocato**", con l'eventuale indicazione di "**abilitato al patrocinio**" qualora abbia conseguito tale abilitazione.

TITOLO II - RAPPORTI CON I COLLEGHI

ART. 22 - Rapporto di colleganza.

L'avvocato deve **mantenere** sempre nei confronti dei colleghi un **comportamento ispirato a correttezza e lealtà**.

I. L'avvocato che **collabori** con altro **collega** è tenuto a **rispondere** con **sollecitudine** alle sue **richieste di informativa**.

II. L'avvocato che intenda **promuovere** un **giudizio** nei **confronti** di un **collega** per fatti attinenti all'esercizio della **professione** deve dargliene **preventiva comunicazione per iscritto**, **tranne** che l'avviso **possa pregiudicare il diritto da tutelare**.

III - L'avvocato **non può registrare una conversazione telefonica con il collega**. La registrazione¹⁵⁰, nel corso di una **riunione**, è consentita soltanto con il **consenso** di tutti i **presenti**.

ART. 23. - Rapporto di colleganza e dovere di difesa nel processo.

Nell'attività giudiziale l'avvocato deve ispirare la propria **condotta all'osservanza del dovere di difesa**, salvaguardando in quanto possibile il **rapporto di colleganza**.

I - L'avvocato è tenuto a rispettare la **puntualità** alle **udienze** e in ogni altra occasione di incontro con i colleghi.

II - L'avvocato deve **opporsi** a qualunque **istanza, irrituale o ingiustificata**, formulata nel processo dalle controparti che **comporti pregiudizio** per la parte **assistita**.

¹⁵⁰ Ciò diversamente dalle registrazioni fra interlocutori, vedasi RIZZO A., *Manuale pratico delle intercettazioni. Aspetti giuridici e profili operativi*, ed. Expert, Forlì, 2002, pag. 40.

III - Il **difensore**, che **riceva l'incarico di fiducia** dall'imputato, è tenuto a **comunicare tempestivamente con mezzi idonei al collega, già nominato d'ufficio**, il mandato ricevuto e, senza pregiudizio per il diritto di difesa, deve **raccomandare alla parte di provvedere al pagamento di quanto è dovuto al difensore d'ufficio** per l'attività professionale eventualmente già svolta.

IV - Nell'esercizio del mandato l'avvocato **può collaborare con i difensori delle altre parti**, anche **scambiando informazioni, atti e documenti, nell'interesse** della parte assistita e nel rispetto della legge.

V - Nei casi di **difesa congiunta**, è dovere del difensore **consultare il co-Difensore in ordine ad ogni scelta processuale ed informarlo del contenuto dei colloqui con il comune assistito**, al fine della **effettiva condivisione della strategia** processuale.

VI - L'**interruzione** delle **trattative stragiudiziali**, nella prospettiva di dare **inizio ad azioni giudiziarie**, deve essere **comunicata al collega avversario**.

ART. 25 - Rapporti con i collaboratori dello studio.

L'avvocato **deve consentire** ai propri **collaboratori di migliorare la preparazione professionale**, compensandone la collaborazione in proporzione all'apporto ricevuto.

ART. 27. - Obbligo di corrispondere con il collega.

L'avvocato **non può mettersi in contatto diretto con la controparte** che sia **assistita da altro legale**.

I - **Soltanto in casi particolari**, per richiedere determinati comportamenti o intimare messe in mora od evitare prescrizioni o decadenze, la **corrispondenza** può essere **indirizzata direttamente alla controparte**, sempre peraltro inviandone **copia per conoscenza al legale avversario**.

II - Costituisce **illecito disciplinare** il comportamento dell'avvocato che **accetti di ricevere la controparte, sapendo** che essa è **assistita da un collega, senza informare quest'ultimo e ottenerne il consenso**.

ART. 28. - Divieto di produrre la corrispondenza scambiata con il collega.

Non possono essere **prodotte** o riferite in **giudizio** le **lettere qualificate riservate** e comunque la **corrispondenza** contenente proposte **transattive** scambiate con i **colleghi**.

I. **E' producibile** la **corrispondenza** intercorsa tra **colleghi** quando sia stato perfezionato un **accordo**, di cui la stessa corrispondenza costituisca attuazione.

II. E' producibile la corrispondenza dell'avvocato che **assicuri l'adempimento** delle **prestazioni** richieste.

III. L'avvocato **non deve consegnare** all'assistito la **corrispondenza riservata** tra **colleghi**, ma può, qualora venga **meno il mandato** professionale, **consegnarla** al **professionista** che gli succede, il quale è tenuto ad osservare i medesimi criteri di riservatezza.

ART. 29. - Notizie riguardanti il collega.

L'**esibizione** in **giudizio** di **documenti** relativi alla **posizione personale** del **collega** avversario e l'utilizzazione di **notizie relative** alla sua **persona** sono **vietate**, salvo che egli sia **parte** di un **giudizio** e che l'uso di tali **notizie** sia **necessario** alla **tutela** di un **diritto**.

I - L'avvocato deve **astenersi dall'esprimere apprezzamenti denigratori** sull'attività professionale di un collega.

ART. 30. - Obbligo di soddisfare le prestazioni affidate ad altro collega.

L'**avvocato** che **scelga** e **incarichi** direttamente **altro collega** di esercitare le funzioni di **rappresentanza** o **assistenza** deve **provvedere a retribuirlo**, ove non adempia la parte assistita, tranne che dimostri di essersi inutilmente attivato, anche postergando il proprio credito, per ottenere l'adempimento.

ART. 31. - Obbligo di dare istruzioni al collega e obbligo di informativa.

L'avvocato è **tenuto** a dare **tempestive istruzioni** al collega **corrispondente**. Quest'ultimo, del pari, è tenuto a dare tempestivamente al collega informazioni dettagliate sull'attività svolta e da svolgere.

I - L'elezione di domicilio presso altro collega deve essere preventivamente comunicata e consentita.

II - È fatto **divieto** all'avvocato corrispondente di **definire direttamente** una **controversia**, in via **transattiva**, **senza informare** il **collega** che gli ha **affidato l'incarico**.

III - L'avvocato corrispondente, in difetto di istruzioni, deve adoperarsi nel modo più opportuno per la tutela degli interessi della parte, informando non appena possibile il collega che gli ha affidato l'incarico.

ART. 34. - Responsabilità dei collaboratori, sostituti e associati.

Salvo che il fatto integri **un'autonoma responsabilità**, i **collaboratori, sostituti e ausiliari non sono disciplinarmente responsabili** per il compimento di atti per incarichi specifici ricevuti.

I - Nel caso di associazione professionale, è **disciplinarmente responsabile soltanto** l'avvocato gli avvocati a cui si riferiscano i fatti specifici commessi.

ART. 35. - Rapporto di fiducia.

Il rapporto con la parte assistita è **fondato sulla fiducia**.

I - L'**incarico** deve essere **conferito** dalla parte **assistita** o da altro **avvocato** che la **difenda**. Qualora sia conferito da un terzo, che intenda tutelare l'interesse della parte assistita ovvero anche un proprio interesse, l'incarico può essere accettato soltanto con il consenso della parte assistita.

II - L'**avvocato** deve **astenersi**, dopo il conferimento del mandato, dallo **stabilire** con l'assistito **rapporti di natura economica, patrimoniale o commerciale** che in qualunque modo possano **influire** sul **rapporto professionale**, salvo quanto previsto nell'art. 45.

ART. 36. - Autonomia del rapporto.

L'avvocato ha l'**obbligo** di **difendere** gli **interessi** della parte assistita nel **miglior modo possibile nei limiti del mandato** e nell'**osservanza della legge e dei principi deontologici**.

I - L'avvocato **non deve consapevolmente consigliare azioni inutilmente gravose, né suggerire comportamenti, atti o negozi illeciti, fraudolenti o colpiti da nullità.**

II - L'avvocato, **prima di accettare l'incarico, deve accertare l'identità del cliente e dell'eventuale suo rappresentante.**

III - **In ogni caso, nel rispetto dei doveri professionali** anche per quanto attiene al **segreto**, l'avvocato deve **rifiutare di ricevere o gestire fondi che non siano riferibili a un cliente esattamente individuato.**

IV - L'avvocato deve **rifiutare di prestare la propria attività** quando dagli **elementi conosciuti** possa **fondatamente desumere** che essa sia **finalizzata** alla realizzazione di una **operazione illecita.**

ART. 37. - Conflitto di interessi.

L'avvocato ha **l'obbligo di astenersi** dal prestare attività **professionale** **quando questa determini un conflitto** con gli interessi di un proprio assistito o **interferisca** con lo svolgimento di altro **incarico anche non professionale.**

I - **Sussiste conflitto** di interessi anche nel caso in cui l'espletamento di un **nuovo mandato determini la violazione del segreto** sulle **informazioni** fornite da altro assistito, ovvero quando la **conoscenza** degli **affari** di una parte possa **avvantaggiare ingiustamente un altro assistito**, ovvero quando lo **svolgimento** di un **precedente mandato limiti l'indipendenza** dell'avvocato nello svolgimento di un **nuovo incarico.**

II - L'**obbligo** di astensione **opera** altresì se le parti aventi **interessi configgenti** si rivolgano ad **avvocati** che siano **partecipi di una stessa società di avvocati** o **associazione professionale** o che **esercitino** negli **stessi locali.**

ART. 40. - Obbligo di informazione.

L'avvocato è **tenuto ad informare chiaramente** il proprio **assistito** all'atto **dell'incarico** delle **caratteristiche** e **dell'importanza** della **controversia** o delle **attività da espletare**, **precisando** le **iniziative** e le **ipotesi di soluzione possibili.** L'avvocato è **tenuto** altresì ad **informare** il proprio assistito sullo **svolgimento** del **mandato** affidatogli, quando lo **reputi opportuno** e ogni qualvolta l'assistito ne faccia **richiesta.**

I. **Se richiesto**, è **obbligo** dell'avvocato **informare la parte assistita** sulle **previsioni di massima** inerenti alla **durata** e ai **costi presumibili del processo**.

II. E' **obbligo** dell'avvocato **comunicare** alla parte assistita la **necessità** del **compimento di determinati** atti al fine di **evitare prescrizioni, decadenze** o altri **effetti pregiudizievoli** relativamente agli incarichi in corso di trattazione.

III. Il difensore ha **l'obbligo** di **riferire** al proprio assistito il **contenuto** di quanto **appreso** nell'esercizio del mandato **se utile all'interesse** di questi.

ART. 42. - Restituzione di documenti.

L'avvocato è in ogni caso **obbligato a restituire senza ritardo** alla parte assistita la **documentazione** dalla stessa **ricevuta** per l'espletamento del **mandato** quando questa **ne faccia richiesta**.

I - L'avvocato **può trattenerne copia** della **documentazione**, **senza il consenso** della parte assistita, **solo quando** ciò sia **necessario** ai **fini** della **liquidazione del compenso** e **non oltre l'avvenuto pagamento**.

ART. 52. - Rapporti con i testimoni¹⁵¹.

L'avvocato **deve evitare** di **intrattenersi con i testimoni** sulle circostanze oggetto dei procedimenti con **forzature** o **suggerimenti 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**.

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.

¹⁵¹ È questo un articolo fondamentale per quanto concerne le indagini difensive, con particolare riferimento all'art. 391-bis del c.p.p.

3. La **scelta** sull'oggetto, sui **modi** e sulle **forme** delle **investigazioni** nonché sulla utilizzazione dei **risultati competete 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 segretezza** 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**.

ART. 54. - Rapporti con arbitri e consulenti tecnici.

L'avvocato deve ispirare il proprio **rapporto con arbitri e consulenti tecnici** a **correttezza e lealtà**, nel **rispetto** delle reciproche **funzioni**.

ART. 58. - La testimonianza dell'avvocato.

Per quanto possibile, l'avvocato **deve astenersi dal deporre** come **testimone** su **circostanze apprese** nell'esercizio della propria attività professionale e **inerenti al mandato** ricevuto.

I - L'avvocato **non deve mai impegnare** di fronte al **giudice** la propria **parola sulla verità** dei **fatti esposti in giudizio**.

II - Qualora l'avvocato intenda **presentarsi** come **testimone** dovrà **rinunciare al mandato** e **non potrà riassumerlo**.

ART. 60. - Norma di chiusura.

Le **disposizioni** specifiche di questo codice costituiscono **esemplificazioni** dei comportamenti più ricorrenti e **non limitano l'ambito di applicazione** dei principi generali espressi.

**CODICE DI DEONTOLOGIA E DI BUONA CONDOTTA PER IL
TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI EFFETTUATO PER
SVOLGERE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE O PER FAR VALERE O
DIFENDERE UN DIRITTO IN SEDE GIUDIZIARIA¹⁵²**

Preambolo

I sottoindicati **soggetti sottoscrivono** il presente **codice di deontologia** e di **buona condotta** sulla base delle seguenti **premesse**:

1) diversi soggetti, in particolare gli **avvocati** e i **praticanti avvocati** iscritti nei relativi albi e registri e chi esercita un'attività di **investigazione privata** autorizzata in conformità alla legge, utilizzano dati di carattere personale per svolgere investigazioni difensive collegate a un procedimento penale (l. 7 dicembre 2000, n. 397) o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria. **L'utilizzo** di questi **dati** è **imprescindibile** per **garantire** una **tutela piena ed effettiva** dei **diritti**, con particolare riguardo **al diritto di difesa** e al **diritto alla prova**: un'efficace tutela di questi due diritti non è pregiudicata, ed è anzi rafforzata, dal principio secondo cui il trattamento dei dati personali deve rispettare i diritti, le libertà fondamentali e la dignità delle persone interessate, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (artt. 1 e 2 del Codice);

2) gli specifici **adattamenti** e cautele **previsti** dalla **legge** o dal presente **codice deontologico** non possono trovare applicazione se i **dati** sono **trattati** per finalità **diverse** da quelle di cui all'art. 1 del presente codice;

3) consapevoli del **primario interesse** al **legittimo esercizio** del **diritto di difesa** e alla **tutela del segreto professionale**, i predetti soggetti avvertono **l'esigenza** di **individuare aspetti specifici** delle loro attività professionali, in particolare **rispetto alle informazioni personali** di carattere sensibile o giudiziario. Ciò, al fine di **valorizzare** le peculiarità delle **attività di ricerca**, di **acquisizione**, di **utilizzo** e di **conservazione dei dati**, delle dichiarazioni e dei documenti a fini difensivi, specie in sede **giudiziaria**, e di **prevenire** talune **incertezze applicative**

¹⁵² Il **testo**, riportato in **originale**, è stato tuttavia **formattato** per rendere più mettere in luce i passaggi di maggior rilievo.

che si sono a volte sviluppate e che hanno portato anche a ipotizzare inutili misure protettive non previste da alcuna disposizione e anzi contrastanti con ordinarie esigenze di funzionalità. Il primario interesse al legittimo esercizio del diritto di difesa deve essere rispettato in ogni sede, anche in occasione di accertamenti ispettivi, **tenendo** altresì **conto** dei **limiti normativi all'esercizio** dei **diritti dell'interessato** (artt. 7, 8 e 9 del Codice) previsti per finalità di tutela del diritto di difesa;

4) il **trattamento** dei **dati** per l'attività di difesa concorre alla **formazione permanente** del **professionista** e **contribuisce** alla realizzazione di un **patrimonio di precedenti giuridici** che perdura nel tempo, per ipotizzabili necessità di difesa, anche dopo l'estinzione del rapporto di mandato, oltre a essere espressione della propria attività professionale;

5) **norme di legge** e **provvedimenti attuativi prevedono** già **garanzie** e accorgimenti da osservare per la **protezione** dei dati **personali** utilizzati per **far valere** o **difendere** un **diritto** in **sede giudiziaria** o per **svolgere investigazioni difensive**. Tali cautele, che **non vanno osservate** se i **dati** sono **anonimi**, hanno già permesso di chiarire, ad esempio, a **quali condizioni** sia **lecito raccogliere informazioni personali senza consenso** e senza una specifica **informativa**, e che è **legittimo utilizzarle** in modo **proporzionato** per **esigenze di difesa** anche quando il procedimento civile o penale di riferimento non sia ancora instaurato. I predetti accorgimenti e garanzie possono comportare, se non sono rispettati, l'inutilizzabilità dei dati trattati (art. 11, comma 2, del Codice). Essi riguardano, in particolare:

a) **l'informativa agli interessati**, che può non comprendere gli elementi già noti alla persona che fornisce i dati e **può essere caratterizzata** da uno **stile colloquiale** e da **formule sintetiche** adatte al **rapporto fiduciario** con la persona assistita o, comunque, alla prestazione professionale; essa può essere fornita, **anche solo oralmente** e, comunque, una tantum rispetto al complesso dei dati raccolti sia presso l'interessato, sia presso terzi. Ciò, con possibilità di omettere l'informativa stessa per i dati raccolti presso terzi, qualora gli stessi siano trattati solo per il periodo strettamente necessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria o per svolgere investigazioni difensive, tenendo presente che non sono raccolti presso l'interessato i dati provenienti da un rilevamento lecito a distanza, soprattutto quando non sia tale da interagire direttamente con l'interessato (art. 13, comma 5, lett. b) del Codice);

b) il **consenso dell'interessato**, che **non va richiesto** per adempiere a obblighi di legge e che **non occorre**, altresì, per i **dati** anche di **natura sensibile** utilizzati per perseguire **finalità di difesa di un diritto** anche mediante **investigazioni difensive**. Ciò, sia per i dati trattati nel corso di un procedimento, anche in sede **amministrativa**, di **arbitrato** o di **conciliazione**, sia nella **fase propedeutica** all'instaurazione di un eventuale **giudizio**, anche al fine di verificare con le parti se vi sia un diritto da tutelare utilmente in sede giudiziaria, sia nella fase successiva alla **risoluzione, giudiziale o stragiudiziale della lite**. Occorre peraltro avere cura di **rispettare**, se si tratta di dati idonei a rivelare lo stato di **salute** e la **vita sessuale**, il principio del "**pari rango**", il quale giustifica il loro trattamento quando il diritto che si intende tutelare, anche derivante da atto o fatto illecito, è "di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile" (artt. 24, comma 1, lett. f) e 26, comma 4, lett. c) del Codice; aut. gen. nn. 2/2007, 4/2007 e 6/2007; Provv. del Garante del 9 luglio 2003);

c) **l'accesso ai dati personali** e **l'esercizio** degli **altri diritti** da parte dell'interessato rispetto al trattamento dei dati stessi; diritti per i quali è previsto, per legge, un **possibile differimento** nel periodo durante il quale, dal loro esercizio, può **derivare un pregiudizio effettivo e concreto** per lo **svolgimento** delle **investigazioni difensive** o per l'esercizio del diritto in sede giudiziaria (art. 8, comma 2, lett. e) del Codice);

d) il **flusso verso l'estero dei dati** trasferiti solo per **finalità** di svolgimento di **investigazioni difensive** o, comunque, per far **valere** o **difendere** un **diritto** in sede **giudiziaria**, per il **tempo** a ciò strettamente **necessario**, **trasferimento** che non è pregiudicato né verso Paesi dell'Unione europea, né verso Paesi terzi (artt. 42 e 43, comma 1, lett. e) del Codice);

e) la **notificazione dei trattamenti**, che **non è richiesta** per **innumerevoli trattamenti** di dati **effettuati** per far **valere** o **difendere** un **diritto** in sede **giudiziaria**, o per **svolgere investigazioni difensive** (art. 37, comma 1, del Codice; del. 31 marzo 2004, n. 1 e nota di chiarimenti n. 9654/33365 del 23 aprile 2004);

f) la **designazione di incaricati** e di eventuali **responsabili** del trattamento, considerata la **facoltà** di **avvalersi** di **soggetti** che possono utilizzare legittimamente i dati (**colleghi, collaboratori, corrispondenti, domiciliatari,**

sostituti, periti, ausiliari e consulenti che non rivestano la qualità di autonomi titolari del trattamento: artt. 29 e 30 del Codice);

g) i **dati particolari** quali quelli **genetici**, per i quali sono previste già alcune cautele in particolare per ciò che riguarda il principio di **proporzionalità**, le misure di **sicurezza**, il **contenuto dell'informativa** agli **interessati** e la manifestazione del **consenso** (art. 90 del Codice; aut. gen. del Garante del 22 febbraio 2007);

h) **l'informatica giuridica** ai sensi degli artt. 51 e 52 del Codice, per la quale apposite disposizioni di legge hanno individuato opportune **cautele per tutelare** gli interessati **senza pregiudicare l'informazione scientifico-giuridica**;

i) **l'utilizzazione di dati pubblici** e di altri dati e **documenti** contenuti in **pubblici registri, elenchi, albi, atti o documenti conoscibili da chiunque**, nonché in **banche di dati, archivi ed elenchi**, ivi compresi gli atti dello **stato civile**, dai quali possono essere estratte lecitamente informazioni personali riportate in certificazioni e attestazioni **utilizzabili a fini difensivi**;

6) rispetto a questo **quadro**, il presente **codice** individua alcune **regole complementari di comportamento** le quali costituiscono una **condizione essenziale** per la **liceità** e la **correttezza del trattamento** dei dati, ma **non hanno diretta rilevanza** sul **piano degli illeciti disciplinari**; esse **non pregiudicano**, quindi, la distinta e autonoma valenza delle **norme deontologiche professionali** e le **scelte** adottate al riguardo dai competenti **organismi di settore**, in particolare rispetto al **codice deontologico forense**. Peraltro, **l'inosservanza di quest'ultimo** può **assumere rilievo** ai fini della **valutazione della liceità e correttezza del trattamento dei dati personali**;

7. utile **supporto** alla **protezione dei dati** proviene anche da ulteriori **principi** già riconosciuti, in materia, dal **codice di procedura penale** e dallo stesso **codice deontologico forense** (in particolare, per quanto riguarda il dovere di segretezza e riservatezza, anche nei confronti di ex clienti, la **rivelazione di notizie riservate o coperte dal segreto professionale**, la **rivelazione al pubblico del nominativo di clienti**, la **registrazione di colloqui tra avvocati** e la **corrispondenza tra colleghi**), nonché da altre **regole di comportamento** individuate dall'**Unione delle camere penali italiane** o da ulteriori organismi sottoscrittori del presente codice deontologico.

Capo I -Principi generali

Art. 1. Ambito di applicazione

1. Le **disposizioni** del presente codice **devono essere rispettate** nel **trattamento di dati personali** per svolgere **investigazioni difensive** o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sia nel corso di un procedimento, anche in sede **amministrativa**, di **arbitrato** o di **conciliazione**, sia nella fase **propedeutica** all'instaurazione di un eventuale giudizio, sia nella fase **successiva** alla sua definizione, da parte di:

a) **avvocati** o **praticanti avvocati** iscritti ad albi territoriali o ai relativi registri, sezioni ed elenchi, i quali esercitino l'attività in forma individuale, associata o societaria svolgendo, anche su mandato, un'attività in sede giurisdizionale o di consulenza o di assistenza stragiudiziale, anche avvalendosi di **collaboratori**, **dipendenti** o **ausiliari**, nonché da **avvocati stranieri** esercenti legalmente la professione sul territorio dello Stato;

b) soggetti che, sulla base di uno **specifico incarico** anche da parte di un **difensore** (aut. gen. n. 6/2007, punto n. 2), svolgano in conformità alla legge attività di **investigazione privata** (art. 134 r.d. 18 giugno 1931, n. 773; art. 222 norme di coordinamento del c.p.p.).

2. Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, a chiunque tratti dati personali per le finalità di cui al comma 1, in particolare a altri liberi professionisti o soggetti che in conformità alla legge prestino, su mandato, attività di assistenza o consulenza per le medesime finalità.

Capo II - Trattamenti da parte di avvocati

Art. 2. Modalità di trattamento

1) L'avvocato organizza il **trattamento anche non automatizzato dei dati** personali secondo le **modalità** che risultino **più adeguate**, caso per caso, a **favorire** in concreto l'effettivo **rispetto** dei **diritti**, delle **libertà** e della **dignità** degli **interessati**, applicando i principi di **finalità**, **necessità**, **proporzionalità** e **non eccedenza** sulla base di un'attenta **valutazione sostanziale** e non **formalistica** delle garanzie previste, nonché di **un'analisi** della **quantità** e qualità delle **informazioni** che utilizza e dei possibili rischi.

2) Le **decisioni** relativamente a quanto previsto dal comma 1 sono **adottate** dal **titolare del trattamento** il quale resta individuato, a seconda dei casi, in:

a) un singolo **professionista**;

b) una **pluralità di professionisti, codifensori** della medesima parte assistita o che, anche al di fuori del mandato di difesa, siano stati comunque interessati a concorrere all'opera professionale quali consulenti o domiciliatari;

c) un'**associazione** tra **professionisti** o una società di professionisti.

3) Nel **quadro** delle adeguate **istruzioni** da **impartire** per **iscritto** agli **incaricati del trattamento** da **designare** e ai **responsabili del trattamento prescelti facoltativamente** (artt. 29 e 30 del Codice), sono **formulate** concrete **indicazioni** in ordine alle **modalità** che tali soggetti devono **osservare**, a seconda del loro **ruolo** di **sostituto processuale**, di **praticante avvocato** con o senza abilitazione al patrocinio, di **consulente tecnico** di parte, **perito**, **investigatore privato** o altro ausiliario che **non** rivesta la qualità di **autonomo** titolare del trattamento, nonché di **tirocinante**, **stagista** o di persona addetta a compiti di collaborazione amministrativa.

4) **Specificata attenzione** è prestata all'adozione di **idonee cautele** per prevenire l'**ingiustificata raccolta, utilizzazione** o **conoscenza di dati** in caso di:

a) **acquisizione** anche **informale** di **notizie, dati e documenti** connotati da un **alto grado di confidenzialità** o che possono **comportare**, comunque, **rischi** specifici per gli interessati;

b) **scambio** di **corrispondenza**, specie per via **telematica**;

c) **esercizio contiguo** di **attività autonome** all'interno di uno studio;

d) **utilizzo** di **dati** di cui è **dubbio l'impiego lecito**, anche per effetto del ricorso a **tecniche invasive**;

e) **utilizzo e distruzione** di **dati** riportati su particolari **dispositivi** o **supporti**, specie **elettronici** (ivi comprese **registrazioni audio/video**¹⁵³), o **documenti** (tabulati di **flussi telefonici** e **informatici**, **consulenze tecniche** e **perizie, relazioni** redatte da **investigatori privati**);

f) **custodia** di **materiale documentato**, ma **non utilizzato** in un procedimento e ricerche su **banche dati a uso interno**, specie se consultabili anche telematicamente da uffici dello stesso titolare del trattamento situati altrove;

¹⁵³ Per uno studio sulle modalità operative mediante le quali la polizia giudiziaria compie tali attività, vedasi soprattutto DELLE FAVE C., *Manuale di polizia giudiziaria. Procedure, atti da redigere, modalità operative*, Maggioli editore, RSM, 2008, pag. 194 e ss.

g) **acquisizione di dati e documenti da terzi**, verificando che si abbia titolo per ottenerli;

h) **conservazione di atti relativi ad affari definiti**.

5) Se i **dati** sono **trattati** per esercitare il **diritto di difesa** in sede **giurisdizionale**, ciò può avvenire **anche prima** della **pendenza** di un **procedimento**, **sempreché** i dati medesimi risultino strettamente **funzionali all'esercizio del diritto di difesa**, in **conformità** ai principi di **proporzionalità**, di **pertinenza**, di **completezza** e di **non eccedenza** rispetto alle finalità difensive (art. 11 del Codice).

6) Sono **utilizzati lecitamente** e secondo **correttezza**:

a) i **dati personali** contenuti in **pubblici registri, elenchi, albi**, atti o documenti **conoscibili da chiunque**, nonché in **banche di dati, archivi ed elenchi**, ivi compresi gli atti dello **stato civile**, dai quali possono essere **estratte lecitamente informazioni** personali riportate in certificazioni e **attestazioni** utilizzabili a **fini difensivi**;

b) **atti, annotazioni, dichiarazioni e informazioni** acquisite **nell'ambito di indagini difensive**, in particolare ai sensi degli articoli **391-bis, 391-ter e 391-quater** del **codice** di procedura penale, **evitando l'ingiustificato rilascio di copie** eventualmente richieste. Se per effetto di un **conferimento accidentale**, anche in sede di acquisizione di dichiarazioni e informazioni ai sensi dei medesimi articoli 391-bis, 391-ter e 391-quater, sono **raccolti dati eccedenti e non pertinenti** rispetto alle finalità difensive, tali dati, qualora **non possano essere estrapolati o distrutti, formano un unico contesto**, unitariamente agli **altri dati raccolti**.

Art. 3. Informativa unica

1) **L'avvocato può fornire in un unico contesto**, anche mediante **affissione** nei locali dello **Studio** e, se ne dispone, **pubblicazione** sul proprio **sito Internet**, anche utilizzando **formule sintetiche e colloquiali, l'informativa** sul **trattamento dei dati personali** (art. 13 del Codice) e le **notizie** che **deve indicare** ai sensi della **disciplina sulle indagini difensive**.

Art. 4. Conservazione e cancellazione dei dati

1) La **definizione** di un **grado** di **giudizio** o la **cessazione** dello svolgimento di un **incarico non comportano un'automatica dismissione dei dati**. Una volta **estinto il procedimento** o il relativo rapporto di **mandato, atti e documenti attinenti** all'oggetto della **difesa** o delle **investigazioni difensive possono essere conservati**, in **originale** o in **copia** e anche in **formato elettronico**, qualora **risulti necessario** in relazione a **ipotizzabili** altre **esigenze difensive** della parte assistita o del titolare del trattamento, ferma restando la loro **utilizzazione** in **forma anonima** per **finalità scientifiche**. La valutazione è effettuata tenendo conto della tipologia dei dati. Se è prevista una **conservazione** per adempiere a un obbligo normativo, anche in **materia fiscale** e di contrasto della criminalità, sono **custoditi** i soli **dati personali** effettivamente **necessari** per adempiere al medesimo obbligo.

2) **Fermo** restando quanto previsto dal **codice deontologico forense** in ordine alla **restituzione** al cliente **dell'originale** degli **atti** da questi **ricevuti**, e salvo quanto **diversamente stabilito** dalla **legge**, **è consentito, previa comunicazione** alla parte assistita, **distuggere, cancellare o consegnare** all'avente **diritto** o ai suoi **eredi** o **aventi causa** la **documentazione integrale** dei **fascicoli** degli affari trattati e le relative copie.

3) In caso di **revoca** o di **rinuncia** al **mandato** fiduciario o del patrocinio, la **documentazione acquisita** è **rimessa**, in **originale** ove detenuta in tale forma, al **difensore** che **subentra** formalmente nella difesa.

4) La **titolarità** del trattamento **non cessa** per il solo fatto della **sospensione** o **cessazione** dell'esercizio della **professione**. In caso di **cessazione** anche per sopravvenuta incapacità e qualora manchi un altro difensore anche succeduto nella difesa o nella cura dell'affare, la **documentazione** dei fascicoli degli affari trattati, **decorso un congruo termine** dalla **comunicazione all'assistito**, è **consegnata** al **Consiglio** dell'ordine di appartenenza ai fini della **conservazione** per **finalità difensive**.

Art. 5. Comunicazione e diffusione di dati

1) Nei **rapporti** con i **terzi** e con la **stampa** **possono essere rilasciate informazioni non coperte da segreto** qualora sia necessario per finalità di tutela dell'assistito, **ancorché non concordato** con l'**assistito** medesimo, nel **rispetto** dei principi di **finalità, liceità, correttezza, indispensabilità, pertinenza e non eccedenza** di cui al Codice (art. 11), nonché dei **diritti** e della **dignità dell'interessato** e di **terzi**, di eventuali **divieti di legge** e del **codice deontologico forense**.

Art. 6. Accertamenti riguardanti documentazione detenuta dal difensore

1) In occasione di **accertamenti ispettivi** che lo riguardano l'avvocato ha diritto ai sensi dell'articolo 159, comma 3, del Codice che vi **assist** il **presidente** del competente **Consiglio** dell'ordine forense o un **consigliere** da questo delegato. **Allo stesso**, se interviene e ne fa richiesta, è **consegnata copia** del provvedimento.

2) In sede di **istanza di accesso o richiesta di comunicazione dei dati di traffico relativi a comunicazioni telefoniche** in entrata ai sensi degli artt. 8, comma 2, lett. f) e 24, comma 1, lett. f) del Codice, **l'avvocato attesta al fornitore di servizi** di comunicazione elettronica accessibili al pubblico la **sussistenza del pregiudizio effettivo** e concreto che deriverebbe per lo svolgimento delle **investigazioni difensive** dalla **mancata disponibilità dei dati**, **senza menzionare** necessariamente il **numero** di repertorio di un **procedimento penale**.

Capo III -Trattamenti da parte di altri liberi professionisti e ulteriori soggetti

Art. 7. Applicazione di disposizioni riguardanti gli avvocati

1) Le disposizioni di cui agli articoli **2** e **5** **si applicano**, salvo quanto applicabile per legge **unicamente all'avvocato**:

a) a **liberi professionisti** che prestino o su **mandato dell'avvocato** o unitamente a esso o, comunque, nei casi e nella misura consentita dalla legge, attività di **consulenza** e **assistenza** per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria o per lo svolgimento delle **investigazioni difensive**;

b) agli **altri soggetti**, di cui all'art. 1, comma 2, **salvo quanto** risulti obiettivamente **incompatibile** in relazione alla figura soggettiva o alla funzione svolta.

Capo IV -Trattamenti da parte di investigatori privati

Art. 8. Modalità di trattamento

1) **L'investigatore privato** organizza il **trattamento** anche non **automatizzato** dei dati personali secondo le modalità di cui all'articolo 2, comma 1.

2) L'investigatore privato **non può intraprendere** di propria **iniziativa investigazioni, ricerche** o **altre forme di raccolta** dei dati. Tali **attività** possono essere **eseguite esclusivamente** sulla base di apposito **incarico conferito** per **iscritto** e solo per le **finalità** di cui al **presente** codice.

3) **L'atto d'incarico** deve **menzionare** in maniera specifica il **diritto** che si intende esercitare in sede giudiziaria, ovvero il **procedimento penale** al quale **l'investigazione è collegata**, nonché i **principali elementi di fatto** che giustificano **l'investigazione** e il **termine ragionevole entro** cui questa **deve essere conclusa**.

4) L'investigatore privato **deve eseguire personalmente l'incarico** ricevuto e può **avvalersi** solo di **altri investigatori privati indicati** nominativamente **all'atto del conferimento dell'incarico**, oppure **successivamente in calce** a esso qualora tale possibilità sia stata **prevista** nell'atto di **incarico**. Restano ferme le prescrizioni relative al trattamento dei dati sensibili contenute in atti autorizzativi del Garante.

5) Nel caso in cui si avvalga di **collaboratori interni** designati quali responsabili o incaricati del trattamento in conformità a quanto previsto dagli artt. 29 e 30 del Codice, l'investigatore privato **formula concrete indicazioni** in ordine alle **modalità da osservare e vigila**, con **cadenza** almeno **settimanale**, sulla puntuale **osservanza** delle **norme di legge** e delle **istruzioni impartite**. Tali soggetti possono avere **accesso ai soli dati** strettamente pertinenti alla **collaborazione** a essi richiesta.

6) Il **difensore** o il **soggetto** che ha **conferito l'incarico** devono essere **informati periodicamente dell'andamento dell'investigazione**, anche al fine di

permettere loro una **valutazione** tempestiva circa le **determinazioni da adottare** riguardo all'esercizio del diritto in sede **giudiziaria** o al **diritto alla prova**.

Art. 9. Altre regole di comportamento

1) **L'investigatore privato** si astiene dal porre in essere **prassi elusive** di **obblighi** e di **limiti di legge** e, in particolare, **conforma** ai **principi di liceità e correttezza** del **trattamento** sanciti dal Codice:

a) **l'acquisizione di dati personali** presso altri titolari del trattamento, anche mediante **mera consultazione**, verificando che si abbia titolo per ottenerli;

b) il **ricorso ad attività** lecite di **rilevamento**, specie a **distanza**, e di **audio/videoripresa**;

c) la **raccolta** di **dati biometrici**.

2) L'investigatore privato rispetta nel trattamento dei dati le disposizioni di cui all'articolo 2, commi 4, 5 e 6 del presente codice.

Art. 10. Conservazione e cancellazione dei dati

1) Nel rispetto dell'art. 11, comma 1, lett. e) del Codice i **dati personali trattati dall'investigatore privato** possono essere **conservati** per un **periodo non superiore** a quello **strettamente necessario** per eseguire **l'incarico ricevuto**. A tal fine deve essere **verificata** costantemente, anche mediante **controlli periodici**, la stretta **pertinenza, non eccedenza e indispensabilità** dei dati **rispetto alle finalità** perseguite e **all'incarico conferito**.

2) Una volta **conclusa** la **specificativa attività investigativa**, il **trattamento deve cessare** in ogni sua forma, fatta **eccezione** per l'immediata **comunicazione** al **difensore** o al soggetto che ha conferito l'incarico, i **quali possono consentire**, anche in **sede di mandato**, l'eventuale **conservazione temporanea** di materiale strettamente personale dei soggetti che hanno curato l'attività svolta, a i soli **fini** dell'eventuale **dimostrazione della liceità e correttezza del proprio operato**. Se è stato **contestato** il **trattamento** il **difensore** o il soggetto che ha conferito l'incarico possono anche **fornire all'investigatore** il materiale **necessario per dimostrare la liceità e correttezza del proprio operato**, per il **tempo** a ciò strettamente **necessario**.

3) La sola **pendenza** del procedimento al quale **l'investigazione è collegata**, ovvero il passaggio ad altre fasi di giudizio in attesa della formazione del giudicato, **non costituiscono**, di per se stessi, una **giustificazione valida** per la **conservazione dei dati** da parte dell'investigatore privato.

Art. 11. Informativa

1) L'investigatore privato **può fornire l'informativa** in un **unico contesto** ai sensi dell'articolo 3 del presente codice, ponendo in particolare **evidenza l'identità** e la **qualità professionale dell'investigatore**, nonché la **natura** facoltativa del **conferimento dei dati**.

Capo V - Disposizioni finali

Art. 12. Monitoraggio dell'attuazione del codice

1) Ai sensi della art. 135 del Codice, i **soggetti che sottoscrivono** il presente codice **avviano forme di collaborazione** per **verificare periodicamente** la sua **attuazione** anche ai fini di un eventuale adeguamento alla **luce** del progresso **tecnologico, dell'esperienza** acquisita o di novità normative.

Art. 13. Entrata in vigore

1) Il presente codice si **applica** a decorrere dal **1° gennaio 2009**.

Sottoscritto da

- AIGA - Associazione italiana giovani avvocati;
- CNF - Consiglio nazionale forense;
- OUA - Organismo unitario dell'avvocatura italiana;
- UAE -Unione avvocati europei;
- UCPI -Unione camere penali italiane;
- UNCC -Unione nazionale camere civili;
- A.I.PRO.S. - Associazione italiana professionisti della sicurezza;

- FEDERPOL -Federazione italiana istituti investigazioni- Informazioni- Sicurezza.

PREGIUDIZI SEDIMENTATI

“*Charlie Brown: Tu sei l’avvocato difensore o l’avvocato di parte civile?*”

Snoopy: Lo saprò solo alla fine del processo”.

Charles M. Schulz

L’entrata in vigore del codice accusatorio ha certamente introdotto un **mutamento dei ruoli** dei soggetti del procedimento penale, tale da far parlare di una **rivoluzione copernicana**. Come ogni cambiamento esso ha portato alla costituzione di prevedibili, anche se ingiustificati, pregiudizi da parte di chi con più reticenze si è adeguato ai nuovi compiti.

In considerazione del particolare rilievo attribuito agli atteggiamenti soggettivi ostili all’emersione delle indagini difensive, si ritiene doveroso esprimere qualche considerazione in merito, in relazione ai diversi soggetti:

1. LA MAGISTRATURA GIUDICANTE.

Essa ha manifestato fin da subito una certa **chiusura verso un difensore parte attiva** del procedimento, presumibilmente per due ragioni di fondo:

- 1.1. in parte perché **nostalgica** del proprio ruolo **inquisitorio e parziale**;
- 1.2. maggiormente in quanto **convinta** che, nel nuovo impianto, **solo** il magistrato del **pubblico ministero tenda** veramente all’accertamento della **verità**, per contro ad un difensore tendente all’affermazione delle proprie ragioni *sic et simpliciter*.

Naturale conseguenza di questo atteggiamento è stato lo **svilimento** della **terzietà** che dovrebbe contraddistinguere il **giudice** in ogni stato e grado del procedimento, stante l’appiattimento frequentemente riscontrato delle decisioni giudiziali sulle posizioni dell’organo inquirente.

Sul punto è doverosa una precisazione. Va messo in evidenza infatti come la **carezza di terzietà** sia riferibile alla magistratura giudicante con un **diverso grado** per le distinte figure, ovvero:

- 1.2.1. il **giudice** per le **indagini preliminari**, il quale, trovandosi a vivere spalla a spalla con il pubblico ministero, ha finito con l’avallarne pressoché in toto le richieste;

1.2.2. il **giudice dell'udienza preliminare**, il quale, relegato a mero traghettatore delle risultanze delle indagini verso il dibattito, indubbiamente favorendo la parte più edotta “allo stato degli atti,” vale a dire il pubblico ministero

Entrambe queste figure possono dirsi investite dalle problematiche citate.

1.2.3. il **giudice del dibattimento**, il quale ha **risentito molto meno** della presenza del pubblico ministero, **preservando** maggiormente la **terzietà** tra le parti.

Ad esso può, tuttavia, essere attribuita una scarsa imparzialità nel momento valutativo degli atti del difensore, il che non è meno grave.

In virtù delle considerazioni esposte, sembra opportuno un **recupero** della **terzietà** del **giudice** e una **nuova considerazione** del **difensore**, quale organo che contribuisce all'accertamento dei fatti come un vero e proprio magistrato del pubblico ministero al contrario.

2. LA MAGISTRATURA INQUIRENTE.

Altrettanto **ostile** all'**attività investigativa** difensiva, si è mostrato il pubblico ministero, il quale:

2.1. ha interpretato il nuovo ruolo assegnatogli dal sistema accusatorio in maniera fin troppo accentratrice, sentendosi spesso **protagonista assoluto** ed esclusivo delle indagini preliminari;

2.2. posto in una **posizione** di vero e proprio **dominus**, ha spesso **considerato pregiudizievole** per le indagini stesse, nonché parziale e inattendibile, l'**indagine difensiva**. Anche quando il pubblico ministero ha riconosciuto all'operato del difensore la dignità di contributo al procedimento, ne ha limitato la portata ritenendosi referente unico delle risultanze raccolte.

La logica conseguenza di tali argomentazioni porta a comprendere facilmente come e perché si arrivi allo scontro, quando il difensore compie i propri accertamenti investigativi.

Il tema andrebbe risolto cercando un punto di incontro tra i due. Il **magistrato**, per interpretare al meglio il ruolo accusatorio attribuitogli,

dovrebbe aprirsi alla presenza del difensore nella fase delle indagini preliminari, **accettando il contributo** delle indagini difensive.

Purtroppo è proprio questa pleonastica **affermazione** che, pur non dovendo essere in discussione, sembra proprio costituisca una **chimera**.

3. L'AVVOCATURA.

La verifica dei comportamenti ostili non sarebbe completa se non si desse conto di un **atteggiamento** spesso **sbagliato** anche da parte dell'**avvocatura**.

Molti appartenenti alla categoria, anche dopo il 1989, hanno pensato di dedicarsi quasi esclusivamente alla sola **discussione finale**, per **due ragioni** sostanziali:

- 3.1. le indagini difensive comportano un **forte dispendio di tempo** e di **denaro**, con un investimento anche personale del difensore;
- 3.2. l'impegno nella mera discussione finale appare più consono ad una figura, consolidatasi nel tempo, di **abile ma sedentario dissertatore**.

Tutto ciò non si è ovviamente verificato per pigrizia o saccenza, sebbene appare indubbio come ogni cambiamento richieda uno sforzo che gli amanti dello *status quo*, accettano con difficoltà, quanto per numerose ragioni fra le quali spiccano:

- a) gli indubbi **rischi investigativi** già citati quali favoreggiamento, subornazione, ecc.;
- b) la **carenza di risorse** economiche;
- c) l'**indisponibilità**, al contrario dell'accusa, **di mezzi** dello stato nel compimento delle indagini.

Come se ciò non bastasse a scoraggiare il difensore interessato ad esperire una tutela dinamica, subentra poi la **scarsa considerazione** in cui vengono tenuti gli **atti** raccolti a fargli pensar bene di attendere pazientemente il dibattimento.

Sebbene questi problemi siano destinati a resistere nel tempo, rimane auspicabile un **passaggio** da una “difesa di posizione” ad una “**difesa dinamica**”.

Servono perciò oggi **avvocati più coraggiosi, capaci** di dirigere un pool investigativo, **attivi** sul campo e **meritevoli** di quella **parità** che ci si **ostina a non riconoscerli**.

**PRINCIPALI RIFERIMENTI NORMATIVI DEL CODICE DI
PROCEDURA PENALE ITALIANO¹⁵⁴**

"Vedi Molinari quando una cosa ti interessa veramente, devi correre e andartela a prendere."

Professor Antonio Martinelli (Giorgio Faletti)

Art. 327-bis c.p.p. Attività investigativa del difensore.¹⁵⁵

1. Fin dal momento **dell'incarico professionale**, risultante da **atto scritto**, il difensore ha **facoltà** di svolgere **investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito**, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro.
2. La facoltà indicata al comma 1 **può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento**, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.
3. Le attività previste dal comma 1 **possono essere svolte**, su incarico del **difensore**, dal **sostituto**, da **investigatori privati autorizzati** e, quando sono necessarie specifiche competenze, da **consulenti tecnici**¹⁵⁶.

Giurisprudenza rilevante

1. **Non è ammissibile** nel giudizio di **legittimità**, anche dopo l'entrata in vigore della legge 7 dicembre 2000, n. 397, la **produzione di nuovi documenti** attinenti al merito della **contestazione** e **all'applicazione** degli **istituti sostanziali**, non potendosi interpretare come una deroga ai principi generali del procedimento e del giudizio avanti la Corte di cassazione la lettera dell'art. 327 bis, comma 2 cod. proc. pen., nella parte in cui attribuisce al difensore la facoltà di svolgere «in ogni stato e grado del processo» investigazioni in favore del proprio assistito «nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI del presente libro». — Cass. III, sent. 43307 del **3-12-01** (ud. 19-10-01) rv. 220601.
2. In tema di **investigazioni difensive**, gli **avvertimenti** che, ai sensi dell'art. 391 bis comma 3 cod. proc. pen., il difensore deve rivolgere alla persona da cui

¹⁵⁴ Il **testo** degli articoli e della giurisprudenza, riportati in **originale**, sono stati tuttavia **formattati** per rendere più mettere in luce i passaggi di maggior rilievo.

¹⁵⁵ Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 472 e ss.

¹⁵⁶ Articolo aggiunto dall'art. 7, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

assume le informazioni, **non richiedono**¹⁵⁷ **forme particolari**, infatti l'art. 391 ter comma 3 cod. proc. pen. **non impone una attestazione formale**, a **differenza** di quanto previsto dallo stesso articolo — al comma 1 lett. c) — per la documentazione delle **semplici dichiarazioni**, né richiede che i verbali compilati dai difensori contengano **l'analitica enunciazione** dei singoli **avvertimenti** (nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha ritenuto sufficiente la seguente attestazione informale, contenuta nei verbali redatti dal difensore: «il dichiarante viene edotto delle facoltà di legge e di quanto disposto con gli art. 391 bis e 391 ter cod. proc. pen., di cui si dà lettura e che ha facoltà di non rispondere»). — Cass. II, sent. 43473 del **20-12-2002** (cc. 14-11-2002) rv. 223509.

3. In tema di **dichiarazioni** ed **informazioni** raccolte dal difensore, l'avvenuta **effettuazione** degli **avvisi** che devono a pena di inutilizzabilità essere rivolti al dichiarante va **documentata in modo analitico**, e **non è dunque sufficiente** che il difensore, nella relazione predisposta a mente dell'art. 391-ter del codice di rito, dia genericamente atto d'aver rivolto all'interessato gli avvertimenti indicati al terzo comma dell'art. 391-bis cod. proc. pen.. (In motivazione la Corte ha rilevato che la **VERBALIZZAZIONE ANALITICA È RICHIESTA** per l'attività del **pubblico ministero e del giudice**, e che **non vi sarebbe ragione di differenziare** il regime di documentazione degli **atti difensivi**, posto che la legge assegna loro la **stessa rilevanza processuale**). — Cass. F, sent. 34554 del **20-8-2003** (cc. 25-7-2003) rv. 228394.
4. In sede di investigazioni difensive, gli **avvertimenti** che il difensore deve rivolgere al soggetto dichiarante, ai sensi dell'art. 391 bis, comma terzo, cod. proc. pen. **a pena di inutilizzabilità** delle dichiarazioni, debbono essere **SPECIFICAMENTE VERBALIZZATI**, mentre **non può essere ritenuta sufficiente** la **semplice attestazione** in merito effettuata dal difensore ex art. 391 ter, comma primo lett. c), atteso che **non sussistono ragioni per differenziare l'attività del difensore da quella analoga posta in essere dal**

¹⁵⁷ Come si vedrà nei punti 3 e 4, la Cassazione cambierà indirizzo rendendo essenziali tali avvertimenti a pena di inutilizzabilità, atteso che a pari rilevanza processuale non sussistono ragioni evidenti per differenziare l'attività difensiva da quella accusativa, ma anche al fine di rendere negli atti ben chiaro, che il dichiarante è stato reso edotto dei suoi diritti / doveri e della natura dell'atto in formazione.

giudice o dal pubblico ministero — Cass. III, sent. 2017 del **22-1-2004** (ud. 15-7-2003) rv. 227390 (Arch. nuova proc. pen. 2004, 195).

Art. 371-ter c.p. False dichiarazioni al difensore.¹⁵⁸

*Nelle ipotesi previste dall'articolo 391-bis, commi 1 e 2, del codice di procedura penale, chiunque, **non essendosi avvalso della facoltà di cui alla lettera d) del comma 3 del medesimo articolo, rende dichiarazioni false è punito con la reclusione fino a quattro anni.***

*Il **procedimento** penale resta **sospeso** fino a quando nel procedimento nel corso del quale sono state assunte le dichiarazioni sia stata pronunciata sentenza di primo grado ovvero il procedimento sia stato anteriormente definito con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere¹⁵⁹.*

Giurisprudenza rilevante

1. È **inammissibile l'opposizione** alla richiesta di **archiviazione** proposta, ex art. 410 cod. proc. pen., dal **denunciante** in qualità di **danneggiato** dal reato di false dichiarazioni rese al difensore, in quanto persona offesa da tale reato deve ritenersi esclusivamente lo Stato- Collettività. — Sez. 6 sent. 27385 del 1-8-2006 (cc. **10-4-2006**) rv. 235131.

Art. 391-bis c.p.p. Colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore.

*1. **Salve le incompatibilità** previste dall'articolo 197¹⁶⁰, **comma 1, lettere c) e d)**, per **acquisire notizie il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa.** In questo caso, l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un **colloquio non documentato**.*

¹⁵⁸ Vedasi anche STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 475 e ss.

¹⁵⁹ Articolo aggiunto dall'art. 20, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

¹⁶⁰ **Art. 197/1 lett. "c" e "d" del c.p.p. Incompatibilità con l'ufficio di testimone.**

1. **Non possono essere assunti come testimoni:**

c) **il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria;**
d) **coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di giudice, pubblico ministero o loro ausiliario, [126] nonché il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni assunte ai sensi dell'articolo 391ter.**

2. Il difensore o il sostituto possono inoltre **chiedere** alle persone di cui al comma 1 una dichiarazione scritta ovvero di **rendere** informazioni da documentare secondo le **modalità** previste dall'articolo 391-ter¹⁶¹.

3. **In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici AVVERTONO le persone indicate nel comma 1:**

a) della propria **qualità** e dello **scopo del colloquio**;

b) se **intendono semplicemente conferire** ovvero **ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione**;

c) **dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato**;

d) della **facoltà di non rispondere** o di **non rendere la dichiarazione**;

e) del **divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date**;

f) delle **responsabilità penali** conseguenti alla falsa dichiarazione.

4. Alle **persone già sentite** dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero **non possono essere richieste notizie sulle domande formulate o sulle risposte date**¹⁶².

5. Per **conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da una persona sottoposta ad indagini o imputata nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato, è dato avviso, almeno ventiquattro ore prima, al suo difensore la cui presenza è necessaria. Se la persona è priva di difensore, il giudice, su richiesta del difensore che procede alle investigazioni, dispone la nomina di un difensore di ufficio ai sensi dell'articolo 97**¹⁶³.

¹⁶¹ Ovvero per iscritto mediante una relazione.

¹⁶² Il tema appare rilevante, infatti, sebbene non sia consentito "chiedere" al teste, rectius, alla persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, quali domande gli sono state fatte e quali risposte ha dato alla polizia giudiziaria o al Pubblico Ministero, le medesime domande gli "possono" essere poste. Ne consegue che vige il divieto per il dichiarante di rivelare quali sono state le domande e le risposte date ai predetti soggetti, ma non, per il difensore e gli altri soggetti che ne hanno facoltà, di porre quelle medesime domande e di ottenere delle risposte utilizzabili ai fini processuali.

¹⁶³ **Art. 97 del c.p.p. 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.*

6. Le **dichiarazioni ricevute** e le informazioni assunte in **violazione** di una delle **disposizioni** di cui ai commi precedenti **non possono essere utilizzate**. La violazione di tali disposizioni costituisce **illecito disciplinare**¹⁶⁴ ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare.

7. Per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona **detenuta**, il difensore deve munirsi di **specifica autorizzazione del giudice che procede nei confronti della stessa, sentiti il suo difensore ed il pubblico ministero**. **Prima dell'esercizio dell'azione penale** l'autorizzazione è data dal giudice per le indagini preliminari. Durante l'esecuzione della pena provvede il magistrato di sorveglianza.

8. All'assunzione di informazioni **non possono assistere la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa e le altre parti private**.

9. Il difensore o il sostituto **interrompono**¹⁶⁵ l'assunzione di informazioni da parte della persona **non imputata** ovvero della persona non sottoposta ad indagini, qualora essa **renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico**. Le precedenti dichiarazioni **non possono essere utilizzate** contro la persona che le ha rese.

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.

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

¹⁶⁴ Al fine di disincentivare tali violazioni, il Legislatore ha scelto di oltrepassare i confini processuali e di perseguire, anche se solo disciplinarmente, il soggetto responsabile.

¹⁶⁵ In tema di dichiarazioni indizianti, il medesimo principio si rinviene nell'art. 63/1 del c.p.p. in relazione alle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria:

Art. 63/1. Dichiarazioni indizianti.

1. Se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una **persona non imputata** ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono **indizi di reità a suo carico**, l'autorità procedente ne **interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore**. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese.

Ne consegue che sia l'art. 63/1 (dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria) che l'art. 301-bis/9 (dichiarazioni rese al difensore o al suo sostituto) del c.p.p., risultano strettamente connessi all'art. 198 del c.p.p., in relazione al principio del *nemo tenetur se detegere* che dice che il testimone non può essere obbligato a rispondere a domande dalle quale emerge una sua responsabilità di natura penale:

198/2. Obblighi del testimone.

2. Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale [63; c.p. 372, 384, 384bis].

10. Quando la **persona** in grado di riferire **circostanze utili** ai fini dell'attività investigativa abbia esercitato la **facoltà**¹⁶⁶ di cui alla lettera d) del comma 3, il **pubblico ministero**, su **richiesta del difensore**, ne **dispone l'audizione** che fissa entro **sette giorni** dalla richiesta medesima. Tale **disposizione non si applica** nei confronti delle **persone sottoposte ad indagini o imputate** nello stesso procedimento e nei confronti delle **persone sottoposte ad indagini o imputate** in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'articolo 210. **L'audizione si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande**. Anche con riferimento alle informazioni richieste dal difensore si applicano le disposizioni dell'articolo 362¹⁶⁷.

11. Il difensore, in **alternativa all'audizione** di cui al comma 10, può chiedere che si proceda con **incidente probatorio** all'assunzione della **testimonianza** o **all'esame della persona** che abbia esercitato la **facoltà** di cui alla lettera d) del comma 3, **anche al di fuori**¹⁶⁸ **delle ipotesi previste dall'articolo 392, comma 1**¹⁶⁹.

Giurisprudenza rilevante

1. Gli **elementi di prova** raccolti dal **difensore** ai sensi dell'art. 391 bis cod. proc. pen. sono **equiparabili**, quanto ad **utilizzabilità** e **forza probatoria**, a quelli raccolti dal **pubblico ministero** e, pertanto, il **giudice** al quale essi siano stati direttamente **presentati** ai sensi dell'art. **391 octies** stesso codice non può limitarsi ad acquisirli, ma **deve valutarli** unitamente a tutte le altre **risultanze** del **procedimento**, **spiegando** — ove **ritenga di disattenderli** — le relative **ragioni** con **adeguato apparato argomentativo**. (Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha annullato con rinvio, per **mancanza di motivazione**,

¹⁶⁶ Ovvero si avvalga della **facoltà di non rispondere** o di **non rendere la dichiarazione**.

¹⁶⁷ Lo stesso vincolo che proviene dall'art. 391bis/3 lett. e, che limita il difensore ed il suo sostituto nel porre domande, qui per contrappasso si rinviene anche per il pubblico ministero ex art. 362/1 del c.p.p.:

Art. 362 del c.p.p. Assunzione di informazioni.

1. Il pubblico ministero assume informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Alle persone **già sentite dal difensore** o dal suo **sostituto non possono** essere **chieste informazioni** sulle **domande** formulate e sulle **risposte** date. Si applicano le disposizioni degli articoli 197, 197bis, 198, 199, 200, 201, 202 e 203.

¹⁶⁸ Questo inciso introduce un elemento di **grande forza** nella **capacità di assumere informazioni** da parte del **difensore** in quanto, o la persona in grado di fornire circostanze utili alle indagini riferisce tali circostanze **spontaneamente**, oppure il difensore può **chiedere l'incidente probatorio**, senza neppure avere bisogno di soddisfare i requisiti di cui all'art. 392 del c.p.p.

¹⁶⁹ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

l'ordinanza di un tribunale del riesame il quale, a fronte di dichiarazioni prodotte dalla difesa a conferma di un alibi, si era limitato ad osservare che la loro effettiva attendibilità avrebbe dovuto essere verificata dall'autorità giudiziaria precedente). — Cass. II, sent. 13552 del **9-4-02** (ud. 30-1-02) rv. 221550. Conf. rv. 209300.

2. **L'omessa o tardiva trasmissione** al tribunale del riesame degli **atti di indagine difensiva sopravvenuti** rispetto alla formazione del fascicolo presentato al giudice cautelare **non comporta** per se stessa **l'inefficacia** della misura impugnata, in quanto il comma 5 dell'art. 309 cod. proc. pen. circoscrive l'obbligo di trasmissione ai soli elementi di segno favorevole per il ricorrente; **grava** su quest'ultimo l'onere di **dimostrare in dettaglio, avanti al tribunale del riesame**, il senso favorevole degli elementi contenuti negli **atti di investigazione difensiva non trasmessi**, i quali sono per loro natura a disposizione della difesa e **suscettibili di diretta presentazione al giudice** secondo l'attuale disposto dell'art. **391- Octies** cod. proc. pen. e l'abrogata previsione dell'art. 38 delle relative disposizioni di attuazione. — Cass. III sent. 38653 del **18-11-2002** (cc. 9-10-2002) rv. 225402 (Arch. nuova proc. pen. 2003, 43).
3. In tema di **revisione**, nella fase del giudizio **sull'ammissibilità** della richiesta il **giudice non può esimersi** dall'obbligo di **apprezzare la manifesta inidoneità e inefficacia dimostrativa**, rispetto al prospettato risultato finale del proscioglimento, dei **nuovi elementi di prova** attinti da un radicale **vizio di inutilizzabilità**, rilevabile anche d'ufficio e conseguente ad obiettive violazioni dei divieti stabiliti dalla legge processuale, anche ai fini di una valutazione prognostica sulla congruenza in astratto degli elementi su cui si basa la richiesta di revisione. (Nella specie la Corte, dichiarando l'inammissibilità del ricorso, ha ritenuto che fossero **inutilizzabili** le nuove **prove dichiarative** poste a base della domanda di revisione, in quanto **fondate** su «**dichiarazioni** raccolte nelle **indagini difensive**» **senza** il rispetto delle **prescrizioni stabilite**, a pena di inutilizzabilità, dall'art. 391 bis cod. proc. pen. in materia di **documentazione delle investigazioni difensive**). — Cass. I, sent. 45612 del **25-11-2003** (cc. 5-11-2003) rv. 227131 (Dir. e giust. 2003, 44, pag. 12, nota).
4. In tema di indagini difensive, ai fini della **richiesta** prevista dall'art. **391 bis, comma primo** cod. proc. pen. per **l'audizione di persone** che hanno esercitato

la **facoltà di non rispondere** o di non rendere la dichiarazione, è **necessario** che il **difensore specifichi l'oggetto dell'audizione**, indicando gli **argomenti** sui quali si intendono sentire i soggetti indicati dal primo comma del suddetto articolo. — Cass. VI, ord. 28079 del **22-6-2004** (cc. 13-5-2004) rv. 229828.

5. In tema di indagini difensive, la **richiesta** al pubblico ministero di **disporre l'audizione della persona informata su fatti** di interesse per l'investigazione 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 **pubblico ministero non ha l'obbligo di provvedere**. — Cass. II, sent. 40232 del 6-12-2006 (cc. 23-11-2006) rv. 235594 (Guida al dir. 2007, 14, pag. 64, nota).
6. In tema di investigazioni difensive, le **dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero**, ai sensi dell'art. 391 bis comma decimo, cod. proc. pen., da colui che si sia **rifiutato di rispondere al difensore**, costituiscono a tutti gli effetti **atti del pubblico ministero**, con il conseguente **inserimento nel fascicolo del pubblico ministero e non** in quello del **difensore**. — Cass. III, sent. 21092 del 29-5-2007 (ud. 27-2-2007) rv. 236741.
7. Le **dichiarazioni** che il **sottoposto ad indagine** rende al suo **difensore** nell'ambito delle attività di **investigazione difensiva non possono essere** annoverate nella categoria degli «**elementi forniti dalla difesa**», in merito ai quali, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, l'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale deve espressamente motivare l'irrilevanza. — Cass. II, sent. 35589 del **26-9-2007** (cc. 7-6-2007) rv. 238110.
8. Le **dichiarazioni assunte dal difensore dell'indagato** nell'ambito di attività di investigazione difensiva hanno lo **stesso valore probatorio** astratto delle **dichiarazioni acquisite dal pubblico ministero**, salva la valutazione di **attendibilità** intrinseca dei **dichiaranti**. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto congruamente motivata la valutazione dei giudici di merito, a parere dei quali i soggetti interrogati dal difensore — tutti **parenti ed amici** dell'indagato -, erano intrinsecamente **non credibili**). — Cass. II, sent. 43349 del **22-11-2007** (cc. 17-10-2007) rv. 238806.

Art. 391-ter c.p.p. Documentazione delle dichiarazioni e delle informazioni.

1. La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis, sottoscritta dal dichiarante, è autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una **relazione** nella quale sono riportati:

- a) la **data** in cui ha ricevuto la **dichiarazione**;
- b) le **proprie generalità** e quelle della **persona** che ha rilasciato la **dichiarazione**;
- c) l'attestazione¹⁷⁰ di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'articolo 391-bis;
- d) i **fatti** sui quali verte la **dichiarazione**.

2. La **dichiarazione** è **allegata** alla relazione.

3. Le **informazioni** di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis sono **documentate** dal **difensore** o da un suo **sostituto** che possono avvalersi per la materiale redazione del **verbale** di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili¹⁷¹.

Art. 391-quater c.p.p. Richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione.

1. Ai fini delle indagini difensive, il difensore può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese.

2. L'istanza deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o lo detiene stabilmente.

3. In caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368¹⁷².

Art. 391-quinquies c.p.p. Potere di segretezza del pubblico ministero.

1. Se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero può, con decreto motivato, vietare alle persone sentite di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza. Il divieto non può avere una durata superiore a due mesi.

¹⁷⁰ Questo comma è particolarmente rilevante ed oggetto di sentenze fra loro contrastanti da parte della Cassazione, in relazione al significato da attribuire alla parola "attestazione", tematica oggi definitivamente risolta, vedasi supra, punti 3 e 4 della giurisprudenza connessa all'art. 327-bis c.p.p.

¹⁷¹ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

¹⁷² Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

2. Il pubblico ministero, nel comunicare il divieto di cui al comma 1 alle persone che hanno rilasciato le dichiarazioni, le avverte delle responsabilità penali conseguenti all'indebita rivelazione delle notizie¹⁷³.

Art. Art. 391- Sexies c.p.p. Accesso ai luoghi e documentazione.

1. Quando effettuano un **accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose** ovvero per procedere alla loro **descrizione** o per **eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi**, il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'articolo 391-bis possono redigere un **verbale** nel quale sono riportati:

- a) la **data** ed il **luogo** dell'accesso;
- b) le **proprie generalità** e quelle delle **persone intervenute**;
- c) la **descrizione dello stato dei luoghi e delle cose**;
- d) l'**indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti**, che fanno parte integrante dell'atto e sono **allegati al medesimo**. Il verbale è sottoscritto dalle persone intervenute¹⁷⁴.

Art. 391- Septies c.p.p. Accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico.

1. Se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità.

2. Nel caso di cui al comma 1, la persona presente è avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'articolo 120.

3. Non è consentito l'accesso ai luoghi di abitazione e loro pertinenze, salvo che sia necessario accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato¹⁷⁵.

Giurisprudenza rilevante

1. In tema di indagini difensive, la possibilità di **accesso a luoghi privati o non aperti al pubblico** ai sensi dell'art. 391- Septies c.p.p., prevede per il difensore **esclusivamente la possibilità di ispezione dei luoghi**, ma **NON I POTERI DI**

¹⁷³ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2)

¹⁷⁴ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

¹⁷⁵ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2)

PERQUISIZIONE¹⁷⁶ AL FINE DI ACQUISIRE DOCUMENTAZIONE¹⁷⁷. Ne consegue che tale attività **non è consentita** in

quanto espressamente **disciplinata** dall'art. **391-quater** c.p.p., solo con riferimento alla **pubblica amministrazione**. (Fattispecie in cui la Corte di cassazione ha sottolineato come i poteri derivanti dall'art. 391- Septies vadano letti insieme alla disciplina prevista dall'art. 391- Sexies, che regola l'accesso ai luoghi, e che consente di **procedere esclusivamente alla descrizione dei luoghi** medesimi o delle cose e di **eseguire rilievi** tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, redigendo apposito **verbale**, e all'art. 391-quater c.p.p. che si riferisce esclusivamente alla richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione). Cassazione penale , sez. II, **12 ottobre 2005** , n. 42588.

2. Le **investigazioni «tecniche»** consentite al difensore **non possono mai spingersi** fino al punto di **consentire** al medesimo una qualunque **attività** sui **luoghi** o sulle **cose** che possa in qualche modo **alterarne lo stato**; pertanto, mentre è **possibile** al difensore procedere ad **attività** sostanzialmente **ricognitive** o **descrittive**, **non gli è consentito** procedere a verifiche che comportano **un'alterazione** dello **stato** dei **luoghi** o della **cosa**, come ad esempio, il **prelievo dei campioni**¹⁷⁸ al fine di procedere ad esami tecnici. Tribunale Nola, **03 marzo 2005**.

Art. 391- Octies c.p.p. Fascicolo del difensore.

1. Nel corso delle **indagini preliminari** e **nell'udienza preliminare**, quando il **giudice** deve adottare una **decisione** con l'intervento della **parte privata**, il **difensore** può **presentargli** direttamente gli elementi di **prova a favore** del proprio assistito.
2. Nel corso delle **indagini preliminari** il **difensore** che abbia **conoscenza** di un **procedimento penale** può **presentare** gli **elementi difensivi** di cui al comma 1 direttamente al **giudice**, **perché ne tenga conto** **anche** nel caso in cui debba adottare una **decisione** per la quale **non è previsto l'intervento della parte assistita**.
3. La **documentazione** di cui ai commi 1 e 2, in **originale** o, se il **difensore** ne richiede la **restituzione**, in **copia**, è **inserita nel fascicolo del difensore**, che è

¹⁷⁶ Cfr. LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 149 e ss.

¹⁷⁷ A fronte dei poteri di perquisizione e sequestro che invece vengono affidati alla polizia giudiziaria, per lo meno in questo terreno, risulta evidente una situazione di assoluta disparità di poteri di indagine fra accusa e difesa.

¹⁷⁸ Ibidem.

formato e conservato **presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari**. Della documentazione il **pubblico ministero può prendere visione ed estrarre copia prima che venga adottata una decisione** su richiesta delle altre parti o con il loro intervento. **Dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore è inserito nel fascicolo di cui all'articolo 433¹⁷⁹**.

4. **Il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito¹⁸⁰**.

Giurisprudenza rilevante

1. La **sanzione di perdita di efficacia della misura cautelare** prevista dall'art. **309** comma quinto cod. proc. pen. si **applica** esclusivamente nei casi in cui il **pubblico ministero** abbia **omesso di trasmettere** al tribunale del riesame **atti favorevoli all'indagato** da lui **non conosciuti** nè conoscibili e pertanto **non è applicabile** nel caso di **mancata trasmissione** della documentazione relativa alle **investigazioni difensive**. — Cass. II, sent. 9952 del **11-3-2005** (cc. 4-3-2005) rv. 231127.
2. È **illegittimo il provvedimento** con cui il giudice dell'udienza preliminare **dichiari l'inutilizzabilità** delle **indagini difensive** depositate il **giorno successivo alla prima udienza**, considerato che il principio della **continuità investigativa** trova applicazione anche con riguardo alla parte privata, con la conseguenza che — in **virtù** del combinato disposto degli artt. 327 bis, comma secondo, 442, comma primo bis, 419, comma terzo, 421, comma terzo e 391-Octies cod. proc. pen. — le **indagini difensive** possono essere svolte in **qualsiasi stato e grado del procedimento**, costituire oggetto di **indagini suppletive** ed essere prodotte «**in limine**» e nel corso **dell'udienza preliminare**, fatto salvo il diritto delle controparti di esercitare il contraddittorio sulla prove non oggetto di preventiva «discovery». — Cass. V, sent. 23706 del **7-7-2006** (ud. 10-4-2006) rv. 235186.

Art. 391- Nonies c.p.p. Attività investigativa preventiva.

¹⁷⁹ Ovvero il fascicolo del pubblico ministero.

¹⁸⁰ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

1. *L'attività investigativa prevista dall'articolo 327-bis, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale.*

2. *Il mandato è rilasciato con sottoscrizione autenticata e contiene la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce¹⁸¹.*

Giurisprudenza rilevante

1. In materia di indagini difensive, qualora il **mandato** al difensore sia stato conferito per **compiere attività investigativa preventiva**, consistente nella **ricerca ed individuazione** di elementi di **prova** per l'eventuale promuovimento del **giudizio di revisione** della sentenza di condanna, **l'istanza** con la quale il difensore chiede l'autorizzazione al prelievo di campioni su reperti sequestrati ed in custodia dell'autorità giudiziaria, va proposta al **giudice dell'esecuzione** e non già al giudice che sarebbe competente per il giudizio di revisione, in quanto tale attività di indagine difensiva, consistente in una serie di **operazioni tecnico scientifiche**, risulta meramente **prodromica** alla eventuale **presentazione** dell'istanza di **revisione**. — Cass. I, sent. 1599 del **19-1-2007** (cc. 5-12-2006) rv. 236236.

Art. 391- Decies¹⁸² c.p.p. Utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive.

1. *Delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore le parti possono servirsi a norma degli articoli 500, 512 e 513.*

2. *Fuori del caso in cui è applicabile l'articolo 234, la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, presentata nel corso delle*

¹⁸¹ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

¹⁸² Cfr. Di Maio Antonino, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, pg. 278.

indagini preliminari o nell'udienza preliminare, è **INSERITA NEL FASCICOLO PREVISTO DALL'ARTICOLO 431**¹⁸³.

3. Quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il **difensore** deve **darne avviso**, senza ritardo, al **pubblico ministero** per l'esercizio delle facoltà previste, in quanto compatibili, dall'articolo 360. Negli **altri casi** di atti **non ripetibili** di cui al comma 2, il **pubblico ministero**, personalmente o mediante delega alla **polizia giudiziaria**, ha **facoltà** di assistervi.

4. Il verbale degli **accertamenti** compiuti ai sensi del **comma 3** e, quando il pubblico ministero ha esercitato la **facoltà di assistervi**, la documentazione degli atti compiuti ai sensi del comma 2 sono **inseriti nel fascicolo del difensore** e nel fascicolo del **pubblico ministero**. Si applica la **disposizione**¹⁸⁴ di cui all'articolo 431, comma 1, lettera c)¹⁸⁵.

Art. 430 c.p.p. Attività integrativa di indagine del pubblico ministero¹⁸⁶ e del difensore¹⁸⁷.

1. **Successivamente** all'emissione del decreto che dispone il giudizio, il **pubblico ministero** e il **difensore** possono, ai fini delle proprie richieste al giudice del dibattimento, **compiere attività integrativa** di indagine, fatta eccezione degli atti per i quali è **prevista la partecipazione dell'imputato** o del **difensore** di questo.

2. La documentazione relativa all'attività indicata nel comma 1 è immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione e di estrarne copia¹⁸⁸.

¹⁸³ Ovvero del fascicolo per il dibattimento, perciò idonei ad una lettura ex art. 511 del c.p.p.

¹⁸⁴ Ibidem:

Art. 431/1 lett. c. Fascicolo per il dibattimento.

1. **Immediatamente** dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento. Se una delle parti ne fa richiesta il giudice fissa una nuova udienza, non oltre il termine di quindici giorni, per la formazione del fascicolo. **Nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti:**

c) i **verbali degli atti non ripetibili** compiuti dal **pubblico ministero** e dal **difensore**.

¹⁸⁵ Il titolo VI-bis, con gli articoli da 391-bis a 391-decies, è stato aggiunto dall'art. 11, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2).

¹⁸⁶ In relazione alla "essenzialità" delle indagini preliminari del pubblico ministero, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 195 e ss.

¹⁸⁷ Sul tema del diritto di difesa in tale fase processuale, vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 199 e ss.

¹⁸⁸ Articolo così sostituito dall'art. 14, L. 7 dicembre 2000, n. 397 (Gazz. Uff. 3 gennaio 2001, n. 2). Il testo precedentemente in vigore così disponeva: «Attività integrativa di indagine del pubblico ministero.

1. **Successivamente** all'emissione del decreto che dispone il giudizio, il pubblico ministero, ai fini delle proprie richieste al giudice del dibattimento, può compiere attività integrativa di indagine, fatta eccezione degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questo.

Giurisprudenza rilevante

1. Dichiarata **infondata** la questione relativa all'art. 430 nella parte in cui **non prevede** che le **dichiarazioni rese dai testimoni al pubblico ministero** nella fase **dell'attività integrativa** di indagine **dopo l'udienza preliminare** possano essere **utilizzate** per le **contestazioni** ex art. 500¹⁸⁹. Osserva la Corte che la questione è mal posta, in quanto fondata su **un'errata interpretazione** della **norma**, la quale, imponendo che i relativi atti di indagine debbano essere inseriti nel fascicolo del pubblico ministero, li assoggetta alla disciplina propria di questi, compresa l'utilizzabilità per le contestazioni. C.Cost. 3-4-96 n. 95.
2. In tema di **attività integrativa di indagine**, che l'art. 430 cod. proc. pen. **consente di compiere al pubblico ministero anche dopo** l'emissione del **decreto** che dispone il **giudizio**, con esclusione comunque degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del suo difensore, deve ritenersi **legittima** ed **utilizzabile** per le **richieste** da formulare al giudice del dibattimento **l'assunzione**, da parte del pubblico ministero ed in assenza del difensore, delle **dichiarazioni di un imputato concernenti fatti ascritti** esclusivamente ad **altro imputato** nel medesimo processo, e ciò in quanto in ordine al predetto atto il **dichiarante** assume la **veste di persona** informata sui **fatti** e rispetto ad esso non è quindi ipotizzabile l'assistenza del difensore. (In motivazione la Corte ha altresì precisato che in ogni caso legittimato a proporre l'eccezione di inutilizzabilità dell'atto in questione è unicamente l'imputato dichiarante e non già il coimputato nei cui confronti le dichiarazioni sono state rese). — Cass. II, sent. 709 del **31-1-97** (ud. 11-12-96) rv. 206868.
3. **Successivamente all'emissione del decreto** che **dispone il giudizio**, al **pubblico ministero non è consentito** il compimento né di atti di **perquisizione**, né di atti di **sequestro**. (In motivazione, la S.C. ha rilevato come l'ultrattività dei **poteri di indagine** di cui all'art. 430 cod. proc. pen. costituisca

2. La documentazione relativa all'attività indicata nel comma 1 è immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero con facoltà dei difensori di prenderne visione ed estrarne copia.»

Di tale formulazione la Corte costituzionale, con sentenza 25 marzo-3 aprile 1996, n. 95 (Gazz. Uff. 10 aprile 1996, n. 15 - Prima serie speciale), ha dichiarato non fondata la questione di legittimità, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.

¹⁸⁹ Cfr. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 118 e ss.

una **deroga ai principi generali** fissati dall'art. 405 stesso codice, onde non ne può essere consentita interpretazione estensiva, sottolineando che la locuzione dell'art. 430 relativa “**agli atti per i quali è prevista la partecipazione del difensore**” **non può non comprendere** anche gli **atti per i quali è contemplata la sola facoltà di intervento del difensore**, a **nulla rilevando** che le **perquisizioni e i sequestri** siano tipici atti “a sorpresa”, mentre sono **rilevanti i loro tipici effetti processuali**, essendo **essi costitutivi di prova**). — Cass. I, sent. 858 del **12-4-94** (cc. 17-2-94) rv. 197404 (Cass. Pen. 1995, 1602, nota).

4. **Rientrano** nell'ambito di applicabilità dell'art. 430 cod. proc. pen., che disciplina lo svolgimento di attività integrativa di indagine, le **dichiarazioni, rese da un teste successivamente all'apertura del dibattimento ed assunte dalla polizia giudiziaria**, purché acquisite dal pubblico ministero; ne consegue che **tali dichiarazioni possono legittimamente essere utilizzate per le contestazioni nel corso del dibattimento**, a condizione che le altre parti siano state poste in grado di prenderne visione ed estrarne copia ai sensi dell'art. 430, comma secondo, cod. proc. pen. — Cass. II, sent. 6726 del **8-6-95** (ud. 28-3-95) rv. 201772.
5. Possono costituire **oggetto di contestazione, nell'esame testimoniale**, le **sommario informazioni** raccolte in sede di **attività integrativa di indagini del pubblico ministero** — svolta **dopo** l'apertura del **dibattimento** di primo grado — ed **inserita nel fascicolo del pubblico ministero** ai sensi dell'art. **433** cod. proc. pen. dopo l'accoglimento, da parte del giudice del dibattimento, delle relative richieste istruttorie. — Cass. I, sent. 12306 del **12-12-95** (ud. 13-11-95) rv. 203125.
6. Il **Pubblico Ministero**, a norma dell'art. 430 cod. pen., può **compiere attività integrativa di indagine** — **eccetto gli atti cosiddetti garantiti**, per cui è prevista la partecipazione del difensore — **anche dopo il rinvio a giudizio dell'imputato**. Detta **attività può continuare anche dopo l'inizio del dibattimento**, con la precisazione che le relative **verbalizzazioni non** possono essere **utilizzate ai fini delle contestazioni** né inserite nel fascicolo del dibattimento. — Cass. VI, sent. 7577 del **29-7-96** (ud. 12-6-96) rv. 205886.
7. In tema di **attività integrativa di indagine consentita** ex art. 430 c.p.p. al **pubblico ministero** anche dopo la emissione del decreto che dispone il giudizio, i **presupposti di natura processuale** per ritenere che la

documentazione possa essere **inserita** nel **fascicolo** del **pubblico ministero** sono: la **pertinenza** degli atti integrativi di indagine alla vicenda processuale, la **finalizzazione** di tali **atti** alle richieste del pubblico ministero al giudice del dibattimento, la **garanzia** di **conoscenza** e disponibilità degli atti stessi mediante il deposito in segreteria della documentazione con facoltà di prenderne visione ed estrarne copia. In tal caso le parti possono chiedere al giudice del dibattimento l'assunzione delle fonti di prova così acquisite, nel rispetto dell'art. 526 c.p.p., ed **utilizzare** gli atti ai **fini** delle **contestazioni** ex art. **500** e **503** c.p.p. — Cass. III, sent. 21379 del **25-5-01** (ud. 11-4-01) rv. 219699.

8. **Non è richiesta** la **notifica** alla **controparte** della **attività integrativa** di **indagine** prevista dall'art. 430 cod. proc. pen, essendo **sufficiente** il **deposito** della relativa documentazione. — Cass. V, sent. 12165 del **28-3-02** (ud. 5-2-02) rv. 221896.
9. Sono **inutilizzabili** sia in fase **cautelare**, sia in sede dibattimentale, gli **esiti dell'attività integrativa** di **indagine espletata** dalle parti **successivamente all'emissione** del **decreto** che **dispone** il **giudizio** e riferibile ad atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del suo difensore, a **nulla rilevando** che l'uno o l'altro **abbia** ad essi in **concreto partecipato**, in quanto la **norma** che stabilisce il **divieto** è **diretta** a individuare in **astratto** una categoria di **atti** per i quali **l'attività integrativa** di indagine **non è consentita** ed è, comunque, improduttiva di effetti. — Cass. V, sent. 36794 del **25-9-2003** (cc. 13-6-2002) rv. 226173.
10. Il **divieto** di **utilizzazione** degli **atti** di **indagine** compiuti **dopo** la **scadenza** del **termine** di durata massima delle **indagini preliminari** **non** si estende alla **ulteriore attività** eventualmente svolta dal **pubblico ministero** dopo la **richiesta** di rinvio a **giudizio**, **nemmeno** quando i nuovi atti di indagine siano **ripetitivi** di altri, **affetti** da **inutilizzabilità** per essere stati assunti dopo la scadenza dell'anzidetto termine e prima dell'esercizio della azione penale. (Fattispecie nella quale il pubblico ministero aveva prodotto, nel procedimento di riesame in sede di rinvio, l'interrogatorio di un coindagato effettuato, dopo la richiesta di rinvio a giudizio, mediante la conferma «per relationem» di interrogatorio precedentemente reso e dichiarato inutilizzabile). — Cass. II, sent. 33626 del **5-8-2004** (cc. 5-7-2004) rv. 229960.

11. **L'omissione del deposito di atti dell'indagine preliminare, contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione prescritto dall'art. 415-bis cod. proc. pen., comporta l'inutilizzabilità degli atti stessi, ma non la nullità della successiva richiesta di rinvio a giudizio e del conseguente decreto che dispone il giudizio: peraltro, non sussiste neppure l'inutilizzabilità quando si tratti di attività integrativa di indagine, a mente dell'art. 430 cod. proc. pen. — ancorché espletata prima della emissione del decreto che dispone il giudizio — se la documentazione relativa sia depositata e posta immediatamente a disposizione degli indagati, non essendo ravvisabile, in tal caso, alcuna violazione dei diritti di difesa. — Cass. III, sent. 8049 del 27-2-2007 (ud. 11-1-2007) rv. 236102.**
12. La **documentazione** relativa alle **indagini suppletive** svolte dal pubblico ministero successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio deve essere «**immediatamente**» **depositata** ai sensi dell'art. 430, comma secondo, cod. proc. pen., ma il **termine** deve essere **correlato** alla **difficoltà** di individuazione degli **atti** da depositare. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto comunque tempestivo il deposito effettuato oltre **due mesi** dopo la ricezione da parte del pubblico ministero di documentazione compendiata in **trentadue faldoni**). — Cass. IV, sent. 8588 del 27-2-2008 (ud. 6-11-2007) rv. 238950.

PARTE SECONDA

ORDINAMENTO AMERICANO

INTRODUZIONE

"Sopra il pianoforte c'era un avviso a stampa: "Non sparate sul pianista. Fa del suo meglio."

Oscar Wilde

Esaurita la disamina delle indagini difensive nel sistema italiano, l'oggetto della ricerca diviene ora il corrispondente modello nel sistema americano.

A torto o a ragione si ritiene di aver identificato una **prima risposta** alle domande in premessa, ovverosia che nonostante i "nuovi" strumenti di diritto processuale penale abbiano espanso gli spazi per una difesa dinamica, a tutt'oggi le indagini difensive in Italia **non consentono** un'effettiva **parità accusa vs difesa**.

Il tema verrà trattato più brevemente, analizzandone le componenti di maggior rilevanza, anche in questo caso con la finalità di rispondere alla seconda domanda posta in premessa, ovvero:

- **Ipotizzando** una situazione di **disparità** ed assumendo quale **modello** esterno il sistema **americano**, **quali** possibili **evoluzioni normative**?

I **temi** verranno **trattati**, laddove necessario ed al fine di mantenere una esatta corrispondenza con i significati ed il contesto originale, **anche in lingua inglese**, traendo spunto dagli studi esperiti dallo scrivente presso il College of Law della University of Oklahoma, sede di Norman, ove sono stati sostenuti gli esami delle tre materie attinenti l'area penale ed in particolare, **Criminal Law**, **Criminal Procedure** e **Evidence**. Da tali ambiti infatti sono stati tratti gran parte degli spunti che hanno originato il presente lavoro.

LE INDAGINI DIFENSIVE NEL MODELLO STATUNITENSE

“Quando la situazione è chiara, occorre sempre un supplemento d'indagine.”

Gian Piero Lepore

Le **indagini difensive** nel sistema americano costituiscono un vero e proprio **dovere** per il difensore i cui compiti **non** sono **indicati** in **disposizioni normative** bensì negli *standards* relativi alla *defense function*¹⁹⁰ formulati dall'American Bar Association (A.B.A.).

Al **difensore** si **raccomanda** di svolgere una **tempestiva *investigation*** sulle circostanze del caso che deve, tra l'altro, comportare sempre specifiche attività dirette ad ottenere le informazioni in possesso dell'accusa e delle autorità di polizia.

Tale particolare tipo di indagini vengono in considerazione come un **profilo del diritto** dell'**imputato** a sviluppare la propria **difesa** in giudizio anche attraverso l'**autonoma presentazione** di **prove a discarico**. In proposito si può parlare di un vero e proprio **diritto costituzionale**, esplicitamente **previsto** in **alcuni Stati**¹⁹¹ e **riconosciuto** dalla **Corte Suprema** nel 1967¹⁹².

*“L'importanza di tale costituzionalizzazione è apprezzabile soprattutto nell'applicazione delle **regole probatorie** ordinarie di **ammissibilità** delle quali impone un'interpretazione volta a favorire l'introduzione delle **prove** in questione anche se contrastanti con le regole stesse, qualora le prime costituiscano l'espressione del diritto in esame; si profila così una situazione di notevole **vantaggio** nei confronti dell'accusa, non essendo quest'ultima assistita a livello costituzionale da analoghi diritti”*¹⁹³.

Peraltro, **al di là** della **previsione specifica** delle **indagini come dovere e diritto**, **non è prevista alcuna organica regolamentazione positiva** né a livello **legislativo**, né delle **rules of court**, né delle **regole deontologiche** e neppure degli *standards* dell'A.B.A.: **tutte le fonti** **intervengono** solo a **fissare i limiti**

¹⁹⁰ Vedasi più oltre nel capitolo ad essa dedicato.

¹⁹¹ Per esempio: Massachusetts, New Hampshire e Virginia.

¹⁹² Washington v. Texas, 388 U.S. 14 (1967). Interessante la motivazione della Corte che ha esplicitamente richiamato, a sostegno di tale interpretazione, la clausola del *due process* e il diritto al *fair trial*.

¹⁹³ Cfr. FANCHIOTTI V., *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in Cass. Penale, 1995, pag. 432.

dell'**attività** del **difensore** la cui **estensione** trova unico **fondamento** nella **prassi**, **determinata**, in via di fatto, dalla struttura stessa del **modello adversary**.

Ne consegue che l'indagine difensiva si trasforma in uno **strumento necessario** per evitare che un processo di parti diventi processo di una parte sola e per garantire l'oralità e la concentrazione del giudizio, irrealizzabili senza un'accurata preparazione del materiale di causa, cosa che solo una previa investigazione può consentire.

Il processo *adversary* in particolare, caratteristico dell'ordinamento statunitense, vede proprio nelle **investigazioni difensive** un momento fondamentale per il suo corretto funzionamento, basato sulla:

1. **iniziativa** delle parti nella ricerca, individuazione e presentazione dei mezzi di prova;
2. **formazione** delle prove nel contraddittorio delle parti in un giudizio pubblico dinanzi alla giuria.

Il fenomeno della **giustizia negoziata**, ampiamente più sviluppato che non in Italia, richiede un **tempestivo prodigarsi del difensore** alla ricerca di elementi di prova attraverso i quali formulare un giudizio prognostico sugli esiti del procedimento, sì da poter orientare meglio le proprie scelte e negoziare con l'avversario con cognizione di causa.

Significativa dell'importanza attribuita alle indagini difensive è la normativa sulla difesa del **non abbiente** che prevede, tra i servizi che lo **stato** si **accolla**, anche gli **investigative services**.

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

L'**American Bar Association** (A.B.A.) ha statuito degli *standards*¹⁹⁴ relativi alla funzione difensiva, secondo i quali, appunto, è dovere dell'avvocato difensore condurre una tempestiva *investigation*.

Le indicazioni fornite, sebbene provenienti da un'istituzione privata, costituiscono il parametro di giudizio della condotta dell'avvocato sia nel caso di procedimento disciplinare che di impugnazione per **ineffective assistance**¹⁹⁵, vale a dire le due possibili sanzioni comminabili.

¹⁹⁴ Sul punto vedasi più oltre, nel capitolo dedicato agli standards A.B.A.

¹⁹⁵ L'argomento verrà trattato più oltre sia in un capitolo dedicato che in sede di conclusioni.

Ad onor del vero il **procedimento disciplinare** non trova una grande applicazione, stante la **tendenza** dei giudici a “punire” solo sul piano processuale gli avvocati negligenti.

Per quel che concerne l’impugnazione per **ineffective assistance**, si verifica la stessa scarsa applicazione in quanto si tratta di mezzo di impugnazione difficilmente sostenibile e straordinario (c.d. *collateral attack*¹⁹⁶), quindi esperibile solo una volta ultimati i mezzi ordinari. Ne consegue che il problema dell’effettività del diritto di difesa, sebbene in misura minore, è presente anche in questo sistema.

Le **indagini difensive** oltre a configurarsi come un **dovere** del difensore, si devono ritenere un **diritto** del sottoposto a procedimento.

Un diritto di rango costituzionale che trova il suo fondamento non solo nella clausola del *due process of law*¹⁹⁷, ma anche in due garanzie più specifiche:

1. Il **diritto** dell’imputato a **confrontarsi** con i **testi** dell’accusa e sottoporli a *cross-examination*¹⁹⁸;
2. Il **diritto** a produrre **testimoni a discarico**.

Senza le indagini difensive un simile dettato costituzionale sarebbe lettera morta.

¹⁹⁶ Cfr. MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 202, il quale ricorda come vi sia “una certa chiusura all’affermazione del principio dell’accesso al diritto della difesa in sede di *collateral attack*”. Per una disamina del tema in lingua originale mediante lo studio dei casi *Wainwright v. Sykes* e *Reed v. Ross*, vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1186 e ss.

¹⁹⁷ Individuata nel 14° Emendamento della Costituzione Americana, di cui si tratta più oltre. L’argomento viene ampiamente trattato da MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 764 e ss., ove si ricorda, tra l’altro che: “a defendant in a criminal case **has the right to “compulsory process for obtaining witnesses in his favor”**”. Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi anche BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 333 e ss., e FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 13, 16 e ss..

¹⁹⁸ Sulla necessità di limitare le domande superflue in sede di *cross-examination*, vedasi CAROFIGLIO G., *L’arte del dubbio*, Sellerio, Palermo, 2007, pag. 10 e ss.

L'INTERVISTA ALLA PERSONA INFORMATA SUI FATTI NELL'ORDINAMENTO AMERICANO

“Le domande che non si rispondono da sé nel nascere non avranno mai risposta.”

Franz Kafka

Si cercherà di proporre ora, pur riconoscendo la difficoltà di sintetizzare in poche pagine la disciplina e le numerose implicazioni nella struttura del processo penale del **più importante e complesso atto di investigazione difensiva**, qualche riflessione sul rapporto avvocato-testimone e sull'intervista pre-processuale nell'ordinamento degli **Stati Uniti d'America**.

Non deve stupire che, dei tre grandi temi di analisi (**realizzazione, documentazione ed utilizzazione** dell'intervista), proprio il primo, relativo alla **fase prettamente esecutiva** dell'atto, sia quello per cui si possono trarre i maggiori spunti interpretativi e le più interessanti soluzioni operative dallo studio dell'ordinamento americano.

Esso si caratterizza, infatti, come modello **“a inchiesta di parte”**, e, per quanto riguarda l'aspetto che si sta ora considerando, ciò si riflette nella pressoché assoluta **inutilizzabilità processuale** delle dichiarazioni rese da **soggetti informati in assenza di contraddittorio**, al di fuori della sede dibattimentale¹⁹⁹.

Nel linguaggio americano si afferma che **queste dichiarazioni**, indipendentemente dal fatto che siano o meno documentate per iscritto, sottoscritte o registrate con un magnetofono, **costituiscono hearsay**

¹⁹⁹ Il sistema americano considera del tutto **indifferente** il fatto che la **dichiarazione**, rilasciata alla parte dal testimone, sia **stata** resa sotto **giuramento**, in quanto **non è la solennità della forma a fondare la credibilità** di una dichiarazione ma **solo il vaglio critico** effettuato mediante lo strumento della **cross-examination**. Vale la pena segnalare, comunque, le maggiori figure di **eccezione** a tale principio: direttamente utilizzabili al dibattimento, ma solo nel caso di indisponibilità del testimone in giudizio, sono quelle raccolte in due momenti:

1. **preliminary hearing** che sono una sorta di udienza pre-dibattimentale, peculiare istituto statunitense, nel quale è assicurato il contraddittorio tra le parti
2. **depositions**, ovvero le testimonianze a futura memoria le cui modalità di assunzione ricalcano esattamente quelle dell'escussione dibattimentale, giuramento compreso.

In campo federale si è aggiunta di recente un'ulteriore ipotesi di utilizzabilità, relativa alle dichiarazioni difformi rese davanti al *gran giury*, cioè all'interno di uno speciale procedimento in cui non ha diritto di partecipare né l'imputato né il difensore, ma che, pure, costituisce un *judicial proceeding*.

²⁰⁰ e **non possono**, di conseguenza, **essere utilizzate direttamente** come *substantive evidence*²⁰¹.

²⁰⁰ *Hearsay*, ovvero il sentito dire, si ha quando qualcuno narra fatti che non ha direttamente percepito. Sul punto vedasi MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 105 e ss.

Nell'ordinamento statunitense viene individuato dal seguente articolo:

FEDERAL RULES OF EVIDENCE Rule 801. Definitions

The following definitions apply under this article:

(a) **STATEMENT.**

A "statement" is an oral or written assertion o nonverbal conduct of a person, if it is intended by the person as an assertion.

(b) **Declarant.**

A "declarant" is a person who makes a statement.

(c) **HEARSAY.**

"Hearsay" is a STATEMENT, other than one made by the DECLARANT while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.

(d) **STATEMENTS WHICH ARE NOT HEARSAY.**

A statement is not hearsay if:

- (1) **PRIOR STATEMENT BY WITNESS.** *The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition, or (B) consistent with the declarant's testimony and is offered to rebut an express or implied charge against the declarant of recent fabrication or improper influence or motive, or (C) one of identification of a person made after perceiving the person; or*
- (2) **ADMISSION BY PARTY- OPPONENT.** *The statement is offered against a party and is:*

(A) the party's own statement, in either an individual or a representative capacity or

(B) a statement of which the party has manifested an adoption or belief in its truth, or

(C) a statement by a person authorized by the party to make a statement concerning the subject, or

(D) a statement by the party's agent or servant concerning a matter within the scope of the agency or employment, made during the existence of the relationship, or

(E) a statement by a coconspirator of a party during the course and in furtherance of the conspiracy.

The contents of the statement shall be considered but are not alone sufficient to establish the declarant's authority under subdivision (C), the agency or employment relationship and scope thereof under subdivision (D), or the existence of the conspiracy and the participation therein of the declarant and the party against whom the statement is offered under subdivision (E).

L'argomento viene trattato attraverso la disamina di un caso pratico, Cain v. George, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 411 F.2d (1969), in MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 117 e ss.

Nell'ordinamento italiano viene individuato dal seguente articolo:

Art. 195 del c.p.p. Testimonianza indiretta.

1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre.

2. Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1.

3. L'inosservanza della disposizione del comma 1 rende inutilizzabili [c.p.p. 191] le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità.

4. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettere a) e b). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo.

5. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche quando il testimone abbia avuto comunicazione del fatto in forma diversa da quella orale.

In un contesto processuale basato sull'**oralità** e sulla **centralità** del **giudizio** di **fronte** alla **giuria**, infatti, tali **dichiarazioni** possono **entrare** in **gioco** solo **in** **relazione alla credibilità** del **dichiarante** e **non alla veridicità** degli elementi di fatto cui si riferiscono; ciò ovviamente non impedisce che vengano introdotte come

6. I testimoni non possono essere esaminati su fatti comunque appresi dalle persone indicate negli articoli 200 e 201 in relazione alle circostanze previste nei medesimi articoli, salvo che le predette persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati.

7. Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame [200, 234].

²⁰¹ Ovvero come **prova dei fatti** che tramite le stesse vengono narrati.

*prior inconsistent statements*²⁰² a titolo di *impeachment*²⁰³, a proposito del quale la *rule against hearsay*²⁰⁴ non si applica²⁰⁵.

²⁰² Di seguito si riporta il comma relativa a tale eccezione, individuato dalle Federal Rules of Evidence:

FEDERAL RULES OF EVIDENCE 801(d)(1)(A) → PRIOR INCONSISTENT STATEMENTS

A statement is not hearsay if:

(1) **PRIOR STATEMENT BY WITNESS**. *The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) **inconsistent** with the declarant's testimony, and was **given under oath** subject to the **penalty of perjury** at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition.*

²⁰³ Cfr. MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 511 e ss., nel quale l'impeachment ed i metodi di impeachment vengono definiti come segue:

Witness impeachment is the process of calling into question the **credibility** of an **individual** who is **testifying** in a trial. There are a number of ways that a witness may properly be impeached, and several ways that, although effective, are prohibited except under special circumstances.

Methods of impeachment: A party may be impeached through introducing evidence of any of the following:

- **BIAS**--The witness is biased against one party or in favor of the other. The witness has a **personal interest** in the outcome of the case. A classic example is a **witness** for the **prosecution** who is **awaiting sentencing**. He's more likely to be pro-prosecution in **hopes** of **better treatment**. The proper way to handle this is first to question the witness to see if he will admit to the bias. If not, then the cross-examiner may **bring in other witnesses** to **expose the bias**.
- **INCONSISTENT STATEMENT**--The witness has made two or more **conflicting statements**. By exposing his conflicting statements, you **reduce** his **credibility**.
- **CHARACTER** Show that the witness has a community-recognized reputation for **dishonesty**. Specific examples are **inadmissible** – **unless** the witness **admits them** himself under cross-examination – but to present witnesses who can attest to the witness's character is helpful. This might seem tedious, especially when it is realized that a character witness against the principal witness may himself be impeached the same way, but **normally witnesses** are total **unknowns** to **jurors**, and people with reputations in their community for being total fabricators do show up in court from time to time. Coupled with character are prior criminal acts by the witness. This is handled in one of three ways:
 - If the witness has committed **ANY CRIME INVOLVING DISHONESTY** (i.e. larceny-by-trick, embezzlement, fraud, etc.) then the prior conviction is **admissible** under every circumstance.
 - If the **WITNESS IS THE CRIMINAL DEFENDANT**, a **felony** conviction (i.e., conviction of a crime that is punishable by **more than one year** in prison) is **admissible** if the judge determines that the probative value outweighs the potential for prejudice.
 - If the **WITNESS IS NOT THE CRIMINAL DEFENDANT**, a felony conviction is **admissible unless** the judge determines that its prejudicial nature substantially outweighs its probativity.
 - **STALE FELONIES**, that is, felonies where the witness was released at least **ten years ago** (or was found guilty ten years ago if no incarceration) are admissible only if the probative value substantially outweighs its prejudice.
- **COMPETENCY** Basically show that the **witness** was **unable to sense** what he claimed to have (i.e., could not see from where he was, etc.) or that he **lacked the requisite mental capacity**. Older common law would exclude an incompetent witness from testifying. Modern rules, and the Federal Rules of Evidence allow the witness on the stand (in most cases) considering competence but one of many factors juries are to consider when determining credibility of the witness.
- **CONTRADICTION** This occurs when the witness is induced to **contradict** his **own testimony during** the **present proceeding**. This differs from inconsistent statements, above. Inconsistent statements involve statements made out- Of- Court (cf. hearsay) or in

È un **fatto incontestabile** che nella prospettiva statunitense il **rapporto avvocato-testimone** rappresenti il **valico** forse **più delicato** di tutta l'**attività professionale del penalista**.

Ed è proprio per **preparare l'avvocato ad attraversarlo**, nel rispetto di esigenze deontologiche tanto precise quanto la delicata materia richiede, che *“lo si prende per mano sino dai suoi primi passi di vita professionale per insegnargli a trattare con i testimoni, per motivarli se riluttanti..., per assicurarsi il prima possibile quelle risultanze sulle quali si dovrà in seguito fare affidamento per la gestione della cross-examination dibattimentale”*²⁰⁶.

Negli U.S.A. la **difesa** può **liberamente prendere contatto** con i **soggetti informati sui fatti, indipendentemente** dalla **circostanza** che questi **abbiano già reso dichiarazioni** nel *preliminary hearing*, davanti al *gran giury* oppure davanti al *prosecutor*.

Il **diritto** di **avvicinare i potenziali testimoni**, sia a carico che a discarico, **comprende** anche la **possibilità di superare** l'eventuale **stato di detenzione** dei medesimi, posto che *“il prosecutor non può precludere l'accesso del difensore al luogo di detenzione del teste, al fine di effettuare l'intervista”*²⁰⁷.

Neppure può limitarsi ad offrire alla difesa la sua disponibilità alla *deposition* formale, che in nessun caso può considerarsi sostitutiva di un colloquio a carattere privato.

È **prevista**, inoltre, la **facoltà di avvicinare** gli agenti e gli ufficiali di **polizia** che hanno partecipato e **condotto** le **indagini**, nonché il coimputato, passando però necessariamente, in quest'ultimo caso, attraverso il consenso del suo difensore.

L'attività di **indagine difensiva** è **efficacemente tutelata** nei **confronti di indebite interferenze** da **parte** della **polizia** o del *prosecutor*, cui è fatto **espresso divieto** di dare **istruzioni** ai potenziali testimoni **affinché rifiutino di parlare** con la **difesa**; è **principio fondamentale** che questi ultimi, come ha chiarito la

prior proceedings. Contradiction involves the witness saying two different things while presently testifying.

²⁰⁴ Di seguito si riporta il relativo articolo delle Federal Rules of Evidence:

FEDERAL RULES OF EVIDENCE Rule 802. Hearsay Rule

Hearsay **IS NOT ADMISSIBLE EXCEPT** as provided by **these rules** or by other rules **prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress.**

²⁰⁵ In generale, sull'impeachment, si veda FANCHIOTTI V., *La testimonianza nel processo adversary*, Genova, Egig, 1988, pag. 285 e ss.

²⁰⁶ Così BINDER D., A., PRICE S., *Legal interviewing and counseling*, West Pub Co., Minnesota, 1977, pag. 127.

²⁰⁷ Per tutte, in giurisprudenza, U.S. v. McCarthy, 292 F supp. 937, DC NY.

giurisprudenza, sul punto sempre **univoca**, “*non appartengono a nessuna delle parti*”, entrambe **possono** evidentemente **convocarli**, ma **non certo assoldarli**²⁰⁸.

È, quindi, del tutto **illecito** ogni **tentativo** di **compressione** di quello che la stessa giurisprudenza indica come “*diritto della difesa ad interrogare i testimoni prima del dibattimento, senza interferenze da parte dell'accusa*”²⁰⁹.

Di fronte ad un'interferenza del *prosecutor* l'imputato può **avvalersi di rimedi immediati** nel corso del procedimento di merito ed in particolare:

1. può **chiedere** l'emissione di un **provvedimento formale** del giudice dibattimentale volto ad **ordinare** al *prosecutor* di **annullare** ogni **direttiva illegittima** o ad **informare** i **testimoni** del diritto dell'imputato a **intervistarli**²¹⁰;
2. può **chiedere** che **non** sia **ammessa** al **dibattimento** la **testimonianza** del **soggetto** il contatto col quale sia stato **precluso dall'interferenza dell'avversario**²¹¹;
3. può ottenere una **sospensione** del **dibattimento** stesso al fine di realizzare l'intervista²¹², e, addirittura, **chiedere l'archiviazione** del caso o **l'annullamento** del **dibattimento** qualora il **pregiudizio** derivante dalla mancata possibilità di intervistare il teste sia stato **determinante** nell'esito del **processo**²¹³.
4. può **menzionare** le **indebite interferenze** da parte **dell'accusa** in sede di **cross-examination** del teste cui si riferiscono, per **provare** la sua **inattendibilità** a causa della parzialità a vantaggio dell'accusa: uno **strumento** da **non sottovalutare** visto l'impatto che potrebbe avere sulla giuria, chiamata a decidere sulla colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio²¹⁴, e con verdetto immotivato.

Nessun dubbio, peraltro, che la **persona** informata **non abbia**, in nessun caso, **alcun obbligo di rispondere** e, più in generale, di sottoporsi all'intervista.

²⁰⁸ Sul principio per cui “*i testimoni non appartengono a nessuno*” si veda, in giurisprudenza, U.S. v. Rogers, 642 F. supp. 934, Colo., 1986.

²⁰⁹ Cfr. U.S. v. Henny (CA9) 527 F.2d 479, cert. den. 425 U.S. 991.

²¹⁰ Cfr. U.S. v. Addonizio, 313 F. supp. 486, DC NJ, 1970.

²¹¹ Cfr. U.S. v. Dryden, 423 F.2d 1175, CA5 Ala., 1970.

²¹² Cfr. Martinez v. State, 496 P2 d 416, Ocla., 1972.

²¹³ Cfr. State v. Burri, 87 2d 175 550, P2d 507, Wash. 1976.

²¹⁴ Per una verifica del corrispondente significato nell'ordinamento italiano di “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”, vedasi FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 351.

Ciò comporta che le **maggiori difficoltà** per la **difesa**, in termini di fatto, riguardino la possibilità di svolgere proficui colloqui con i potenziali testimoni a carico, in relazione ai quali è, naturalmente, infinitamente **più arduo ottenere la disponibilità** a parlare, **soprattutto** se si tratta della **persona offesa** o del **denunciante** i quali, ovviamente, tendono a identificarsi con l'accusatore e a diffidare del difensore dell'imputato.

L'uso di **sotterfugi** e di **trucchi** nella raccolta di informazioni **non** è di per sé **precluso** all'investigatore, **purché non** si risolva in un'attività **fraudolenta** contraria alle norme deontologiche che vietano all'avvocato "*to engage in conduct involving dishonesty, fraud, deceit or misrepresentation*"²¹⁵, o in un'**indebita intrusione** nella **privacy**.

Anche restando nei limiti del lecito, tuttavia, occorre ricorrere a **queste tecniche** con **molta cautela** perché si **rischia** di **suscitare** nella **giuria simpatia** per il **testimone** che **lamenti** gli **inganni** subiti, a meno che non siano stati con successo utilizzati per smascherare schemi fraudolenti posti in essere dal teste stesso.

Va sottolineato, quantomeno come importante dato culturale, riconoscendo la distanza che in questo senso tuttora separa l'Italia dagli Stati Uniti, che "*in un modello adversary tali tecniche di raccolta di informazioni siano considerate ingredienti naturali dell'attività investigativa: non è un caso che vengano praticate in maniera non sporadica anche dalla polizia e dal prosecutor. È questo un riflesso della elevata tolleranza per la contrapposizione dialettica tra le parti senza esclusione di colpi, basata sulla convinzione che il meccanismo più efficace di controllo degli abusi sia costituito proprio dai fenomeni di azione e reazione tra accusa e difesa, controllati poi, in fase di dibattimento, da parte della giuria*"²¹⁶.

Sul piano esecutivo si segnala che l'**intervista** può essere legittimamente **svolta** da un **investigatore privato**, da un **collega** del difensore o da quest'ultimo personalmente; è **opportuno**, peraltro, che al colloquio **assista** una **terza persona** che **possa testimoniare** al dibattimento circa le eventuali **difformità** tra le dichiarazioni rese in quella sede e quelle rilasciate precedentemente.

²¹⁵ Ovvero: "*di attivarsi mediante comportamenti implicanti azioni disoneste, fraudolente, menzognere o di falsificazione della realtà*", in A.B.A., *Model rules of Professional Conduct*, rule 8.4 (1983), in MORGAN T., ROTUNDA R., *Model code of professional responsibility and other selected standards on professional responsibility*, New York, Mineola, 1984.

²¹⁶ Vedasi FANCHIOTTI V., *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in Cass. pen., 1995, pag. 440.

La **presenza del terzo** è particolarmente importante nell'ipotesi in cui l'intervistato, ostile alla difesa, si rifiuti di sottoscrivere le dichiarazioni rese: *“in tal caso, l'unico strumento per poterle utilizzare, a titolo d'impeachment, sarà appunto la testimonianza di chi le ha sentite dire”*²¹⁷.

Nulla vieta, in teoria, che sul medesimo aspetto possa essere lo stesso difensore a testimoniare in dibattimento, in tal caso, però, secondo la prevalente giurisprudenza, egli è tenuto a rinunciare all'incarico difensivo²¹⁸.

²¹⁷ Vedasi FANCHIOTTI V., *L'indagine della difesa...*, op. cit., pag. 439.

²¹⁸ Cfr. U.S. v. Porter, 429 F2d 203, DC Cir., 1970.

IL PANORAMA NORMATIVO DI RIFERIMENTO DEL SISTEMA AMERICANO

“Per quattro cagioni può esservi oscurità nelle leggi: per soverchia accumulazione, specialmente le se leggi non più in vigore vi siano mescolate; per ambiguo o non molto preciso e nitido stile; per trascurati modi di compilazione, o non ben connessi; finalmente per contraddizione ed oscillazione de’ giudizi.”

Francis Bacon

La procedura penale negli Stati Uniti, sistema completamente diverso da quello italiano in quanto di Common Law, consiste in una imponente sovrapposizione (c.d. “*massive overlay*”) di norme e sentenze, che vanno dalla **Costituzione degli Stati Uniti**, matrice fondante i diritti ed i principi a cui fanno riferimento le sentenze delle varie Corti, alle **sentenze della Corte Suprema** degli Stati Uniti ed alcune **norme a carattere federale**, a **leggi e sentenze statali** che producono i loro effetti nei rispettivi Stati.

La **ricognizione** delle **fonti** che regolano tale materia negli Stati Uniti trova perciò la sua limitazione nelle diverse normative che i 50 Stati hanno adottato nel corso del tempo.

Desiderando tracciare **quadro** di carattere **generale** al quale tutti i diversi ordinamenti statali facciano riferimento, si individueranno quindi solo alcune delle norme e delle sentenze che hanno giurisdizione in tutto l’ambito territoriale americano, ovvero, una selezione tratta dalle seguenti fonti:

1. **Costituzione degli Stati Uniti;**
2. **The criminal justice section standard**, dell’American Bar Association;
3. **Corte Suprema** degli Stati Uniti.

**THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES:
SELECTED PROVISIONS²¹⁹**

FIRST AMENDMENT: *Freedom of Religion, Press, Expression.*

*Congress shall make no **law respecting** an establishment of **religion**, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the **freedom of speech**, or of the **press**; or the right of the people peaceably to **assemble**, and to **petition** the Government for a redress of grievances.*

Il primo Emendamento garantisce la **libertà di culto, parola e stampa**, il diritto di **riunirsi** pacificamente e il diritto di appellarsi al governo per **correggere i torti**. Esso inoltre **proibisce** al Congresso di "fare alcuna legge per il **riconoscimento** di qualsiasi **religione**" — rendendo questo emendamento un campo di battaglia delle guerre culturali della fine del XX secolo.

SECOND AMENDMENT: *Right to Bear Arms.*

*A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the **right** of the **people** to **keep and bear Arms**, shall not be **infringed**.*

Il secondo Emendamento garantisce il **diritto di possedere armi**; se tale diritto sia esteso ai privati cittadini o solo alle milizie statali è stata questione di acceso dibattito, e le varie corti hanno interpretato il suo significato in diversi casi sin dal 1900. Ma nel luglio del **2008** la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconosciuto il **diritto dei cittadini di possedere armi**, dichiarando **incostituzionale** la **legge** del distretto di Columbia che invece ne **vietava**, ai residenti, il possesso. E' così stabilito il diritto individuale dei cittadini americani ad essere armati annullando la legge che da 32 anni proibiva di tenere in casa una pistola per difesa personale nella città di Washington. La sentenza ha fornito un'interpretazione definitiva al Secondo Emendamento della Costituzione che dal 1791 sancisce il diritto di portare le armi. Questo significa che e' stato riconosciuto

²¹⁹ Cfr. WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1 e ss.

un **diritto inviolabile** al pari di quello al **voto** e della **libertà di espressione**. La sentenza dà ragione ai cittadini americani che intenderebbero avvalersi del loro diritto e zittisce coloro i quali tentavano di imporre le loro posizioni in materia, prevaricando uno dei punti cardini della costituzione americana.



THIRD AMENDMENT: Quartering of Soldiers.

No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Il terzo Emendamento prevede che le truppe non possano essere "acquartierate" in abitazioni private senza il consenso del proprietario.




FOURTH AMENDMENT: Search and Seizure²²⁰.

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against UNREASONABLE SEARCHES AND SEIZURES, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon PROBABLE CAUSE²²¹, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Il quarto Emendamento difende da **perquisizioni, arresti e confische irragionevoli**.

²²⁰ Per un approfondimento sul tema, sotto l'aspetto della riconducibilità delle intercettazioni alla nozione costituzionale di *search and seizure*, vedasi DI PAOLO G., *Tecnologie del controllo e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Cedam, Padova, 2008, pag. 32 e ss. Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi anche BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 11 e ss.

²²¹ Per una disamina compiuta del tema delle eccezioni fondate sulla *probable cause*, in lingua originale, vedasi BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 134 e ss.



FIFTH AMENDMENT: Trial and Punishment, Compensation for Takings.

*No person shall be held to answer for a **capital**, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or **indictment** of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be **TWICE PUT IN JEOPARDY** of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a **WITNESS AGAINST HIMSELF**, nor be **deprived of life**, liberty, or property, without **DUE PROCESS OF LAW**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

Il quinto Emendamento vieta i processi per un crimine grave se non su accusa da parte del Gran Giurì. Proibisce inoltre la ripetizione del processo (**ne bis in idem**) per la stessa offesa a seguito di un'assoluzione (eccetto in alcuni casi ben specifici), vieta la punizione senza un **giusto processo** di legge, e prevede che una **persona accusata non** possa essere costretta a **testimoniare contro sé** stessa.



SIXTH AMENDMENT: Right to Speedy Trial, Confrontation of Witnesses.

*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the **right to a speedy and public trial**, by an **impartial jury** of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be **informed** of the **nature** and **cause** of the **accusation**; to be **confronted** with the **witnesses**²²² against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to **HAVE THE ASSISTANCE OF COUNSEL** for his defence.*

Il sesto Emendamento garantisce un **processo rapido e pubblico** per i reati penali. Richiede il processo da parte di una **giuria (di pari)**, garantisce il **diritto**

²²² Per la trattazione del tema dei testimoni, vedasi MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 121.

alla difesa per l'accusato, e prevede che i **testimoni** debbano **assistere** al **processo** e **testimoniare** in **presenza dell'accusato**.

SEVENTH AMENDMENT: Trial by Jury in Civil Cases.

*In Suits at common law, where the value in controversy shall **exceed twenty dollars**, the right of trial by **jury**²²³ shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*

Il settimo Emendamento garantisce un processo davanti ad una **giuria** per i reati civili che coinvolgano un valore della causa **superiore ai 20 dollari**.

EIGHTH AMENDMENT: Cruel and Unusual Punishment.

***Excessive bail** shall **not be required**, nor excessive **fin**es imposed, nor **cruel** and unusual punishments inflicted.*

L'ottavo emendamento **vieta** le **cauzioni** e le **multe** eccessive, e le **punizioni crudeli** o inusitate.

NINTH AMENDMENT: Construction of Constitution.

*The **enumeration** in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*

Il nono Emendamento dichiara che l'**elenco dei diritti individuali non** è inteso come **esaustivo**; che il **popolo ha altri diritti** non specificamente menzionati nella Costituzione.

²²³ Sul ruolo della giuria nel sistema statunitense, vedasi FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 6.

~~~~~

TENTH AMENDMENT: Powers of the States and People.

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

Il decimo Emendamento prevede che i **poteri che non sono delegati** dalla costituzione al **governo federale** e che **non sono proibiti agli stati**, sono riservati agli stati e al popolo.

~~~~~

FOURTEENTH AMENDMENT (1868): Citizenship Rights.

***All persons born or naturalized** in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, **are citizens of the United States** and of the **State** wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; **nor shall any State deprive any person of life**, liberty, or property, **WITHOUT DUE PROCESS OF LAW**; nor deny to any person within its jurisdiction the **equal protection** of the laws.*

***Representatives** shall be apportioned among the several States **according** to their respective **numbers**, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty- One years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty- One years of age in such State.*

No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of

Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

Il quattordicesimo Emendamento **definisce** ulteriormente i "**Cittadini Statunitensi**" e include le clausole di "**privilegi e immunità**", "**giusto processo**" e "**pari protezione**"; **regola** le **elezioni** al **Congresso**; **impedisce** agli stati di **infrangere** protezioni costituzionali quali la "**Carta dei Diritti**" ed altri "**diritti fondamentali**" dei cittadini e delle persone sotto la giurisdizione degli Stati Uniti.

AMERICAN BAR ASSOCIATION – SELECTED PROVISIONS FROM THE CRIMINAL JUSTICE SECTION STANDARDS

L'**American Bar Association** (ABA), fondata il 21 agosto del 1878 ed avente sede a Chicago nello stato dell'Illinois, è una **associazione volontaria** di **avvocati** e **studenti** di legge che rappresenta un fondamentale punto di riferimento per quanto concerne:

1. l'**identificazione** dei **principi deontologici** della professione forense;
2. la **promozione** della **giustizia** e del **rispetto** della **legge**;
3. lo **promozione** della **qualità professionale** della tutela legale.

Di seguito si riporta un estratto degli articoli che possono avere un qualche riflesso nell'ambito della professione legale, con particolare riferimento alle indagini difensive.



DEFENSE FUNCTION

PART I.

GENERAL STANDARDS²²⁴

Standard 4-1.1 The Function of the Standards

These standards are intended to be used as a **guide** to **professional conduct** and **performance**. They are **not intended** to be used as criteria for the **judicial evaluation** of **alleged misconduct** of **defense counsel** to determine the validity of a conviction. They **may** or may not be **relevant** in such judicial evaluation, **depending** upon all the **circumstances**.

²²⁴ Si tratta di **selezione degli articoli** che possono avere un qualche **riflesso** sull'attività del **legale** impegnato nelle **indagini difensive** dell'ordinamento americano, tratti dal sito dell'American Bar Association e reperibile all'indirizzo: http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_blk.html#1.1. Il **testo**, riportato in **originale**, è stato tuttavia **formattato** per rendere più mettere in luce i passaggi di maggior rilievo.

Standard 4-1.2 The Function of Defense Counsel

(a) **Counsel** for the accused is an **essential component** of the **administration of criminal justice**. A court properly constituted to hear a criminal case must be viewed as a **tripartite entity** consisting of the **judge**²²⁵ (and jury, where appropriate), **counsel** for the prosecution, and **counsel** for the **accused**.

(b) The **basic duty defense** counsel owes to the administration of justice and as an officer of the court is to serve as the accused's counselor and **advocate** with **courage** and **devotion** and to **render effective, quality representation**.

(c) Since the **death penalty** differs from other criminal penalties in its finality, **defense counsel** in a **capital case** **should respond** to this **difference** by **making extraordinary efforts**²²⁶ on **behalf** of the **accused**. Defense counsel **should comply** with the **ABA Guidelines** for the Appointment and **Performance** of Counsel in Death Penalty Cases.

(d) Defense counsel should seek to reform and improve the administration of criminal justice. When inadequacies or injustices in the substantive or procedural law come to defense counsel's attention, he or she should stimulate efforts for remedial action.

(e) **Defense counsel**, in common with all members of the bar, is **subject to standards** of **conduct** stated in **statutes, rules, decisions** of **courts**, and **codes, canons**, or other standards of **professional conduct**. Defense counsel has no duty to execute any directive of the accused which does not comport with law or such standards. Defense counsel is the professional representative of the accused, not the accused's alter ego.

(f) Defense counsel **should not intentionally misrepresent matters**²²⁷ of fact or law to the court.

(g) Defense counsel **should disclose** to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to defense counsel to be directly adverse to the position of the accused and not disclosed by the prosecutor.

(h) It is the **duty of defense counsel** to **know** and be **guided** by the **standards of professional conduct** as defined in codes and canons of the legal profession

²²⁵ Sul ruolo del giudice nel sistema statunitense, vedasi FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 6.

²²⁶ Si noti la differente richiesta di impegno che contraddistingue la difesa dei casi di pena capitale.

²²⁷ Norma che trova il suo corrispondente italiano nell'art. 14 (dovere di verità) del codice deontologico forense.

applicable in defense counsel's jurisdiction. Once representation has been undertaken, the functions and duties of defense counsel are the same whether defense counsel is assigned, privately retained, or serving in a legal aid²²⁸ or defender program.

Standard 4-1.3 Delays; Punctuality; Workload

(a) Defense counsel should act with **reasonable diligence** and promptness in **representing a client**.

(b) Defense counsel should **avoid unnecessary delay** in the disposition of cases. Defense counsel should be punctual in attendance upon court and in the **submission of all motions, briefs**, and other papers. Defense counsel should emphasize to the client and all witnesses the importance of punctuality in attendance in court.

(c) Defense counsel **should not intentionally misrepresent facts** or otherwise **mislead** the court in order to obtain a **continuance**.

(d) Defense counsel **should not intentionally use procedural devices** for **delay** for which **there is no legitimate basis**.

(e) Defense counsel should not carry a **workload** that, by reason of its **excessive size, interferes** with the **rendering of quality representation**, endangers the client's interest in the speedy disposition of charges, or may lead to the breach of professional obligations. Defense counsel should not accept employment for the purpose of delaying trial.

Standard 4-1.4 Public Statements

Defense counsel **should not make** or authorize the making of an **extrajudicial statement** that a **reasonable person**²²⁹ **would expect** to be **disseminated** by **means** of public communication if defense counsel knows or reasonably should know that it will have a substantial likelihood of prejudicing a criminal proceeding.

Standard 4-1.5 Advisory Councils on Professional Conduct

(a) In **every jurisdiction**, an **advisory body** of **lawyers** selected for their experience, integrity, and standing at the trial bar should be **established** as an

²²⁸ Il tema viene trattato ampiamente in MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 250.

²²⁹ Il riferimento alla "reasonable person", molto comune nel sistema americano, trova il suo corrispondente figura italiana dell'"uomo medio".

advisory council on **problems of professional conduct**²³⁰ in **criminal cases**. This council should provide prompt and confidential guidance and advice to lawyers **seeking assistance** in the **application of standards of professional conduct** in criminal cases.

(b) Communications between an inquiring lawyer and an advisory council member have the same attorney- Client privilege²³¹ for **protection of the client's confidences** as ordinarily exists between any other lawyer and client. The council member should be bound by statute or rule of court in the same manner as a lawyer is ordinarily bound in that jurisdiction not to reveal any disclosure of the client. **Confidences may also be revealed**, however, to the **extent necessary**:

(i) if the inquiring lawyer's client **challenges the effectiveness of the lawyer's conduct** of the case and the lawyer relies on the guidance received from the council member, or

(ii) if the inquiring lawyer's conduct is called into question in an authoritative disciplinary inquiry or proceeding.

Standard 4-1.6 Trial Lawyer's Duty to Administration of Justice

(a) The bar should **encourage** through every available means the **widest possible participation** in the **defense of criminal cases by lawyers**. Lawyers should be **encouraged to qualify themselves for participation in criminal cases** both by formal **training** and through experience as associate counsel.

(b) All such qualified **lawyers** should stand ready to undertake the defense of an accused **regardless of public hostility** toward the accused or personal **distaste** for the **offense charged** or the person of the defendant.

(c) Such **qualified lawyers should not** assert or **announce a general unwillingness to appear in criminal cases**. Law firms should **encourage partners and associates** to become **qualified** and to **appear in criminal cases**.

(d) Such qualified lawyers **should not seek** to avoid **appointment** by a **tribunal to represent an accused** except for good cause, such as: representing the accused is likely to result in **violation of applicable ethical codes** or other law, representing the accused is likely to result in an unreasonable financial burden on

²³⁰ Ovvero si occupano di verificare la presenza di eventuali violazioni degli standards di condotta professionale.

²³¹ Sul punto e più estesamente vedasi anche MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 231. In lingua originale, vedasi anche FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 24 e ss.

the lawyer, or the client or crime is so repugnant to the lawyer as to be likely to impair the client- Lawyer relationship or the lawyer's ability to represent the client.

PART II.

ACCESS TO COUNSEL

Standard 4- Standard 4-2.1 Communication

Every jurisdiction should guarantee by statute or rule of court the right of an accused person to **prompt and effective communication** with a **lawyer** and should require that **reasonable access** to a **telephone** or other facilities be provided for **that purpose**.

Standard 4-2.2 Referral Service for Criminal Cases

(a) To assist persons who wish to retain defense counsel privately and who do **not know** a **lawyer** or how to engage one, every **jurisdiction should have a referral service for criminal cases**. The referral service should maintain a **list of defense counsel willing and qualified** to undertake the defense of a criminal case; it should be so organized that it can provide prompt service at all times.

(b) The **availability** of the referral **service should be publicized**. In addition, notices containing the essential information about the referral service and how to contact it should be **posted conspicuously** in police **stations, jails**, and wherever else it is likely to **give effective notice**.

Standard 4-2.3 Prohibited Referrals

(a) Defense counsel **should not give anything of value** to a **person** for recommending the **lawyer's services**.

(b) Defense counsel **should not accept a referral from any source**, including **prosecutors, law enforcement personnel, victims, bondsmen**, or court personnel where the acceptance of such a referral is likely to **create a conflict of interest**.

PART III.

LAWYER- CLIENT RELATIONSHIP

Standard 4-3.1 Establishment of Relationship

(a) Defense counsel should seek to **establish a relationship of trust and confidence** with the **accused** and should **discuss the objectives** of the **representation** and whether defense counsel will continue to represent the **accused** if there is an **appeal**. Defense counsel should explain the necessity of full

disclosure of **all facts known** to the **client** for an **effective defense**²³², and defense counsel should explain the extent to which counsel's obligation of confidentiality makes privileged the accused's disclosures.

(b) To **ensure** the **privacy essential** for **confidential communication** between **defense counsel** and **client**, adequate facilities should be available for **private discussions** between **counsel** and accused in **jails, prisons, courthouses**, and **other** places where accused persons must confer with counsel.

(c) **Personnel** of **jails, prisons**, and **custodial institutions** should be **prohibited by law** or administrative regulations from examining or otherwise **interfering** with **any communication** or correspondence **between client** and **defense counsel** relating to legal action arising out of charges or incarceration.

Standard 4-3.2 Interviewing the Client

(a) **As soon as practicable**, **defense counsel** should seek to **determine** all **relevant facts known**²³³ to the **accused**. In so doing, defense counsel should **probe** for all **legally relevant information** without seeking to influence the direction of the client's responses.

(b) Defense counsel **should not instruct** the **client** or **intimate** to the **client** in any way that the client should not be candid in **revealing facts** so as to afford defense counsel free rein to take action which would be precluded by counsel's knowing of such facts.

Standard 4-3.3 Fees

(a) Defense counsel **should not enter** into an **agreement** for, **charge**, or **collect** an **illegal** or **unreasonable fee**.

(b) In **determining** the **amount** of the fee in a **criminal case**, it is proper to consider the time and effort required, the **responsibility assumed** by **counsel**, the novelty and **difficulty** of the **questions involved**, the skill requisite to proper representation, the likelihood that other employment will be precluded, the fee customarily charged in the locality for similar services, the gravity of the charge, the experience, reputation, and ability of defense counsel, and the capacity of the client to pay the fee.

²³² Questo articolo risulta particolarmente rilevante nell'individuare i casi di “**ineffective assistance**”

²³³ Ovvero, la base di partenze per le stesse indagini difensive, è data proprio dal patrimonio conoscitivo del cliente.

(c) Defense counsel **should not imply** that his or her **compensation** is for **anything** other than **professional services**²³⁴ rendered by defense counsel or by **others** for defense counsel.

(d) Defense counsel **should not divide a fee with a nonlawyer, except as permitted** by applicable ethical codes of conflict.

(e) Defense counsel not in the same firm **should not divide fees unless** the division is in **proportion** to the **services performed** by each counsel or, by written **agreement** with the **client**, each counsel **assumes joint responsibility** for the **representation**, the client is **advised** of and does **not object** to the **participation of all counsel involved**, and the total fee is reasonable.

(f) Defense counsel **should not enter** into an **arrangement** for, charge, or **collect a contingent fee for representing a defendant** in a criminal case.

(g) When defense counsel has **not regularly represented the client**, defense counsel should communicate the basis or rate of the fee to the client, preferably in writing, before or within a reasonable time after commencing the representation.

Standard 4-3.4 Obtaining Literary or Media Rights from the Accused

Defense counsel, **prior to conclusion** of all aspects of the matter giving rise to his or her employment, **should not enter into any agreement or understanding** with a client or a **prospective client** by which defense counsel acquires an interest in literary or media rights to a portrayal or account based in substantial part on information relating to the employment or proposed employment.

Standard 4-3.5 Conflicts of Interest

(a) Defense counsel **should not permit** his or her **professional judgment or obligations** to **be affected** by his or her own **political, financial, business, property, or personal interests**.

(b) Defense counsel **should disclose** to the defendant at the **earliest feasible opportunity any interest** in or connection with the case or any other matter that might be relevant to the defendant's selection of counsel to represent him or her or counsel's continuing representation. Such disclosure should include **communication of information reasonably sufficient** to permit the client to **appreciate the significance of any conflict or potential conflict of interest**.

²³⁴ L'argomento viene compiutamente analizzato da MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 765 e ss., attraverso la trattazione di un caso di scuola: "The bail jumper" e la disamina della sentenza *People v. Meredith, Supreme Court of California*, 631 P.2d 46 (Cal. 1981).

(c) Except for preliminary matters such as initial hearings or applications for bail, defense counsel who are associated in practice **should not undertake** to defend **more than one defendant in the same criminal case** if the duty to **one** of the defendants **may conflict with the duty to another**. The **potential for conflict of interest in representing multiple defendants** is so grave that ordinarily defense counsel **should decline to act for more than one** of several codefendants **except in unusual situations** when, after **careful investigation**, it is clear either that no conflict is likely to develop at trial, sentencing, or at any other time in the proceeding or that common representation will be advantageous to each of the codefendants represented and, in either case, that:

(i) the **several defendants** give an **informed** consent to such **multiple representation**; and

(ii) the consent of the defendants is made a matter of judicial record. In **determining the presence of consent** by the **defendants**, the trial judge should make appropriate inquiries respecting actual or potential conflicts of interest of counsel and whether the defendants fully comprehend the difficulties that defense counsel sometimes encounters in defending multiple clients.

(d) **Defense counsel** who has **formerly represented** a defendant **should not** thereafter **use information** related to the **former representation** to the **disadvantage** of the former client **unless the information has become generally known** or the **ethical obligation of confidentiality otherwise does not apply**.

(e) In **accepting payment of fees** by one person for the defense of another, defense counsel **should be careful to determine** that he or she will not be confronted with a **conflict of loyalty** since defense counsel's entire loyalty is due the accused. Defense counsel **should not accept such compensation unless**:

(i) the **accused consents** after disclosure;

(ii) there is **no interference** with defense counsel's **independence** of professional judgment or with the client- Lawyer relationship; and

(iii) information relating to the representation of the accused is protected from disclosure as required by defense counsel's ethical obligation of confidentiality. Defense counsel **should not permit a person who recommends, employs, or pays defense counsel to render legal services for another** to direct or regulate counsel's professional judgment in rendering such legal services.

(f) Defense counsel **should not defend** a criminal case in which **counsel's partner** or **other professional associate** is or has been the **prosecutor** in the **same case**.

(g) Defense counsel **should not represent** a criminal defendant in a jurisdiction in which he or she is **also a prosecutor**.

(h) Defense counsel who **formerly participated** personally and substantially in the prosecution of a defendant **should not thereafter represent any person** in the **same** or a **substantially related matter**. Defense counsel who was formerly a prosecutor **should not use confidential information** about a **person** acquired when defense counsel was a prosecutor in the representation of a client whose interests are adverse to that person in a matter.

(i) Defense counsel who is **related** to a **prosecutor** as **parent, child, sibling** or **spouse** **should not represent a client** in a **criminal matter** where defense counsel knows the government is represented in the matter by such a prosecutor. **Nor should defense counsel** who has a **significant personal** or **financial relationship** with a **prosecutor** **represent a client** in a **criminal matter** where defense counsel knows the government is represented in the matter by such prosecutor, except upon consent by the client after consultation regarding the relationship.

(j) Defense counsel **should not act** as surety on a bond either for the **accused represented by counsel** or for **any other accused** in the **same** or a **related case**.

(k) **Except as law** may otherwise expressly **permit**, defense counsel **should not negotiate to employ** any **person** who is significantly **involved** as an **attorney** or employee of the government in a matter in which defense counsel is participating personally and substantially.

Standard 4-3.6 Prompt Action to Protect the Accused

Many **important rights** of the accused can **be protected** and **preserved** only by **prompt legal action**. Defense counsel should **inform** the **accused** of his or her **rights** at the **earliest opportunity** and **take all necessary action** to **vindicate** such **rights**. Defense counsel **should consider all procedural steps**²³⁵ which in **good faith** may be taken, including, for example, **motions seeking pretrial** release of the **accused, obtaining psychiatric examination** of the accused when a need appears,

²³⁵ All'interno di questa norma di principio, è racchiuso anche il dovere di svolgere ogni indagine (difensiva) che possa risultare utile al proprio assistito

moving for **change** of venue or continuance, moving to **suppress illegally obtained evidence**, moving for severance from **jointly charged** defendants, and **seeking dismissal** of the charges.

Standard 4-3.7 Advice and Service on Anticipated Unlawful Conduct

(a) It is defense counsel's duty to **advise** a **client** to **comply** with the **law**, but counsel may advise concerning the **meaning**, **scope**, and **validity** of a law.

(b) Defense counsel **should not counsel** a client in or knowingly assist a client to **engage** in **conduct** which defense counsel knows to be **illegal** or **fraudulent** but defense counsel may **discuss** the **legal consequences** of any proposed course of conduct with a client.

(c) Defense counsel **should not agree** in **advance** of the **commission** of a **crime** that he or she will serve as counsel for the defendant, **except** as part of a **bona fide** effort to **determine** the **validity**, **scope**, meaning, or application of the **law**, or where the defense is incident to a general retainer for legal services to a person or enterprise engaged in legitimate activity.

(d) Defense counsel **should not reveal information** relating to **representation** of a **client unless the client consents after consultation**, **except** for disclosures that are **impliedly** authorized in order to carry out the representation and except that defense counsel may reveal such information to the extent he or she **reasonably believes necessary** to **prevent** the **client** from **committing a criminal** act that defense counsel believes is likely to result in **imminent death** or **substantial bodily harm**.

Standard 4-3.8 Duty to Keep Client Informed

(a) Defense counsel **should keep** the **client informed** of the **developments** ²³⁶in the **case** and the **progress** of **preparing** the **defense** and **should promptly** comply with **reasonable requests** for **information**.

(b) Defense counsel **should explain developments** in the **case** to the **extent** reasonably necessary to permit the client to **make informed decisions** regarding the representation.

Standard 4-3.9 Obligations of Hybrid and Standby Counsel

²³⁶ Il dovere di tenere il cliente aggiornato sugli sviluppi della causa, trova la sua naturale fonte normativa nello stesso 6° Emendamento della Costituzione Americana, laddove ricorda il diritto di: "... to be informed of the nature and cause of the accusation".

(a) Defense counsel whose **duty** is to **actively assist a *pro se* accused should permit the accused to make the final decisions on all matters**, including **strategic and tactical matters** relating to the conduct of the case.

(b) Defense counsel whose **duty** is to **assist a *pro se* accused only when the accused requests assistance** may bring to the attention of the accused matters beneficial to him or her, but **should not actively participate in the conduct of the defense unless requested by the accused or insofar as directed to do so by the court**.

PART IV INVESTIGATION AND PREPARATION

Standard 4-4.1 Duty to Investigate²³⁷

(a) Defense counsel **should conduct a prompt investigation** of the **circumstances of the case and explore all avenues leading to facts relevant to the merits of the case and the penalty in the event of conviction**. The **investigation should include efforts to secure information in the possession of the prosecution and law enforcement authorities**. The **duty to investigate** exists **regardless of the accused's admissions**²³⁸ or **statements** to defense counsel of facts **constituting guilt** or the **accused's** stated desire to **plead guilty**.

(b) Defense counsel **should not seek to acquire possession of physical evidence personally or through use of an investigator** where defense counsel's sole purpose is to **obstruct access** to such evidence.

Standard 4-4.2 Illegal Investigation

Defense counsel **should not knowingly use illegal means to obtain evidence or information** or to **employ, instruct, or encourage others** to do so.

²³⁷ Le norme dell'American Bar Association, dopo aver descritto numerosi doveri dell'avvocato e regolato i rapporti cliente vs avvocato, giunge finalmente a disciplinare "*the duty to investigate*", ovvero il dovere del legale di esperire "*defensive investigation*", corrispondenti alle norme indagini difensive, per come delineate dalla l. 397/2000, sopra descritte.

²³⁸ Qui notiamo come il dovere di investigare imposto dalle norme dell'American Bar Association, si spinga al punto da imporre al legale di indagare, anche in presenza di ammissioni di responsabilità o di dichiarazioni di colpevolezza.

Standard 4-4.3 Relations With Prospective Witnesses

(a) Defense counsel, in representing an accused, **should not use** means that have **no substantial purpose** other than to **embarrass, delay, or burden a third person**, or use **methods of obtaining evidence** that **violate the legal rights** of such a person.

(b) Defense counsel **should not compensate a witness**, other than an **expert**, for **giving testimony**, but **it is not improper** to **reimburse a witness** for the **reasonable expenses of attendance** upon court, including **transportation and loss of income**, attendance for depositions pursuant to statute or court rule, or attendance for pretrial interviews, provided there is no attempt to conceal the fact of reimbursement.

(c) It is **not necessary** for defense counsel or **defense counsel's investigator**, in **interviewing a prospective witness**, to **caution the witness concerning possible self-Incrimination** and the need for counsel.

(d) Defense counsel **should not discourage or obstruct communication** between prospective **witnesses** and the **prosecutor**. It is **unprofessional conduct** to **advise any person** other than a **client**, or cause such person to be advised, to **decline** to give to the **prosecutor** or **defense counsel** for codefendants information which such person has a right to give.

(e) **Unless defense counsel is prepared to forgo impeachment of a witness** by counsel's own testimony as to what the witness stated in an interview or to seek leave to withdraw from the case in order to present such impeaching testimony, defense counsel **should avoid interviewing a prospective witness except** in the **presence of a third person**.

Standard 4-4.4 Relations With Expert Witnesses²³⁹

²³⁹ Negli Stati Uniti, tuttavia, si sono spesso riscontrate le **parzialità** e gli **abusi** degli *expert witnesses* — la figura che il legislatore italiano ha tenuto presente nel delineare quella del consulente tecnico (cfr. KOSTORIS R. E., *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, pag. 325) — sono ormai un dato di fatto indiscutibile, assodato, tanto da divenire questione pregiudiziale nel dibattito sull' idoneità dell' *adversary system* alla ricerca della verità processuale o sulla stessa capacità di giudizio della giuria su questioni di carattere tecnico-scientifico. Significativa la schiettezza con cui un avvocato della fine del 1800 disse, rivolgendosi alla Corte, che “esistono tre tipi di bugiardi: il comune bugiardo, il dannato bugiardo, e l' *expert witness*”, e con cui ancora oggi la dottrina afferma che “il disprezzo di giudici e avvocati (per gli esperti) è noto. Essi regolarmente descrivono gli *expert witness* come prostitute [...]” (Cfr.: GROSS S. R., *Expert evidence*, in *Wisconsin L. R.*, 1991, pag. 1113 ss.). Sul punto vedasi anche MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 611 e ss.; MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 165; FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 44 e ss.

(a) Defense counsel who **engages an expert**²⁴⁰ for an **opinion should respect the independence of the expert and should not seek to dictate the formation of the expert's opinion** on the subject. To the extent necessary, defense counsel **should explain** to the **expert** his or her **role** in the **trial** as an **impartial witness** called to aid the **fact finders** and the manner in which the **examination of witnesses** is **conducted**.

(b) Defense counsel **should not pay an excessive fee** for the purpose of **influencing an expert's testimony** or fix the amount of the fee contingent upon the testimony an expert will give or the result in the case.

Standard 4-4.5 Compliance With Discovery Procedure

Defense counsel **should make a reasonably diligent effort** to comply with a **legally proper** discovery request.

Standard 4-4.6 Physical Evidence

(a) Defense counsel who **receives a physical item** under circumstances **implicating a client in criminal conduct should disclose** the location of or **should deliver that item to law enforcement authorities only**: (1) if required by **law or court order**, or (2) as provided in **paragraph (d)**.

(b) **Unless required to disclose**, defense counsel **should return the item** to the source from whom defense counsel received it, **except as provided in paragraph (c) and (d)**. In **returning** the item to the **source**, defense counsel should **advise the source of the legal consequences pertaining to possession or destruction** of the item. Defense counsel should also **prepare a written record of these events** for his or her file, but **should not give the source a copy of such record**.

(c) Defense counsel **may receive** the item for a **reasonable period** of time **during which defense counsel**: (1) **intends to return it to the owner**; (2) **reasonably fears** that return of the item to the source will **result in destruction** of the item; (3) **reasonably fears** that return of the item to the source will result in **physical harm** to anyone; (4) **intends to test, examine, inspect, or use the item** in any way as **part of defense counsel's** representation of the client; or (5) **cannot return** it to the **source**. If defense counsel tests or **examines the item**, he or she **should** thereafter **return it to the source unless** there is **reason to believe** that the

²⁴⁰ Sul punto e più estesamente vedasi anche MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 178.

evidence might be **altered or destroyed** or **used to harm another** or return is **otherwise impossible**. If defense counsel retains the item, he or she **should retain** it in his or her law office in a manner that does **not impede** the **lawful ability** of law enforcement authorities to **obtain** the **item**.

(d) If the item **received** is **contraband**, i.e., an item possession of which is in and of itself a crime **such as narcotics**, defense counsel **may suggest** that the **client destroy it** where there is **no pending** case or **investigation relating** to this evidence and **where such destruction is clearly not in violation** of any criminal statute. If **such destruction is not permitted** by law or if in defense counsel's judgment he or she cannot **retain** the **item**, whether or not it is contraband, in a way that does not pose an **unreasonable risk** of **physical harm** to **anyone**, defense counsel **should disclose** the **location** of or should **deliver** the **item** to **law enforcement authorities**.

(e) If **defense counsel discloses** the **location** of or **delivers** the **item** to law enforcement authorities under paragraphs (a) or (d), or to a **third party** under paragraph (c)(1), he or she **should do** so in the **way best designed** to **protect** the **client's interests**.

PART V CONTROL AND DIRECTION OF LITIGATION

Standard 4-5.1 Advising the Accused

(a) After **informing himself** or herself fully on the facts and the law, defense counsel should **advise** the **accused** with **complete candor concerning** all **aspects** of the **case**, **including a candid estimate** of the **probable outcome**.

(b) Defense counsel **should not intentionally understate** or **overstate** the **risks, hazards, or prospects** of the case to **exert undue influence** on the **accused's decision** as to his or her plea.

(c) Defense counsel should **caution** the **client** to **avoid communication** about the **case with witnesses**, except with the approval of counsel, to avoid any contact with **jurors** or **prospective jurors**, and to **avoid either** the **reality** or the **appearance** of any other **improper activity**.

Standard 4-5.2 Control and Direction of the Case

(a) **Certain decisions** relating to the conduct of the case are ultimately for the **accused** and others are **ultimately** for **defense counsel**. The decisions which are to be made by the accused after full **consultation with counsel** include:

(i) **what pleas** to enter;

- (ii) **whether to accept a plea agreement;**
- (iii) **whether to waive jury trial;**
- (iv) **whether to testify in his or her own behalf; and**
- (v) **whether to appeal.**

(b) **Strategic and tactical decisions should be made by defense counsel after consultation with the client where feasible and appropriate. Such decisions include what **witnesses to call**, whether and **how to conduct cross-examination**, **what jurors to accept or strike**, **what trial motions** should be made, and what evidence should be introduced.**

(c) If a **disagreement on significant matters of tactics or strategy arises between defense counsel and the client**, **defense counsel** should make a record of the **circumstances**, counsel's advice and reasons, and the conclusion reached. The record should **be made in a manner** which **protects the confidentiality** of the **lawyer- Client relationship**.

PART VI

DISPOSITION WITHOUT TRIAL

Standard 4-6.1 Duty to Explore Disposition Without Trial

(a) **Whenever the law, nature, and circumstances of the case permit**, defense counsel should **explore** the **possibility** of an **early diversion** of the case from the criminal process through the use of other **community agencies**.

(b) Defense counsel **may engage** in **plea discussions** with the **prosecutor**. **Under no circumstances should defense counsel recommend to a defendant acceptance of a plea unless appropriate investigation**²⁴¹ and **study of the case has been completed, including an analysis of controlling law and the evidence likely to be introduced at trial.**

Standard 4-6.2 Plea Discussions

(a) Defense counsel **should keep** the **accused advised of developments arising out of plea discussions conducted with the prosecutor**.

(b) Defense counsel **should promptly communicate and explain** to the accused **all significant plea proposals** made by the prosecutor.

²⁴¹ Torna costantemente il richiamo alla indagini del difensore, per ogni comportamento del difensore che abbia rilevanza processuale per il proprio assistito.

(c) Defense counsel **should not knowingly make false statements**²⁴² concerning the **evidence** in the **course of plea discussions** with the **prosecutor**.

(d) Defense counsel **should not seek concessions favorable** to one **client** by **any agreement** which is **detrimental** to the **legitimate interests** of a **client** in another case.

(e) Defense counsel **representing two or more clients** in the **same** or related **cases should not participate** in making an **aggregated agreement** as to **guilty or nolo contendere** pleas, **unless each client consents after consultation**, including disclosure of the existence and nature of all the claims or pleas involved.

PART VII

TRIAL²⁴³

Standard 4-7.1 Courtroom Professionalism

(a) **As an officer of the court**, defense counsel should support the **authority** of the **court** and the **dignity** of the trial courtroom by **strict adherence** to **codes of professionalism** and by **manifesting a professional attitude toward the judge, opposing counsel, witnesses, jurors, and others** in the **courtroom**.

(b) Defense counsel **should not engage** in **unauthorized** ex parte **discussions** with or **submission of material** to a **judge relating to a particular case** which is or may come before the judge.

(c) When **court is in session**, defense counsel **should address** the **court** and **should not address** the **prosecutor directly** on all matters relating to the case.

(d) Defense counsel **should comply promptly** with all **orders** and **directives** of the **court**, but defense counsel has a **duty** to **have the record** reflect **adverse rulings** or judicial conduct which counsel **considers prejudicial** to his or her **client's legitimate interests**. Defense counsel has a right to make respectful requests for **reconsiderations of adverse rulings**.

(e) Defense counsel **should cooperate** with **courts** and the **organized bar** in **developing codes of professionalism** for each jurisdiction.

Standard 4--7.2 Selection of Jurors

(a) Defense counsel **should prepare himself or herself prior** to **trial** to **discharge effectively** his or her function in the selection of the jury, including the

²⁴² Più in generale sull'argomento, vedasi in lingua originale FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 1007.

²⁴³ Per una disamina compiuta del *trial* in lingua originale, vedasi WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 987 e ss.

raising of **any appropriate issues concerning** the **method** by which the **jury panel** was **selected** and the exercise of both challenges for cause and peremptory challenges.

(b) In **those cases** where it **appears necessary** to **conduct** a **pretrial investigation**²⁴⁴ of the **background** of **jurors**, **investigatory methods** of **defense counsel** **should neither harass nor unduly embarrass** potential **jurors** or **invade** their **privacy** and, whenever possible, **should be restricted** to an **investigation** of **records** and sources of information **already in existence**.

(c) The **opportunity** to **question jurors personally** **should be used** solely to obtain **information** for the **intelligent exercise** of **challenges**. Defense counsel should **not intentionally** use the **voir dire** to **present factual** matter which defense counsel knows will **not be admissible** at trial or to argue counsel's case to the jury.

Standard 4-7.3 Relations With Jury

(a) Defense counsel **should not intentionally communicate privately** with **persons summoned for jury duty or impaneled** as jurors prior to or **during** the **trial**. Defense counsel should **avoid** the **reality** or **appearance** of **any such communications**.

(b) Defense counsel **should treat jurors** with **deference** and **respect**, **avoiding** the **reality** or **appearance** of **currying** favor by a show of **undue solicitude** for their **comfort** or **convenience**.

(c) **After discharge** of the jury from further consideration of a case, defense counsel **should not intentionally make comments** to or **ask questions** of a **juror** for the **purpose** of **harassing** or **embarrassing** the **juror** in **any way** which will tend to **influence judgment** in **future jury service**. If defense counsel believes that the **verdict** may be **subject to legal challenge**, he or she **may properly**, if no statute or rule prohibits such course, **communicate** with **jurors** to **determine whether** such **challenge may be available**.

Standard 4-7.4 Opening Statement

Defense counsel's opening statement should be **confined** to a **statement** of the issues in the case and the evidence defense counsel believes in **good faith** will be **available** and **admissible**. Defense counsel **should not allude** to any **evidence** **unless** there is a **good faith** and **reasonable basis** for **believing** such **evidence** will be **tendered** and **admitted** in evidence.

²⁴⁴ Ibidem, nota precedente.

Standard 4-7.5 Presentation of Evidence

(a) Defense counsel **should not knowingly offer false evidence**, whether by **documents, tangible evidence**, or the **testimony** of witnesses, or **fail to take reasonable remedial measures** upon **discovery** of its **falsity**.

(b) Defense counsel **should not knowingly** and for the purpose of **bringing inadmissible matter** to the **attention** of the **judge** or **jury** offer **inadmissible evidence**, ask **legally objectionable questions**, or make other **impermissible comments** or **arguments** in the **presence** of the **judge** or **jury**.

(c) Defense counsel **should not permit** any **tangible evidence** to be **displayed** in the **view** of the **judge** or **jury** which would tend to **prejudice fair consideration** of the case by the **judge** or **jury** until such **time** as a **good faith tender** of such **evidence** is **made**.

(d) Defense counsel **should not tender tangible evidence** in the **presence** of the **judge** or **jury** if it would tend to **prejudice fair consideration** of the **case**, **unless** there is a **reasonable basis** for its **admission** in **evidence**. When there is any **substantial doubt** about the **admissibility** of such **evidence**, it **should be tendered** by an **offer** of **proof** and a ruling obtained.

Standard 4-7.6 Examination of Witnesses

(a) The **interrogation** of all **witnesses** **should be conducted fairly, objectively**, and with due **regard** for the **dignity** and **legitimate privacy** of the **witness**, and **without seeking** to **intimidate** or **humiliate** the **witness** unnecessarily.

(b) Defense counsel's **belief** or **knowledge** that the **witness** is **telling the truth** does **not preclude cross-examination**.

(c) Defense counsel **should not call** a **witness** in the **presence** of the **jury** who the lawyer knows will **claim** a **valid privilege not to testify**.

(d) Defense counsel **should not ask** a **question** which **implies** the **existence** of a **factual predicate** for which a **good faith** belief is **lacking**.

Standard 4-7.7 Argument to the Jury

(a) In **closing argument** to the **jury**, **defense counsel may argue all reasonable inferences** from the **evidence** in the **record**. Defense counsel **should not intentionally misstate** the **evidence** or **mislead** the **jury** as to the **inferences** it may draw.

(b) Defense counsel **should not express a personal belief or opinion** in his or her client's innocence or personal belief or opinion in the **truth or falsity** of any **testimony or evidence**.

(c) Defense counsel **should not make arguments calculated to appeal** to the **prejudices** of the **jury**.

(d) Defense counsel **should refrain from argument** which would **divert the jury** from its duty to **decide the case** on the evidence.

Standard 4-7.8 Facts Outside the Record

Defense counsel **should not intentionally refer** to or **argue** on the **basis of facts outside the record** whether at trial or on appeal, **unless** such **facts** are matters of common **public knowledge based** on ordinary **human experience** or matters of which the court can take judicial notice.

Standard 4-7.9 Post-trial Motions

Defense counsel's **responsibility includes presenting appropriate posttrial motions** to **protect the defendant's rights**.

PART VIII

AFTER CONVICTION

Standard 4-8.1 Sentencing

(a) Defense counsel **should**, at the **earliest** possible time, be or become **familiar** with all of the **sentencing alternatives available** to the **court** and with **community and other facilities** which may be of assistance in a plan for meeting the accused's needs. Defense counsel's preparation **should also include familiarization** with the **court's practices** in exercising **sentencing discretion**, the practical **consequences of different sentences**²⁴⁵, and the **normal pattern of sentences** for the **offense involved**, including any **guidelines** applicable at either the sentencing or **parole stages**. The **consequences** of the various dispositions **available should be explained fully** by **defense counsel** to the **accused**.

(b) Defense counsel **should present** to the court **any ground** which will **assist in reaching a proper disposition favorable** to the **accused**. If a presentence report or summary is made available to defense counsel, he or she **should seek** to **verify the information contained** in it and **should be prepared to supplement or challenge** it if **necessary**. If there is **no presentence** report or if it is **not disclosed**,

²⁴⁵ Il tema degli effetti di una sentenza, in lingua originale, è trattato da WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 1103 e ss.

defense counsel **should submit** to the court and the prosecutor all **favorable information relevant to sentencing** and in an **appropriate case**, with the **consent** of the **accused**, be **prepared to suggest a program of rehabilitation based on** defense counsel's **exploration of employment, educational, and other opportunities made available by community services**.

(c) Defense counsel should also insure that the accused **understands** the **nature of the presentence investigation process**, and in particular the **significance of statements made by the accused to probation officers and related personnel**. Where appropriate, defense counsel **should attend the probation officer's interview with the accused**.

(d) Defense counsel **should alert the accused** to the **right of allocution**, if any, and to the possible **dangers of making a statement** that might **tend to prejudice an appeal**.

Standard 4-8.2 Appeal

(a) **After conviction**, defense counsel **should explain** to the **defendant** the meaning and **consequences** of the court's **judgment** and defendant's **right of appeal**. Defense counsel **should give** the defendant his or her **professional judgment** as to whether there are **meritorious grounds for appeal** and as to the **probable results** of an **appeal**. Defense counsel **should also explain** to the defendant the **advantages and disadvantages** of an **appeal**. The **decision** whether to appeal **must be the defendant's own choice**.

(b) Defense counsel should take whatever steps are necessary to protect the defendant's rights of appeal.

Standard 4-8.3 Counsel on Appeal

(a) Appellate counsel **should not seek to withdraw** from a **case solely** on the **basis** of his or **her own determination** that the appeal **lacks merit**.

(b) Appellate counsel **should give** a client his or her **best professional evaluation** of the **questions that might be presented on appeal**. Counsel, when **inquiring into the case**, **should consider all issues** that **might affect the validity** of the **judgment of conviction and sentence, including any** that might **require initial presentation in a postconviction proceeding**. Counsel **should advise** on the **probable outcome** of a **challenge to the conviction or sentence**. Counsel **should endeavor to persuade** the **client to abandon a wholly frivolous appeal** or to eliminate contentions lacking in substance.

(c) If the client **chooses to proceed** with an **appeal against the advice of counsel**, counsel **should present the case**, so long as such advocacy **does not involve deception** of the court. When counsel **cannot continue without misleading the court**, counsel may **request permission to withdraw**.

(d) Appellate **counsel** has the **ultimate authority to decide** which **arguments to make on appeal**. When appellate counsel decides **not to argue** all of the **issues** that his or her **client desires** to be argued, appellate counsel **should inform the client** of his or her ***pro se* briefing rights**.

(e) In a jurisdiction with an intermediate appellate court, counsel for a **defendant- Appellant** or a **defendant- Appellee** **should continue to represent the client** if the **prosecution seeks review** in the **highest court**, **unless new counsel is substituted** or **unless the court** permits counsel to **withdraw**. Similarly, in any jurisdiction, such appellate counsel should **continue to represent the client** if the prosecution seeks review in the Supreme Court of the United States.

Standard 4-8.4 Conduct of Appeal

(a) Appellate counsel **should be diligent** in perfecting appeals and **expediting** their **prompt submission** to appellate courts.

(b) Appellate counsel **should be accurate** in **referring** to the **record** and the **authorities** upon which counsel relies in the presentation to the court of **briefs** and **oral argument**.

(c) Appellate counsel **should not intentionally** refer to or **argue** on the **basis of facts outside the record** on appeal, **unless such facts are matters of common public knowledge** based on **ordinary human experience** or matters of which the court may take **judicial notice**.

Standard 4-8.5 Post- Conviction Remedies

After a **conviction** is **affirmed** on appeal, appellate counsel **should determine** whether there is **any ground for relief** under other post- Conviction **remedies**. If there is a **reasonable prospect** of a **favorable result**, counsel **should explain** to the defendant the **advantages** and **disadvantages** of **taking such action**. Appellate counsel is **not obligated** to **represent the defendant** in a **post-Conviction proceeding** **unless** counsel has **agreed to do so**. In other respects, the **responsibility** of a **lawyer** in a post- Conviction proceeding **should be guided** generally by the **standards governing** the conduct of lawyers in **criminal cases**.

Standard 4-8.6 Challenges to the Effectiveness of Counsel

(a) If defense counsel, **after investigation**, is **satisfied** that another defense counsel who served in an **earlier phase** of the case **did not provide effective assistance**, he or she **should not hesitate** to **seek relief** for the **defendant** on that ground.

(b) If defense counsel, **after investigation**, is **satisfied** that **another** defense counsel who **served** in an **earlier** phase of the case provided **effective assistance**, he or she should so **advise** the **client** and may **decline** to **proceed further**.

(c) If defense counsel **concludes** that he or she **did not provide** effective **assistance** in an **earlier** phase of the case, defense counsel **should explain** this **conclusion** to the defendant and **seek** to **withdraw** from **representation** with an **explanation** to the **court** of the reason therefor.

(d) Defense counsel whose **conduct** of a **criminal case** is drawn into **question** is **entitled to testify concerning** the **matters charged** and is **not precluded** from **disclosing** the **truth concerning** the **accusation** to the extent defense counsel **reasonably believes necessary**, even though this involves **revealing matters** which were **given in confidence**.

PROVIDING DEFENSE SERVICES

PART I.

GENERAL PRINCIPLES

Standard 5-1.1 Objective

The **objective** in **providing counsel** should be to assure that **quality legal representation is afforded to all persons eligible** for counsel pursuant to this chapter. The bar should educate the public to the importance of this objective.

Standard 5-1.2 Systems for legal representation

(a) The legal **representation** plan for each jurisdiction should **provide** for the **services** of a **full-time defender organization** when population and caseload are sufficient to support such an organization. Multi-jurisdictional organizations may be appropriate in rural areas.

(b) **Every system should include** the **active** and **substantial participation** of the **private bar**. That participation should be through a coordinated assigned-Counsel system and may also **include contracts** for **services**. No program should be precluded from representing clients in any particular type or category of case.

(b) Conditions may make it preferable to create a **statewide system** of defense.

(b) Where **capital punishment** is **permitted** in the **jurisdiction**, the **plan should take** into account the **unique** and **time- Consuming demands** of **appointed** representation in capital cases. The plan should comply with the ABA Guidelines for the Appointment and Performance of Counsel in Death Penalty Cases.

Standard 5-1.3 Professional independence

(a) The **legal representation** plan for a jurisdiction **should be designed** to **guarantee** the **integrity** of the **relationship between lawyer and client**. The plan and the **lawyers serving under** it should be free from **political influence** and should be **subject to judicial supervision** only in the same manner and to the same extent as are **lawyers** in private **practice**. The **selection** of **lawyers** for **specific cases should not be made** by the judiciary or elected officials, but should be **arranged** for by the **administrators** of the **defender**, assigned- Counsel and contract-for- Service programs.

(b) An effective means of **securing professional independence** for defender organizations is to place **responsibility** for **governance** in a **board** of **trustees**. Assigned- Counsel and contract-for- Service components of defender systems should be governed by such a board. Provisions for size and **manner** of **selection** of **boards** of trustees should assure their **independence**. Boards of trustees should **not include prosecutors** or **judges**. The **primary function** of boards of trustees is to **support** and **protect** the **independence** of the **defense** services program. Boards of trustees should have the **power** to **establish** general **policy** for the operation of defender, assigned- Counsel and contract-for- Service programs consistent with these standards and in keeping with the **standards** of **professional conduct**. Boards of trustees should be precluded from interfering in the conduct of particular cases. A majority of the trustees on boards should be members of the bar admitted to practice in the jurisdiction

Standard 5-1.4 Supporting services

The **legal representation plan should provide** for **investigatory**, **expert**, and **other services** necessary to **quality legal representation**. These **should include not** only those **services** and **facilities needed** for an effective defense at trial but **also** those **that are required** for **effective defense participation** in every **phase** of the **process**. In addition, supporting services necessary for providing quality legal representation **should be available** to the **clients** of retained counsel who are **financially unable** to **afford** necessary supporting **services**.

Standard 5-1.5 Training and professional development

The legal representation plan **should provide** for the effective training, **professional development** and continuing **education** of all counsel and staff involved in providing **defense services**. Continuing education programs should be available, and **public funds** should be provided to **enable** all **counsel** and **staff** to **attend** such **programs**.

Standard 5-1.6 Funding

Government has the **responsibility** to **fund** the **full cost of quality legal representation** for all **eligible persons**, as **defined** in **standard 5-7.1**²⁴⁶. It is the **responsibility** of the organized bar to be **vigilant** in **supporting** the provision of **such funding**. The level of government that funds defender organizations, assigned- Counsel programs or contracts for services depends upon which level **will best insure** the **provision of independent, quality legal representation**. Under **no circumstances** should the funding power **interfere** with or **retaliate against professional judgments** made in the proper performance of defense services.

PART VII

ELIGIBILITY FOR ASSISTANCE

Standard 5-7.1 Eligibility; ability to pay partial costs

Counsel **should be provided** to **persons** who are **financially unable** to **obtain adequate representation without substantial hardship**. Counsel **should not be denied because** of a **person's ability** to **pay** part of the cost of representation, **because friends or relatives have resources** to retain counsel or **because bond** has been or can be **posted**.

²⁴⁶ Vedi più oltre.

**THE RIGHT TO COUNSEL: SELECTED SENTENCES FROM THE
SUPREME COURT OF UNITED STATES**

“Anche quando avremo messo a posto tutte le regole, ne mancherà sempre una: quella che dall'interno della sua coscienza fa obbligo a ogni cittadino di regolarsi secondo le regole.”

Indro Montanelli

Procedere ad una analisi delle indagini difensive negli Stati Uniti richiede necessariamente una verifica del c.d. **“Right to counsel”**²⁴⁷, ovvero del diritto alla difesa²⁴⁸, che può essere considerato come la **base fondante** le stesse **indagini difensive**.

La Costituzione degli Stati Uniti individua tale diritto nel **Sesto Emendamento** che viene considerato parte del diritto ad un **giusto processo**.

Il **right to a fair trial** infatti, consente all'imputato (defendant) di essere assistito da un avvocato, anche quando non possa permettersi di pagare la tutela legale (ovvero il corrispondente al nostro gratuito patrocinio).

Riconosciuto a livello federale il 15 dicembre del 1791 dall'U.S. Bill of Rights, l'affermazione di tale diritto nei singoli Stati è giunta più tardi. Soltanto nel 1963 con la decisione **Gideon v. Wainwright**²⁴⁹, 372 U.S. 335 (1963), definita unanimente *“a landmark case in United States Supreme Court history”*, ove la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha unanimente statuito che le *“State Courts”*, in ossequio al **Sesto Emendamento** della Costituzione degli Stati Uniti, applicato ai singoli Stati grazie alla clausola del **giusto processo** individuata dal **Quattordicesimo Emendamento**, dovevano provvedere alla difesa di ufficio dei *“defendants”*, *“unable to afford their own attorneys”*.

Il diritto alla difesa perciò doveva essere garantito *“to all “critical stages” of the proceedings”* e *“in any case where jail time is possible as a sentence”*.

²⁴⁷ Per una disamina compiuta del tema, in lingua originale, vedasi BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006, pag. 307 e ss.

²⁴⁸ Una sintesi del **diritto di difesa** nel sistema italiano è reperibile in LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 56 e ss.

²⁴⁹ Vedi breve sunto del caso più oltre.

Di seguito si riportano gli estratti delle **principali sentenze** della Corte Suprema degli Stati Uniti²⁵⁰ (in lingua originale), che hanno **riguardato il diritto alla difesa**, lasciando per ultimi due casi fondamentali che hanno regolato il tema dell'**ineffective assistance** che, come si vedrà più oltre, si ritiene di **particolare rilievo** per quanto concerne **gli obiettivi del presente lavoro**.

Ogni caso viene riportato con una breve analisi in italiano in premessa che ne sintetizza gli aspetti salienti.

Il tema dell'*ineffective assistance* verrà **sviluppato** nel capitolo successivo in un **caso di scuola**, che consentirà di analizzare compiutamente le varie ipotesi che possono dare luogo ad impugnazione della sentenza nell'ordinamento americano, in ordine alla predetta carenza di tutela legale.

1) POWELL V. ALABAMA, 287 U.S. 45 (1932)²⁵¹

Premessa: si tratta di un caso risalente nel quale vi è un **primo riconoscimento del diritto di accesso alla difesa, su richiesta dell'imputato**, quale parte integrante della clausola del **giusto processo** (due process clause).

Syllabus: 1. The **rule denying the aid of counsel** to persons charged with felony, which (except as to legal questions) existed in England when our Constitution was formed, was **rejected** in this **country** by the **Colonies before** the Declaration of **Independence**, and is not a test of whether the right to counsel in such cases is embraced in the guarantee of "**due process of law**."

2. The rule that no part of the Constitution shall be treated as superfluous is an aid to construction which, in some instances, may be conclusive, but which must yield to more compelling considerations whenever they exist.

3. The fact that the **right** of an accused person **to have counsel** for his defense was **guaranteed** expressly (as respects the federal Government) by the **Sixth Amendment**, notwithstanding the presence of the due process clause in the Fifth Amendment, does not exclude that right from the concept "due process of law."

²⁵⁰ Tutte reperite nel sito della Corte Suprema degli Stati Uniti all'indirizzo: <http://supreme.justia.com/us/>.

²⁵¹ Cfr.: <http://supreme.justia.com/us/287/45/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 576 e ss.

4. The right of the accused, at least in a capital case, to have the aid of counsel for his defense, which includes the right to **have sufficient time** to advise with counsel and to **prepare a defense**, is one of the **fundamental rights guaranteed** by the **due process clause** of the **Fourteenth Amendment**.

5. In a capital case, where the defendant is unable to employ counsel and is **incapable of making his own defense adequately because of (vulnerable) ignorance, feeble-mindedness, illiteracy or the like**, it is the **duty of the court, whether requested or not, to assign counsel** for him as a necessary requisite of due process of law, and that duty is not discharged by an assignment at such a time and under such circumstances as to preclude the giving of effective aid in the preparation and trial of the case.

6. In a case such as this, the **right to have counsel** appointed, when **necessary**, is a **logical corollary** to the **right to be heard by counsel**.

7. In such circumstances, the trial court has power, even in the absence of statute, to appoint an attorney for the accused, and the attorney, as an officer of the court, is bound to serve.

2) BETTS V. BRADY, 316 U.S. 455 (1942)²⁵²

Premessa: diversamente dal caso precedente e da quello che segue, questa sentenza rappresenta una **pietra miliare** della Corte Suprema degli Stati Uniti, in quanto **“nega il diritto alla difesa” all’imputato indigente**. Tale **affermazione** verrà poi completamente **ribaltata** dal caso **Gideon v. Wainwright**, ove finalmente tale diritto troverà un giusto riconoscimento.

Syllabus: 1. In the light of the applicable law of Maryland, an order of the Chief Judge of the Court of Appeals, he being also the judge of that court from the City of Baltimore, **denying petitioner's release** upon a **writ of habeas corpus**²⁵³ *held* reviewable here by certiorari under Jud.Code § 237, as a "final judgment" of the "highest court" in which a decision of the federal question involved could be had.

²⁵² Fonte: <http://supreme.justia.com/us/316/455/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 586 e ss.

²⁵³ Sul punto e più estesamente, vedasi MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 119.

2. A judgment of a state tribunal denying release on habeas corpus, which is not reviewable in any other state court and ends the particular proceeding, is a **final** judgment within the **meaning** of **Jud.Code § 237**, notwithstanding that, under the state law, the **prisoner retains** the **right** to seek discharge by applications to other courts and **judges successively**.

3. The due **process clause** of the **Fourteenth Amendment** does **not incorporate**, as such, the specific **guarantees** found in the **Sixth Amendment**, although a **denial** by a State of rights or **privileges** specifically embodied in that and others of the first eight amendments may, in certain circumstances, or in connection with other elements, **operate**, in a given case, to **deprive a litigant of due process of law** in violation of the Fourteenth.

4. The **application of the due process clause** to State criminal proceedings is **not governed** by **hard** and **fast rule**. Asserted denial of due process is to be tested by appraisal of all facts in the case, and that which in one setting may constitute a denial of due process because it is a denial of fundamental fairness shocking to the universal sense of justice may, in other circumstances, and in the light of other considerations, fall short of such a denial.

5. **Decisions** of this **Court** do **not lay down** a rule that, in every case, whatever the circumstances, one charged with crime who is unable to obtain counsel must be furnished counsel by the State.

6. A review of state constitutional and **statutory** provisions on the subject in connection with the common law demonstrates that, in the great majority of the States, it has been the considered **judgment** of the **people**, their representatives, and their courts that an appointment of counsel for **indigent defendants** in criminal cases **is not a fundamental right**, essential to a fair trial, and that the matter has generally been deemed one of legislative policy. In the light of this evidence, it cannot be said that the concept of **due process** incorporated in the **Fourteenth Amendment** **obliges the State**, whatever may be their own views, to **furnish counsel in every such case**.

7. Upon the facts of this case, the **refusal of a state court to appoint counsel** to represent an indigent defendant at a trial in which he was connected of robbery **did not deny him due process of law** in violation of the Fourteenth Amendment.

Why is there no right to counsel in a habeas corpus proceeding?
Currently, there is no right to counsel in a habeas corpus proceeding because the

courts look at this **quasi- Civil action** and deem it **not** to be a "**critical stage**" of the **criminal proceedings**.

3) GIDEON V. WAINWRIGHT, 372 U.S. 335 (1963)²⁵⁴

Premessa: come anticipato, questa decisione è stata definita unanimemente “a landmark case in United States Supreme Court history”, in quanto la Corte Suprema degli Stati Uniti d’America ha unanimemente statuito che le “State Courts”, in ossequio al **Sesto Emendamento** della Costituzione degli Stati Uniti, applicato ai singoli Stati grazie alla clausola del **giusto processo** individuata dal **Quattordicesimo Emendamento**, dovevano provvedere alla difesa di ufficio dei “defendants”, “unable to afford their own attorneys”.

Syllabus: Charged in a Florida State Court with a **noncapital felony**, petitioner appeared **without funds** and **without counsel** and **asked** the Court to **appoint counsel** for him, but this **was denied** on the ground that the state law permitted appointment of counsel for indigent defendants in capital cases only. Petitioner conducted his own defense about as well as could be expected of a layman, but he was convicted and sentenced to imprisonment. Subsequently, he applied to the State Supreme Court for a writ of habeas corpus, on the ground that his conviction violated his rights under the Federal Constitution. The State Supreme Court denied all relief.

Held: The right of an indigent defendant in a criminal trial to have the assistance of counsel is a fundamental right essential to a fair trial, and petitioner's trial and **conviction without the assistance of counsel violated the Fourteenth Amendment**.

²⁵⁴ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/372/335/case.html>. Sul punto e più estesamente, vedasi anche MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 173. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 590 e ss.

4) DOUGLAS V. CALIFORNIA, 372 U.S. 353 (1963)²⁵⁵

Premessa: si tratta di un **altro caso** ove viene **riconosciuto il diritto** degli **indigenti a godere della tutela** legale in quanto si afferma che una decisione giudiziaria presa **senza** che l'imputato sia stato **difeso** da un avvocato, crea una **discriminazione fra ricchi e poveri**, in **violazione del Quattordicesimo Emendamento** della Costituzione degli Stati Uniti.

Syllabus: In a California State court, petitioners were tried jointly, convicted of **13 felonies**, and sentenced to imprisonment. Exercising their only right to appeal as of right, they appealed to an intermediate Court of Appeals, and, **being indigent**, **applied** to it for **appointment of counsel** to assist them on appeal. In accordance with a state rule of criminal procedure, that **court** made an *ex parte* examination of the record, determined that appointment of counsel for petitioners would not be "of advantage to the defendant or helpful to the appellate court," and **denied appointment of counsel**. Their **appeal** was heard **without assistance of counsel**, and their **convictions** were **affirmed**. The State Supreme Court denied a discretionary review.

Held: Where the merits of the one and only appeal an indigent has as of right were decided without benefit of counsel in a state criminal case, there has been a **discrimination between the rich and the poor** which **violates the Fourteenth Amendment**.

5) FARETTA V. CALIFORNIA, 422 U.S. 806 (1975)²⁵⁶

Premessa: diversamente dalle precedenti sentenze, in questo caso la Corte Suprema degli Stati Uniti **riconosce all'imputato il diritto** costituzionale di **"rifiutare la tutela di un avvocato"**, e di **difendersi da solo** in una pendenza giudiziaria di natura penale.

²⁵⁵ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/372/353/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 594 e ss.

²⁵⁶ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/422/806/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 651 e ss.

Syllabus: The **Sixth Amendment** as made applicable to the States by the **Fourteenth** guarantees that a defendant in a state criminal trial has an **independent constitutional right of self- Representation** and that he may proceed to **defend himself without counsel**²⁵⁷ when he **voluntarily and intelligently** elects to do so, and, in this case, the state **courts erred in forcing petitioner** against his will to **accept** a state- Appointed **public defender** and in denying his request to conduct his own defense.

6) NIX V. WHITESIDE, 475 U.S. 157 (1986)²⁵⁸

Premessa: la sentenza tratta del significato da attribuire al diritto di essere assistito da un avvocato, ed in particolare del **diritto** di essere **assistito** da un **legale competente** che esperisce la propria **attività** secondo le **norme di legge** e alla **ricerca della verità**.

Syllabus: **Whiteside** went to Calvin Love's apartment to engage in a **marijuana transaction**. An argument ensued and Love went to **reach behind his pillow** and Whiteside stabbed him in the chest, **killing him**. Robinson represented Whiteside as his defense counsel in a murder trial. **Whiteside told Robinson** that he **believed Love** had a **gun**, but hadn't seen one in his hand. He later told Robinson that he had seen **something metallic** in Love's hand. Robinson told Whiteside that if Whiteside **perjured** himself on the stand, he would be forced to report this to the Court. Whiteside applied for a writ of Federal Habeas Corpus, **claiming** that Robinson's threats **deprived** him of **effective counsel** under the **Sixth Amendment**.

Held: An **attorneys duty is limited to lawful conduct**: "Plainly, that duty is limited to **legitimate**, lawful conduct compatible with the very nature of a trial as a **search for truth**."

²⁵⁷ Il tema dell'autodifesa è trattato mediante l'uso di *flowcharts* molto chiari da STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law – CrunchTime*, Aspen Publishers, New York, 2007, pag. 14 e ss.

²⁵⁸ Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 642 e ss.

7) STRICKLAND V. WASHINGTON, 466 U.S. 668 (1984)²⁵⁹

Premessa: si tratta di un **caso fondamentale** per quanto concerne l'**ineffective assistance**. La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, per come è stata interpretata dalla dottrina, individua un test (a two-part test) per verificare la presenza dell'**ineffective assistance** **basato** sulla **presenza contestuale** di:

- 1) “***Proper standard for judging attorney performance fell below an objective standard of reasonableness***”.

Ovverosia analizza la **performance** dell'avvocato in termini di “standard oggettivi di ragionevolezza”.

- 2) “***Showing of prejudice requires a reasonable probability that for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different***”.

Ovverosia abbia creato un **pregiudizio** per l'assistito. Il test dello “***Showing of prejudice***” va a verificare se la performance carente dell'avvocato abbia portato ad un risultato processuale diverso²⁶⁰, secondo criteri di ragionevolezza.

In definitiva il **test richiede** che l'**avvocato** abbia esperito “**REASONABLE INVESTIGATIONS**²⁶¹”, in mancanze delle quali siamo in presenza della c.d. “**ineffective assistance**” che, **nell'ordinamento americano e diversamente dal sistema italiano**, costituisce **motivo di impugnazione**.

Il test **Strickland v. Washington**, risulta **più difficile** da provare del test **United States v. Cronin**, sebbene statisticamente **più frequente**²⁶².

²⁵⁹ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/466/668/>. Sul punto e più estesamente, vedasi MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 170. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 627 e ss.

²⁶⁰ Ovvero che abbia comportato un danno processuale per l'assistito che si trasformi in una mancata assoluzione o in una pena più severa.

²⁶¹ Il **tema**, ritenuto di **particolare rilevanza** dallo scrivente, costituisce, come si vedrà più oltre, elemento fondante le conclusioni stesse della presente tesi.

²⁶² L'affermazione riportata è della Prof. of Law **Meg Penrose**, del College of Law, University of Oklahoma, sede di Norman, fatta durante le lezioni di Criminal Procedure del secondo semestre 2008/2009, della quale si può trovare traccia on line negli appunti dello scrivente all'indirizzo: www.appuntiunira.net, nella pagina dedicata a *Criminal Procedure*.

Syllabus: Respondent pleaded guilty in a Florida trial court to an indictment that included **three capital murder**²⁶³ charges. In the **plea colloquy**, **respondent told** the trial judge that, although **he had committed** a string of burglaries, he had **no significant prior criminal record** and that, at the time of his **criminal spree**, he was under **extreme stress** caused by his **inability** to support his **family**. The trial judge told respondent that he had "a **great deal of respect for people** who are willing to step forward and **admit their responsibility**."

In preparing for the sentencing hearing, defense counsel spoke with respondent about his background, but did not seek out character witnesses²⁶⁴ or request a psychiatric examination. **Counsel's decision not to present evidence** concerning **respondent's character** and **emotional** state reflected his judgment that it was advisable to rely on the plea colloquy for evidence as to such matters, thus preventing the State from cross-examining respondent and from presenting psychiatric evidence of its own. **Counsel did not request a presentence report**, because it would have included respondent's criminal history and thereby would have undermined the claim of **no significant prior criminal record** (vedasi FRE 404 (A)(1)²⁶⁵). Finding numerous aggravating circumstances and no mitigating circumstance, the trial judge sentenced respondent to death on each of the murder counts. The **Florida Supreme Court affirmed**, and respondent then sought collateral relief in state court on the ground, *inter alia*, that **counsel had rendered ineffective assistance** at the sentencing proceeding in several respects, **including** his **(1) failure to request a psychiatric report**, **(2) to investigate and present character witnesses**, and to **(3) seek a presentence report**. The trial court denied relief, and the Florida Supreme Court affirmed. Respondent then filed a habeas corpus petition in Federal District Court advancing numerous grounds for relief, including the claim of ineffective assistance of counsel. After an evidentiary hearing, the District Court denied relief, concluding that, although counsel made errors in judgment in failing to investigate mitigating evidence further than he did,

²⁶³ Per il corrispondente concetto di omicidio, vedasi CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, quarta edizione, Il Mulino, Bologna, 2006, pag. 331 e ss.

²⁶⁴ Sul più esteso tema delle *character evidence*, vedasi in lingua originale MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 296, e Sul ruolo della giuria nel sistema statunitense, vedasi FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 14 e ss.

²⁶⁵ Cfr. MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008, pag. 76.

no prejudice to respondent's sentence resulted from any such error in judgment. The Court of Appeals ultimately reversed, **stating that the Sixth Amendment** accorded criminal defendants a right to counsel rendering "reasonably effective assistance given the totality of the circumstances." After outlining standards for judging whether a **defense counsel** fulfilled the duty to **investigate nonstatutory** mitigating circumstances and whether **counsel's errors were sufficiently prejudicial to justify reversal**, the Court of Appeals remanded the case for application of the standards.

Held: 1. The **Sixth Amendment right to counsel** is the **right** to the **effective assistance** of counsel, and the benchmark (valutare) for judging any **claim of ineffectiveness** must be whether counsel's conduct so undermined the proper functioning of the adversarial process that the trial cannot be relied on as having produced a just result. The same principle applies to a capital sentencing proceeding -- such as the one provided by Florida law -- that is sufficiently like a trial in its adversarial format and in the existence of standards for decision that counsel's role in the proceeding is comparable to counsel's role at trial.

2. A **convicted defendant's claim** that **counsel's assistance** was so **defective** as to **require reversal** of a conviction or setting aside of a death sentence requires that the defendant show, **first**, that counsel's **performance** was **deficient** and, **second**, that the **deficient performance prejudiced the defense** so as to **deprive** the defendant of a **fair trial**.

(a) The **PROPER STANDARD** for judging attorney performance is that of **reasonably effective assistance, considering all the circumstances**. When a convicted defendant complains of the ineffectiveness of counsel's assistance, the defendant must show that counsel's representation fell below an **objective standard of reasonableness**. Judicial scrutiny of counsel's performance must be highly deferential, and a fair assessment of attorney performance requires that every effort be made to eliminate the distorting effects of hindsight, to reconstruct the circumstances of counsel's challenged conduct, and to evaluate the conduct from counsel's perspective at the time. A **court** must **indulge a strong presumption** that counsel's conduct falls within the wide **range of reasonable professional assistance**. These **standards require** no special amplification in order to define **counsel's duty to investigate**, the duty at issue in this case..

(b) With regard to the required **SHOWING OF PREJUDICE**, the proper standard requires the defendant to show that there is a **reasonable probability** that, but **for counsel's unprofessional errors**, the **result of the proceeding would have been different**. A reasonable probability is a probability sufficient to undermine confidence in the outcome. A court hearing an ineffectiveness claim must consider the totality of the evidence before the judge or jury.

3. A number of **practical considerations** are important for the application of the standards set forth above. The standards do **not** establish **mechanical rules**; the ultimate focus of inquiry must be on the fundamental fairness of the proceeding whose result is being challenged. A court need not first determine whether counsel's performance was deficient before examining the prejudice suffered by the defendant as a result of the alleged deficiencies. If it is easier to dispose of an ineffectiveness claim on the ground of lack of sufficient prejudice, that course should be followed. The **principles governing ineffectiveness claims** apply in **federal collateral proceedings** as they do on **direct appeal** or in motions for a new trial.

4. The **facts of this case make it clear** that **counsel's conduct** at and **before respondent's sentencing proceeding cannot be found unreasonable under the above standards**. They also make it clear that, even assuming counsel's conduct was unreasonable, respondent suffered insufficient prejudice to warrant setting aside his death sentence.

8) UNITED STATES V. CRONIC, 466 U.S. 648 (1984)²⁶⁶

Premessa: si tratta di un altro **caso fondamentale** ai fini dell'ineffective assistance. Anche in questa sentenza, la Corte Suprema degli Stati Uniti individua un test per verificare l'ineffective assistance **basato sull'assenza** del c.d. **meaningful adversarial testing**, ovvero di una carenza della performance dell'avvocato fondata su **cinque circostanze**:

1. “**Time afforded** for investigation and preparation”;
2. “**Experience of counsel**”;
3. “**Gravity** of the charge”;

²⁶⁶ Fonte: <http://supreme.justia.com/us/466/648/>. Per una disamina compiuta del caso in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 621 e ss.

4. “**Complexity** of possible defenses”;
5. “**Accessibility** of witnesses to counsel”.

Rispetto alla sentenza **Strickland v. Washington**, il test **United States v. Cronin**, risulta **più facile** da provare sebbene **meno frequente**²⁶⁷.

Syllabus: Respondent and two associates were **indicted** on **mail fraud** charges involving a “**check kiting**” scheme whereby checks were transferred between a bank in **Florida** and a bank in **Oklahoma**. When respondent's retained counsel withdrew shortly before the scheduled trial date, the District Court appointed a **young lawyer** with a **real estate practice** who **had never participated in a jury trial** to represent respondent, but allowed him only **25 days** to **prepare for trial**, even though the **Government** had taken over four and one-half **years** to **investigate** the case and had reviewed **thousands of documents** during that investigation. Respondent was convicted, but the Court of Appeals reversed, because it inferred that respondent's right to the effective assistance of counsel under the **Sixth Amendment** had been **violated**. Finding it unnecessary to inquire into counsel's actual performance at trial, the court based its inference on the **5 CIRCUMSTANCES** surrounding the representation of respondent, **particularly** (1) the **time afforded** for investigation and preparation, (2) the **experience of counsel**, (3) the **gravity** of the charge, (4) the **complexity** of possible defenses, and (5) the **accessibility** of witnesses to counsel.

Held: The **Court of Appeals erred** in utilizing an inferential approach in determining whether respondent's **right to the EFFECTIVE ASSISTANCE** of counsel had been **violated**.

(a) The **right** to the **effective assistance** of counsel is the right of the accused to **require** the **prosecution's** case to **survive** the crucible of **MEANINGFUL ADVERSARIAL TESTING**. When a true adversarial criminal trial has been conducted, the kind of testing envisioned by the Sixth Amendment has occurred.

(b) Here, while the **Court of Appeals** purported to apply a standard of reasonable competence, it **did not indicate** that there had been an **actual breakdown** of the **adversarial** process during a trial. Instead, it **concluded** that the

²⁶⁷ Anche questa affermazione è stata fatta dalla Prof. of Law **Meg Penrose**, del College of Law, University of Oklahoma, sede di Norman, durante le lezioni di Criminal Procedure del secondo semestre 2008/2009, del quale si può trovare traccia on line negli appunti dello scrivente all'indirizzo: <http://www.appuntiunira.net/Indici%20pagine/Criminal%20Procedure.htm>.

circumstances surrounding the **representation** of respondent mandated an inference that counsel was **unable to discharge** his **duties**. Only when surrounding circumstances justify a presumption of ineffectiveness can a Sixth Amendment claim be sufficient without inquiry into counsel's actual performance at trial.

(d) This case is not one in which the surrounding circumstances make it unlikely that the defendant could have received the effective assistance of counsel. The criteria used by the Court of Appeals do not demonstrate that counsel failed to function in any meaningful sense as the Government's adversary. **Respondent can make out a claim of ineffective assistance** of counsel only by **pointing to specific errors made by trial counsel**.

THE INEFFECTIVE ASSISTANCE OF COUNSEL

“Gli avvocati sono le uniche persone la cui ignoranza della legge non viene punita.”

Jeremy Bentham

Dopo aver esaminato il **“Right to counsel”**²⁶⁸ attraverso l’**analisi** dei casi che hanno portato la **Corte Suprema** degli Stati Uniti a **riconoscere diritto** alla **difesa**, nel precedente capitolo siamo giunti alle **due** principali **sentenze** che **fondano** il motivo di **appello** nell’ordinamento americano, basato sull’*ineffective assistance of counsel*, ovverosia:

1. **Strickland V. Washington, 466 U.S. 668 (1984);**
2. **United States V. Cronin, 466 U.S. 648 (1984).**

In entrambi i casi, sebbene con modalità differenti, *“the attorney failed to properly defend the case”*, ovvero l’imputato **non ha goduto** di una **tutela adeguata**, ed in particolar modo, ha **sofferto** di una tutela legale priva di **“reasonable investigation”**.

Ovviamente la mancanza o la carenza di **indagini difensive** non sono la sola ragione per cui si possa parlare di *ineffective assistance*, tuttavia esse rappresentano il **motore principale** che deve **sospingere** l’avvocato, così come le norme costituzionali, dell’American Bar Association, statuali e giurisprudenziali, gli **impongono** ad ogni piè sospinto.

Al fine di dare una **dimostrazione pratica** di **ineffective assistance**²⁶⁹ e di come possa essere analizzato il **comportamento concreto** di un **legale americano**, si procederà ora all’**analisi** di un **caso di scuola**.

La vicenda, oggetto di **studio** ed **esame** durante il semestre overseas esperito dallo scrivente presso il College of Law della University of Oklahoma, sede di Norman, nel secondo semestre dell’anno accademico 2008 – 2009, è stata **utilizzata** dalla titolare della cattedra di **Criminal Procedure, Prof. Meg Penrose**, ai **fini**

²⁶⁸ Il right to counsel è ampiamente trattato in lingua originale vedi anche WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008, pag. 576 e ss.

²⁶⁹ Sul tema si tenga conto tuttavia che, come riporta MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 224, *“se l’imputato consapevolmente decide di difendersi da solo, egli contestualmente sceglie di accettare i risultati della sua difesa”*, ovverosia il *pro se defendant*, perde il diritto di lamentare l’*ineffective assistance* del difensore.

didattici proprio per **selezionare i principali errori** che può **compiere** un **avvocato americano** e **verificare** quali carenze possano costituire **motivo** di **impugnazione** per *ineffective assistance*.

A CASE OF INEFFECTIVE ASSISTANCE:

“Le menti mediocri condannano abitualmente tutto ciò che è oltre la loro portata.”

François de la Rochefoucauld

Riportato in **lingua originale** per rispettarne le sfumature linguistiche, il caso di **Sherry Frye** rappresenta una situazione limite che tuttavia e quanto meno negli Stati Uniti, non avviene così infrequentemente.

Si tratta di una **tutela carente** sia in primo che in secondo grado, ove Sherry Frye non riesce ad entrare in contatto col proprio legale, non viene ascoltata, né vengono recepite le richieste che propone continuamente; i suoi avvocati infine sono inesperti e complessivamente possiamo affermare che siamo in **totale assenza di indagini difensive**.

A) THE SHERRY’S CASE INTRODUCTION

At the end of this question you will be asked to consider what Sixth Amendment challenges, if any, should be filed on behalf of your client, Ms. Sherry Frye. You are Sherry’s habeas corpus²⁷⁰ counsel, having been appointed by the state court to represent her and to evaluate any constitutional infirmities occurring in her state criminal trial. As you read this question, keep your role clearly in mind.

B) THE SHERRY’S CASE

Sherry Frye was convicted of **felony assault²⁷¹** and **battery²⁷²** and **attempted**

²⁷⁰ **Habeas corpus** (Latin: You (shall) have the body) is a legal action, or writ, through which a person can seek relief from the unlawful detention of him or herself, or of another person. It protects the individual from harming him or herself, or from being harmed by the judicial system. Of English origin, the writ of habeas corpus has historically been an important instrument for the safeguarding of individual freedom against arbitrary state action.

²⁷¹ “The crime of **assault** exists when either: 1) defendant attempts to commit a battery, and fails; or 2) defendant places another in fear of imminent injury”, cfr. STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law – CrunchTime*, Aspen Publishers, New York, 2007, pag. 141 e ss.; FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 39 e ss.

²⁷² “The crime of **battery** exists where defendant causes either: 1) bodily injury; or 2) offensive touching”, cfr. STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law ... op. cit.*, pag. 141 ; FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law... op. cit.*, pag. 36 e ss.

murder²⁷³ for repeatedly striking a young male with a golf club. She was tried before a jury and sentenced to **twenty years** in prison in 2003.

Sherry was represented by a **court- Appointed attorney** at trial. Her **trial counsel, Jeff Samardzija**, made **no opening statement** and called **no witnesses** on Sherry's behalf. Instead, Jeff attempted to **discredit the state's case** by periodically, though **not aggressively**, challenging pieces of the **state's case against Sherry**. Once the state rested, **Jeff stood and announced that, without calling any witnesses** or putting on any **evidence, Sherry rested**. Jeff's closing argument pointed out that the state **had not met its burden of proof**. In **less than thirty minutes**, the **jury**, composed of nine men and three women, **convicted Sherry on all counts**.

Finding the experience of trial and her relationship with Jeff **less than satisfying**, Sherry sought to **represent herself on appeal** before the state court. The state court **refused** her **request** and appointed a **young attorney, Brady Quinn**, to **represent Sherry on appeal**. Brady graduated at the top of his class from Notre Dame Law School and has spent the past three years establishing a very successful entertainment and **sports law practice**. Brady's practice largely deals with transactional matters, especially contracts and **labor negotiations**. He has **never represented a criminal client** and has never participated in a jury trial. In fact, Brady's closest brush with a courtroom was participating in his intraschool moot court competition where his team placed second. Brady was appointed by the court to represent Sherry on February 14, 2004.

Upon Brady's appointment, Sherry immediately wrote Brady a **letter demanding** that he **visit** her so they could **discuss the case** and the issues Sherry wanted presented on appeal. Brady **never responded to this letter** and has **never visited Sherry**. Sherry sent a **second letter** to Brady one week later and set forth **at least four issues she wanted raised on appeal**, including that **trial counsel refused to consider her input during jury selection**²⁷⁴. **Sherry specifically wanted as many males as possible struck from the jury**. Brady **did not respond**

²⁷³ The crime of **murder** is "*defined as the unlawful killing of a human being with malice aforethought*", cfr. FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007, pag. 29 e ss. Per una disamina completa del tema, vedasi KAPLAN J., WEISEMBERG R., BINDER G., *Criminal Law...* op. cit., pag. 325 e ss., pag 659 e ss.; Per un esempio pratico di un caso di *murder*, vedasi STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law ...* op. cit., pag. 23 e ss.

²⁷⁴ Sul punto e sul c.d "*voir dire*", vedasi MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008., pag. 5 e ss.

to this **communication**.

Sherry sent a **third letter** the following week advising Brady that **Jeff failed to give an opening statement underscoring** what Sherry believed to be Jeff's **half-hearted attempts to represent Sherry**. Sherry further observed that **Jeff's closing statement regarding burden of proof did not emphasize** the intent element necessary for attempted murder and was **perfunctory**, at best. **Brady did not respond**. Two more weeks passed. **Feeling extremely frustrated** with Brady's failure to acknowledge receipt of her letters, Sherry wrote a **fourth letter** containing three questions **Sherry believed should have been asked** of the **key state witnesses** as the response to these questions would have **exonerated her**. She listed the names of two key state witnesses who were present when **she allegedly attacked her victim**. **Brady, again, failed to respond** to this communication or even acknowledge that he received the letter. Brady also **failed to investigate or attempt to contact the individual witnesses Sherry identified**.

After visiting Sherry recently, Sherry's parents became concerned about Brady's representation. **They called Brady's office** and left at least **seven separate messages**. **None of their calls were returned**. Thereafter, Sherry sent **another letter demanding** that she be permitted to review any **brief or motion Brady filed** on her behalf. True to form, Brady **did not respond** to this letter. Finally, Sherry wrote Brady explaining that her most serious complaint was that Jeff **prevented her from testifying despite her stated desire** to do so. Brady, not surprisingly, **did not respond** to this **final communication**.

The state wherein Brady practices has **rules of conduct relating to criminal representation**. One of the **governing rules** requires that "a **lawyer shall keep a client reasonably informed** about the **status** of a **matter** and **promptly comply with reasonable requests for information**." The **American Bar Association** has a **similar rule**.

Brady Quinn **filed a timely appellate brief** on Sherry's behalf **without ever visiting Sherry or incorporating her many suggestions**. Perhaps most importantly, Brady **did not advise or consult Sherry before filing his appellate brief** in the case – an *Anders brief*²⁷⁵.

²⁷⁵ The Anders brief is a request filed by a court-Appointed attorney to withdraw from the appeal of a criminal case because of his belief that the grounds for the appeal are frivolous. Named after Anders v. California (1967). Sull'argomento vedasi MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006, pag. 203.

C) THE QUESTION

What, if any, Sixth Amendment issues should you raise on Sherry's behalf. If you choose not to file any Sixth Amendment challenge, explain this decision. If you are uncertain, at this point, whether you should raise any Sixth Amendment issues in your habeas compliant, explain why and what needs to be further determined before filing.

D) THE SOLUTION

The Sixth Amendment, writing “*and to have the Assistance of Counsel for his defense*”, provides the **right to counsel** but at the same time also provides the right to **effective assistance**. The right to trial counsel comes from the Sixth Amendment but appellate comes from the Fourteenth Amendment that provides the **Due process Clause**.

The best way to test the **Sixth Amendment** in this case is to analyze the cases *Strickland v. Washington* and *United States v. Cronic*.

The **Cronic** case is very rare and has a high threshold in determining whether respondent's right to the effective assistance of counsel had been violated, based the **Meaningful adversarial test**, on 5 circumstances:

1. the **time** afforded for **investigation** and **preparation**;
2. the **experience** of **counsel**;
3. the **gravity** of the **charge**;
4. the **complexity** of **possible defenses**
5. the **accessibility** of **witnesses to counsel**²⁷⁶.

Thus, the right to the effective assistance of counsel is the right of the accused to require that the prosecution's case to survive the test of **meaningful adversarial testing**.

Otherwise, the benchmark for judging any **claim of ineffectiveness** in the **Strickland** case requires two elements:

1. that counsel's **performance** was **deficient**;

²⁷⁶ Cfr. United States v. Cronic, 466 U.S. 648 (1984).

2. that the **deficient performance prejudiced the defense** so as to **deprive** the defendant of a **fair trial**. As a result the standard in Strickland is **highest** even if more common.

In this case, I'm going to analyze the two lawyers separately like follow, reporting step by step each "weak" conduct:

<p><u>Errors / problems of the Lawyer</u> <u>JEFF SAMARDZIJA:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. No opening statement; 2. No witness nor evidence; 3. Only attempt to discredit the state's case; 4. Only affirm that the state had not met its burden of proof. 	<p><u>Not necessarily relevant</u></p> <p>The Lawyer Jeff Samardzija did a really weak conduct but even simply the closing argument saying only that the prosecution "<i>did not meet their burden of proof</i>"; it's enough to overtake the Cronic standard.</p> <p>Furthermore, Sherry indicated the witnesses only to Brady so Samardzija didn't know anything about them, so, even the Strickland test seems to be passed.</p>
<p><u>Errors / problems of the lawyer</u> <u>BRADY QUINN:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Only experience in sports law practice, transactional matters / labor negotiations; 2. Never presented criminal client; 3. Never participated in a jury trial. 	<p><u>Not relevant</u></p> <p>Here we have another weak conduct but even in this case the "inexperience" is a red herring.</p> <p>It is not relevant and the judgment must be based on the job done, not on the experience of the lawyer.</p>
<ol style="list-style-type: none"> 4. Never responded to the first request to met and discuss the case with Sherry. 	<p><u>Not necessarily relevant</u></p> <p>With this conduct, the lawyer Brady Quinn violated one of the A.B.A. rules (and one of the governing rules of the state wherein Brady practices); nevertheless, even if deficient due to A.B.A. norms, not necessarily we have a prejudice.</p>

<p>5. Never responded to the second letter, raising issues specifically on:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Trial counsel refused</u> to consider her request about having as <u>many males</u> as possible <u>struck from</u> the <u>jury</u>. 	<p style="text-align: center;"><u>Not relevant</u></p> <p>Defendant does not have right to input during a jury selection.</p> <p>Furthermore, in the case of J.E.B. v. Alabama Ex Rel. T. B. we have seen that the “<i>Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment prohibits peremptory strikes based solely on race extend to forbid gender based peremptory challenges</i>”, so, a fortiori, Sherry cannot suggest a selection of the jurors based on gender.</p>
<p>6. Never responded to the third letter, raising issues specifically on:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jeff <u>failure</u> to give an <u>opening statement</u>; • Jeff <u>half-hearted</u> to represent Sherry; • Jeff <u>did not emphasize</u> the intent for attempted murder; • Jeff was, at best, <u>perfunctory</u>. 	<p style="text-align: center;"><u>Not necessarily relevant</u></p> <p>With this conduct, the lawyer Brady Quinn violated one of the A.B.A. rules (and one of the governing rules of the state wherein Brady practices); nevertheless, even if deficient due to A.B.A. norms, not necessarily we have a prejudice.</p>
<p>7. Never responded to the fourth letter, raising issues specifically on:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Containing <u>questions</u> for the key <u>state witnesses</u>; b) <u>Listed two</u> key <u>state witnesses</u> who were present. 	<p style="text-align: center;"><u>Not relevant</u></p> <p>Defendant does not have the right to determine which issues to rise on appeal (but for the witness read point no. 8).</p>
<p>8. Brady fails to investigate or to attempt to contact the witnesses.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Relevant</u></p>

	<p>With these conducts, the lawyer Brady Quinn seems to violate the case <u>Strickland</u>, were we look both to norms of professional conduct is state statutes and ABA norms.</p> <p>Particularly in the case Strickland we consider a defective a counsel's assistance when:</p> <p>1) “<u>Proper standard</u> for judging attorney performance fell below an objective standard of reasonableness” and Brady’s performance seems too unreasonable under the proper standard, because he didn’t investigate nor contact the witnesses.</p> <p>This point is clear because Brady’s performance has been below that standard.</p> <p>2) “<u>Showing of prejudice</u> requires a reasonable probability that for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different” and the two witnesses that Sherry indicated may offer important information about how exactly happened the felony and bring to a different result.</p> <p>This point is less clear because we don’t know anything about what the witnesses know.</p>
<p>9. Never responded to the seven messages of Sherry’s parents.</p>	<p><u>Relevant</u></p> <p>Even if there is no right to have a counsel communication with your family, there is a right to receive communication.</p>

<p>10. Never responded to the fifth letter, about reviewing motion.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Not relevant</u></p> <p>Defendant does not have the right to determine which issues to rise on appeal.</p>
<p>11. Never responded to the sixth letter, about her complaint that Jeff prevented her from testifying.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Relevant</u></p> <p>Even if the defendant does not have the right to determine which issues to rise on appeal, the right to testify is a definite right of the defendant on the trial and preventing her to testifying create a prejudice that seem to violate the case <i>Strickland</i>.</p>
<p>12. Brady failed to follow the governing rule (similar to the one of A.B.A.) that prescribe “<i>a lawyer shall keep a client reasonably informed about the status of a matter and promptly comply with reasonable requests for information</i>”.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Not necessarily relevant</u></p> <p>With this conduct, the lawyer Brady Quinn violated one of the A.B.A. rules (and one of the governing rules of the state wherein Brady practices); nevertheless, even if deficient due to A.B.A. norms, not necessarily we have a prejudice.</p>
<p>13. Brady appellate without visiting Sherry or incorporate her many suggestions.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Not relevant</u></p> <p>Defendant does not have the right to determine which issues to rise on appeal.</p>
<p>14. Brady did not advice or consult Sherry before filing his Anders brief.</p>	<p style="text-align: center;"><u>Relevant</u></p> <p>We have to say that there is no necessary right to review briefs of the attorney, but at the same time filing an “Anders brief”, the lawyer Brady Quinn take away the adversarial testing. He may have violated the case <i>Cronic</i>.</p>

Thus, the **Jeff’s performance** shows us one weak point that consent to appellate:

1. Jeff **prevented** Sherry to testify :

- a) Doing so **he seems to violate** the case **Strickland**, because he created prejudice.

On the opposite site, **Brady's performance** shows us at least three weak points that consent to appellate:

1. Brady **fail consider** that **Jeff prevented Sherry to testify**:
 - a) Doing so **he seems to violate** the case **Strickland**, because he created prejudice.
2. Brady **fail to investigate** or to attempt to **contact the witnesses**:
 - a) Doing so **he seems to violate** the case **Strickland**, but this statement is weak, because we don't know what the witnesses would have said in trial.
3. Brady **did not advice** or **consult Sherry before filing** his **Anders brief**:
 - a) Doing so he **may have violated** the **Cronic**, and this statement is stronger than previous, because there was **no adversarial testing**.

CONSIDERAZIONI SUL CASO SHERRY

Come anticipato in premessa si tratta di un **caso di scuola volutamente** relegato ad un ambito quasi **paradossale**, ove gli avvocati difensori hanno tenuto una condotta decisamente **contraria** a tutte le **norme deontologiche** che regolano l'attività professionale. Tuttavia non deve stupire oltremodo poiché l'esperienza insegna come **anche in Italia** tanti **casi minori** ove gli imputati sono indigenti, magari **difesi da avvocati di ufficio, soffrano di mali simili**.

A maggior ragione se si **considera un dovere** della **difesa procedere** a una **“reasonable investigation”**.

L'**assenza di un comportamento attivo** simile a quello evidenziato nel caso di Sherry Frye, che negli **Stati Uniti consente di impugnare** le sentenze di condanna, **non dà luogo a motivo di impugnazione nell'ordinamento italiano**.

Sarà proprio tale argomentazione che verrà ripresa più oltre in sede di conclusioni, e grazie alla quale si tenterà di dare una risposta alle domande poste in premessa.

CONSIDERAZIONI FINALI

MONEY CAN BUY YOU JUSTICE?

“Domattina alle sei sarò giustiziato per un crimine che non ho commesso. Dovevo essere giustiziato alle cinque ma ho un avvocato in gamba.”

Woody Allen

La domanda, apparentemente retorica, non dovrebbe stupire in relazione ai temi trattati e, soprattutto, ai **costi** che le indagini difensive **possono raggiungere**.

Hollywood si è occupata spesso di avvocati (o investigatori) alla “**Perry Mason**” per impersonare **difensori straordinariamente intraprendenti, capaci di proteggere** i propri **clienti** e talvolta di **smascherare** i veri **colpevoli**, grazie ad indagini difensive approfondite.

Si possono citare attori come:

1. **Tom Cruise** in *Codice d'onore* ed *Il socio*;
2. **Denzel Washington** nel *Rapporto Pelican*;
3. **Julia Roberts** in *Erin Brockovich*;
4. **Dustin Hoffman** in *La giuria*;
5. **John Travolta** in *A civil action*;
6. **George Clooney** in *Michael Clayton*;

e probabilmente altri ancora in quanto il **soggetto** rappresenta un **ideale** di giustizia e di espressione del potere forense che attrae fortemente il pubblico.

D'altra parte, la stessa **realità** di tutti i giorni non è da meno, offrendo dei casi giudiziari che hanno spesso **superato l'immaginazione** cinematografica.

Anche su questo fronte possiamo citare alcuni dei casi²⁷⁷ che sono stati presenti sulle prime pagine dei giornali per lungo tempo, e che hanno visto **pool di avvocati impegnati** attivamente nelle **indagini difensive**, tratti da **giornali** pubblicati **on line** e altri **fonti internet**:

²⁷⁷ Per uno studio di altri casi ove le indagini difensive hanno avuto un ruolo particolarmente rilevante, vedasi LUPI G., *Delitti in cerca di autore – 13 “cold cases” italiani, L.D.I., Storia e attualità*, Milano, 2007.

1. **Caso Orenthal James (O.J.) Simpson**²⁷⁸: l'omicidio della ex moglie Nicole Brown di O. J. Simpson e dell'amico Ronald Goldman, avvenuto il 13 giugno 1994, tenne l'America con il fiato sospeso fra colpevolisti e innocentisti.

Fu un paio di guanti imbrattati di sangue a salvare O.J. Simpson ed in particolare le **indagini difensive** realizzate dal Principe di Harvard **Alan Dershowitz** e degli avvocati del suo studio legale, che consentirono di attaccare quella "prova regina" di accusa, per dimostrare come i poliziotti californiani in odore di razzismo l'avessero fatta abusivamente scivolare sulla scena del delitto.

2. **Caso Marta Russo**²⁷⁹: l'omicidio della giovane studentessa fu al centro di un difficile caso giudiziario che sollevò una grande attenzione mediatica alla fine degli anni Novanta.

A causa della **complessità** della scena del delitto, per ricostruire la dinamica degli eventi si dovette **ricreare** virtualmente il cortile dell'università con una **videocamera laser tridimensionale** unica in Italia, in possesso della Facoltà di Architettura dell'Università di Ferrara ed in uso ai **tecnici del NubLab**²⁸⁰ / **DIAPREM**²⁸¹. Gli **scanner 3D** utilizzati abitualmente per rilevare l'architettura storica, in funzione del restauro, permisero in questo caso di realizzare un modello estremamente preciso e completo come base per le **perizie**.

3. **Caso Garlasco**²⁸²: L'omicidio di Chiara Poggi, avvenuto il 13 agosto 2007, ha visto indagini che hanno vissuto fasi alterne, ma che per lungo tempo hanno appuntato la **responsabilità** a carico di **Alberto Stasi**.

²⁷⁸ Cfr. con le seguenti fonti:

1. http://archivio.lastampa.it/LaStampaArchivio/main/History/tmpl_viewObj.jsp?objid=1359983;
2. http://archivistorico.corriere.it/1997/febbraio/11/paghi_altri_miliardi_co_8_970211323.shtml;
3. http://www.gazzetta.it/Sport_Vari/Altri_Sport/Football_Americano/Primo_Piano/2008/12/05/simpson.shtml;
4. http://www.profootballhof.com/hof/member.aspx?player_id=195.

²⁷⁹ Cfr. con le seguenti fonti:

1. <http://www.scattoneferraro.redir.it/>;
2. <http://www.repubblica.it/speciale/universita/architettura/curiosita.html>;
3. http://it.wikipedia.org/wiki/Omicidio_di_Marta_Russo;

²⁸⁰ Laboratorio di modellazione e rilievo in tre dimensioni.

²⁸¹ Acronimo di: *Development of Integrated Automatic Procedure for Restoration of Monuments*.

²⁸² Cfr. con le seguenti fonti:

1. <http://www.leggo.it/articolo.php?id=26541>;
2. <http://www.altroquotidiano.it/?p=9886>;
3. <http://blog.panorama.it/italia/2008/10/05/caso-garlasco-sulle-Orme-sbiadite-dellassassino/>;

Tuttavia, in data 01.09.2009, i periti²⁸³ della difesa, dell'accusa, della parte civile e del giudice sono stati concordi nel dire che il **computer di Alberto Stasi**, unico indagato, è stato **usato al momento del delitto**. In poche parole: mentre Chiara veniva uccisa, Alberto stava lavorando alla sua tesi di laurea e quindi avrebbe un alibi.

Sono stati i **tecnici** che hanno **analizzato il computer di Stasi** a verificare tale affermazione. E hanno seguito un **procedimento particolare** per scoprire che l'alibi dell'indagato, e cioè che nell'orario in cui Chiara è stata uccisa lavorava alla sua tesi, potrebbe essere valido. Sarebbe stato un **errore involontario dei carabinieri del Ris** a **non avvalorare** quanto **affermato da Stasi**. Nel controllare l'apertura delle immagini pornografiche, i tecnici dell'Arma hanno cancellato l'apertura e la chiusura dei file word. I tecnici informatici hanno invece seguito un **percorso diverso** e hanno **potuto constatare l'utilizzo del computer** in una fascia oraria compresa tra le 10.20 e le 12.20, ovvero nella finestra temporale dell'omicidio.

I casi citati rappresentano un piccolo esempio di quanto le cronache giudiziarie portano quotidianamente all'evidenza del pubblico e che consentono di fotografare la **particolare rilevanza** delle **indagini difensive** e degli **alti costi** connessi a tali attività.

Il **vecchio azzecagarbugli**, la "paglietta" del Foro che rimedia con la retorica lì dove non arriva con la forza dell'evidenza dei fatti, **può essere ancora presente** nel processo penale di questi giorni **ma senza dubbio**, rispetto ai difensori che siano in grado di sfruttare appieno gli strumenti che le indagini difensive gli consegnano, **utilizza armi spuntate dal tempo**.

Tuttavia, come anticipato, la **ricerca del dettaglio** che possa far crollare il castello del pubblico ministero, quale ad esempio, un testimone a sorpresa, una goccia di sangue, un conto bancario, un appunto autografo, ovvero sia quello che la pubblica accusa non ha visto o non ha voluto vedere, **costa tempo e denaro**.

4. http://www.corriere.it/cronache/08_agosto_03/garlasco_stasi_dossier_787328a2-6131-11dd-Ab06-00144f02aabc.shtml;

5. http://www.sanmarinoweb.com/pan360_notizia_news.htm?id=18075.

²⁸³ Per un'analisi dell'esame di periti e consulenti, vedasi FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007, pag. 137 e ss.

Insomma, difendersi, rectius, **difendersi bene**, a detta di molti “è un **affare per ricchi**”. Volendo utilizzare una formula americana per sintetizzare questo concetto, usata all’indomani della sentenza di assoluzione di O.J. Simpson: “*Money can buy you justice*”, ovvero “con il denaro ti puoi comprare la giustizia”.

I costi per le indagini difensive o per perizie di luminari possono aumentare il conto dal 40 al 60%, come ricordano molti avvocati. Per citare un esempio famoso, si dice che **Giulio Andreotti**²⁸⁴ abbia scritto almeno un paio di libri per saldare le parcelle e le spese dei suoi avvocati impegnati per anni nella spola tra il Tribunale di Palermo e la Corte di assise di Perugia.

Ancora, il soggetto che venga imputato per l’art. **416 bis** del c.p., si deve preparare ad un calvario finanziario. Nel **processo Mannino**²⁸⁵, sono state superate le 100 udienze. Ora, se consideriamo oltre 100 trasferte da Roma in Sicilia, con tanto di biglietti aerei e pernottamenti, le copie di milioni di pagine processuali, l'onorario, raggiunge costi particolarmente elevati. E **tutto** questo **senza investigazioni difensive**. Non è difficile immaginare come possano lievitare i costi con uno o più investigatori privati che per anni girano l'Italia a fare verifiche, rintracciare testimoni, ecc.

L’avvocato **Oreste Flamminii Minuto**²⁸⁶ interpellato in merito dopo l’entrata in vigore della legge sulle indagini difensive, paventava altri pericoli: “*Le nuove norme sollevano e solleveranno problemi deontologici delicatissimi. Gli avvocati, assumendo in proprio le testimonianze a discarico, si muoveranno su un crinale sottilissimo, con il rischio che una ritrattazione*²⁸⁷ *li possa vedere incriminati per subornazione di testimone*”.

Viceversa, l’avvocato **Giuliano Pisapia**²⁸⁸, sempre nello stesso periodo riferiva sul tema: “*Ma no, le cose andranno bene. Non credo che gli imputati si*

²⁸⁴ Cfr. con le seguenti fonti:

1. [http://www.diritto.net/content/view/709/8/;](http://www.diritto.net/content/view/709/8/)
2. <http://www.repubblica.it/online/politica/quindici/deposito/deposito.html;>
3. http://it.wikipedia.org/wiki/Giulio_Andreotti.

²⁸⁵ Cfr. con le seguenti fonti:

1. <http://www.rainews24.it/it/news.php?newsid=55493;>
2. [http://www.antimafiaduemila.com/content/view/9094/48/;](http://www.antimafiaduemila.com/content/view/9094/48/)
3. <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2007/11/10/processo-mannino-Campanella-In-Aula.html>.

²⁸⁶ Cfr.: http://www.circondarialetorino.it/News_main.htm.

²⁸⁷ Le problematiche attinenti alla ritrattazione si risolvono parzialmente mediante una registrazione. Il codice penale se ne occupa all’art. 376, cfr. STEFANI E., *Codice dell’indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 477 e ss.

²⁸⁸ Cfr.: http://www.circondarialetorino.it/News_main.htm.

*sveneranno per le **indagini difensive**. Per il semplice motivo che ce ne sarà **bisogno solo se si deciderà di andare a dibattimento**. E ora che gli **avvocati** potranno **ascoltare i testimoni** durante la **fase delle indagini** e dunque **valutare se chiudere il processo** già di fronte al giudice delle indagini preliminari, i **processi che arriveranno in aula saranno sempre meno**. Proprio come in America"²⁸⁹.*

²⁸⁹ In merito si **rimanda** alle **considerazioni** fatte nel capitolo dedicato ai **dati statistici**, in relazione alla paventata **riduzione** di **processi** che **conseguirebbe** ad una **tutela** dinamica **più attiva**.

LE RAGIONI DI UNA RICERCA COMPARATA

“Nulla è così esposto ai cambiamenti come le leggi.”

Michel Eyquem de Montaigne

Nel prossimo capitolo si esporranno le conclusioni di una ricerca nata con una **finalità**: rispondere ai quesiti in premessa, ed un **metodo**: quello comparativo.

Ora, se riteniamo che le *“comparative analysis assumes a **central importance**”*²⁹⁰, in quanto *“used as a **tool for expanding the horizons of knowledge, as a stimulus to research into new problems and to the formulation of new solutions which go beyond narrow national confines**”*²⁹¹, e che la comparazione ha *“la grande mission culturelle... de dépasser le conflit permanent qui, dans le domaine des idées, oppose droit naturel et droit positif, en découvrant des noyaux et des tendances évolutives communes fondées sur des manières de voir communes”*²⁹², in tal caso **ogni sforzo comparativo** di natura giuridica, compreso il presente, nasce con il **fine naturale** di **migliorare** i distinti **ordinamenti**.

Il timore di fondo di ricreare modelli astratti, poco utili nella realtà quotidiana, è stato un tema ricorrente durante la redazione della presente ricerca. Il fine ultimo mirava all’identificazione di **soluzioni** che **potessero giovare** al **bilanciamento** delle **forze** o, quanto meno, a **recuperare** anche per **vie collaterali**, quella **disparità di fatto** che si è tentato sinora di dimostrare.

Come fare tuttavia?

La **risposta** che si tenterà di mettere in luce nel capitolo conclusivo non si presenta scontata, per ovvie ragioni, né vuole considerarsi panacea per i “mali” sinora esposti, bensì esprime la presa di coscienza dell’**inalterabile eterogeneità** dei **poteri in campo**, attraverso l’identificazione di una **soluzione di compromesso**.

²⁹⁰ Cfr., STORM M., CARPI F., *In Honorem, Mauro Cappelletti. Tribute to an International Procedural Lawyer*, Aspen Publishers, Frederick, MD, 2005, pg. 16.

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Ibidem.

CONCLUSIONI

*“Libertà vo cercando ch’è sì cara
Come sa chi pelei vita rifiuta.”*

Dante Alighieri

Il compito originale di questa ricerca consisteva nel rispondere a due domande:

1. Gli **strumenti** di diritto processuale penale sui quali poggiano le indagini difensive in Italia oggi, **consentono** un’effettiva **parità** accusa vs difesa?
2. **Ipotizzando** una situazione di **disparità** ed assumendo quale **modello** esterno il sistema **americano**, **quali** possibili **evoluzioni normative**?

Alla prima e più importante domanda, la risposta che il lavoro svolto ha offerto, è **negativa**.

Al riguardo si potrà obiettare che non era necessario il lungo *excursus* esperito, che ha toccato **argomenti classici** quali il panorama normativo di riferimento e l’evoluzione giurisprudenziale nel sistema italiano, i singoli poteri di indagine difensiva, l’utilizzabilità degli atti, l’attività investigativa preventiva, ma anche **elementi di natura pratica** quali il formulario degli atti di indagine e i dati statistici, di **natura etico - morale**, quali le regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive, il Codice deontologico forense, il Codice di deontologia, e persino di **natura psicologica** nel capitolo dei pregiudizi sedimentati.

La ricerca poi, passando oltre oceano, ha **indagato** sulle **indagini difensive** nel modello statunitense, effettuando un **richiamo** del **panorama normativo** attraverso una disamina selettiva della Costituzione degli Stati Uniti, delle norme A.B.A., di alcune sentenze rilevanti della Corte Suprema, per poi approdare al c.d. **Right to counsel**, verificato attraverso l’analisi dell’**ineffective assistance** of counsel e lo studio del **caso Sherry**, che ha consentito di osservare praticamente quali comportamenti possono consentire tale tipo di impugnazione nel sistema americano.

Ebbene, forse non era necessario spaziare estremi così vasti ed al contempo dispersivi per dimostrare ciò che **apparentemente è ovvio**, ma il punto di fondo è che ciò che è apparentemente ovvio, a parere dello scrivente, non ha naturali soluzioni altrettanto ovvie.

La ricerca di un intervento normativo che consenta una evoluzione è un'attività complessa. Riuscire ad identificare una **variabile** che **consenta un riequilibrarsi del sistema**, anche di poco, è cioè un esercizio teorico la cui validità può essere confermata solo da una verifica pratica nel medio termine.

Pertanto, alla seconda e più difficile domanda, non vi può essere una risposta univoca che garantisca a priori risultati pratici²⁹³.

Quali interventi suggerire allora?

1. Consentire all'avvocato l'esecuzione di un sequestro²⁹⁴? Di una perquisizione²⁹⁵?

In merito bisogna dare atto che il **riconoscimento del momento processuale privato** trova un **argine forte** che deve **allontanare** ogni **ipotesi** errata di supposta **creazione** di un **difensore neo poliziotto o pubblico ministero: l'indagine difensiva non e' sovrapponibile** a quella del **pubblico ministero**, ha suoi **limiti** ben **precisi**, non ha le medesime caratteristiche e finalità di quella pubblica e si svolge con modalità peculiari non equiparabili a quelle imposte al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria.

2. Valutare **piccoli interventi** come suggerisce l'avv.to Eraldo Stefani che avanza l'idea²⁹⁶ di:

- 2.1. una “Carta di comportamento per il difensore e per l'investigatore privato nel sopralluogo”;

- 2.2. un “Mandato difensivo con consenso informato”.

Entrambe le **ipotesi**, pur **avendo** un loro **senso organizzativo**, **non appaiono risolutive** né sembrano in grado di incidere se non minimamente nel migliorare l'impianto normativo.

A ben guardare una delle **principali differenze** fra il sistema italiano e quello statunitense è dato dalla facoltà presente in quest'ultimo di proporre impugnazione per ***ineffective assistance*** della difesa.

²⁹³ Come è stato rilevato in precedenza, la stessa legge sulle indagini difensive ha incontrato non poche resistenze fra gli operatori del settore (vedasi supra, nel capitolo dedicato ai pregiudizi sedimentati), che non potevano essere facilmente fotografati a priori.

²⁹⁴ Sul tema vedasi LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pag. 151 e s.

²⁹⁵ Ibidem, pag. 149 e s.

²⁹⁶ Cfr. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 1235 e ss.

In Italia, un **comportamento corrispondente** all'americano *ineffective assistance*, **potrebbe teoricamente portare** in rilievo profili di **responsabilità disciplinare, civile e penale** e del difensore che abbia ommesso di svolgere indagini utili al corretto assolvimento del mandato. In passato infatti la dottrina non ha mancato di ipotizzare la configurabilità, nel caso in questione, del reato di patrocínio infedele²⁹⁷. Tuttavia la **pratica insegna** che **tali provvedimenti** vengano **presi raramente e ancor più raramente** possono essere **considerati** come uno dei **motori** che **spingano** gli **avvocati** ad una **tutela dinamica** che preveda approfondite indagini difensive.

Ma allora **come riequilibrare** quella **disparità** di forze che appare naturale e che **non sembra destinata a risolversi *motu proprio***?

Ebbene, la **soluzione** che qui **si propone**, ammesso sin da ora che il vantaggio si tradurrebbe in una dazione di maggior potere di impugnazione al soggetto che ha subito una condanna, piuttosto che in un maggior potere di indagine difensiva consegnato all'avvocato²⁹⁸, consiste, *de iure condendo*, nell'**introdurre** come **motivo di impugnazione** l'**ineffective assistance**, sia per l'appello, che per il ricorso in Cassazione ed infine per la revisione.

Ma vediamo distintamente i tre casi:

1. In **appello**, in quanto l'impugnazione viene proposta oggi per ragioni diverse nei due sistemi, in quello italiano in particolare, sebbene sia "a critica libera", **richiede la presenza** di un "**motivo**", senza il quale,

²⁹⁷ **Art. 380 del c.p. Patrocínio o consulenza infedele.**

Il patrocinatoro [c.p.c. 82; c.p.p. 96 ss.] o il consulente tecnico [c.p.c. 201; c.p.p. 225], che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata dinanzi all'Autorità giudiziaria, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa non inferiore a euro 516.

La pena è aumentata [64]:

- 1) *se il colpevole ha commesso il fatto, colludendo con la parte avversaria;*
- 2) *se il fatto è stato commesso a danno di un imputato.*

Si applicano la reclusione da tre a dieci anni e la multa non inferiore a euro 1.032, se il fatto è commesso a danno di persona imputata di un delitto per il quale la legge commina [la pena di morte o] l'ergastolo ovvero la reclusione superiore a cinque anni [383].

²⁹⁸ Il quale tuttavia, come sinora ampiamente documentato, ha nelle mani un notevole arsenale di poteri che richiedono soltanto di essere utilizzati compiutamente.

secondo il combinato disposto dagli artt. 581²⁹⁹ e 591³⁰⁰ del c.p.p., l'impugnazione è inammissibile.

1.1. L'introduzione dell'*ineffective assistance* come ragione di appello, comporterebbe l'acquisto di un motivo sinora inesistente. Il soggetto che abbia subito una condanna in conseguenza a mancanze tali da parte della difesa da essere inquadrare nell'*ineffective assistance*, quand'anche privo di "motivi" di diritto o di fatto ex art. 581 del c.p.p., potrebbe così godere di un nuovo giudizio che gli consentirebbe, in buona sostanza, di ottenere;

1.1.1. **nuovi termini per esperire indagini difensive;**

1.1.2. un **nuovo "counsel"**, nell'attesa che si **adoperi meglio** del precedente.

²⁹⁹ **Art. 581. del c.p.p. Forma dell'impugnazione.**

1. L'impugnazione si propone con **atto scritto** nel quale sono indicati il **provvedimento** impugnato, la **data** del medesimo, il **giudice** che lo ha emesso, e sono enunciati:

a) i **capi** o i **punti** della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione;

b) le **richieste**;

c) i **MOTIVI**, con l'indicazione specifica delle **ragioni di diritto** e degli **elementi di fatto** che sorreggono ogni richiesta.

³⁰⁰ **Art. 591 del c.p.p. Inammissibilità dell'impugnazione.**

1. L'impugnazione è inammissibile:

a) quando è proposta da chi non è legittimato [568] o non ha interesse [568];

b) quando il provvedimento non è impugnabile [568];

c) quando non sono osservate le disposizioni degli articoli 581, 582, 583, 585 e 586;

d) quando vi è rinuncia all'impugnazione [589].

2. Il giudice dell'impugnazione, anche di ufficio, dichiara con ordinanza l'inammissibilità e dispone l'esecuzione del provvedimento impugnato [611].

3. L'ordinanza è notificata a chi ha proposto l'impugnazione ed è soggetta a ricorso per cassazione. Se l'impugnazione è stata proposta personalmente dall'imputato [571], l'ordinanza è notificata anche al difensore.

4. L'inammissibilità, quando non è stata rilevata a norma del comma 2, può essere dichiarata in ogni stato e grado del procedimento [627].

2. In **Cassazione**, in quanto secondo il combinato disposto dagli artt. 606³⁰¹ e 609³⁰² del c.p.p., il ricorso in Cassazione è a “critica vincolata”, escludendo pertanto motivi che non siano individuato dall’art. 606 del c.p.p.
 - 2.1. Di nuovo, lo spettro delle ragioni che consentono tale tipo di impugnazione si espanderebbe, consentendo i benefici anticipati.
3. In **Revisione**, la quale, ex art. 630³⁰³ del c.p.p., è un mezzo straordinario di impugnazione anch’esso a “critica vincolata”, esperibile senza limiti di tempo.
 - 3.1. Questa **ipotesi**, aprirebbe le porte, rectius, ne **impedirebbe la chiusura, all’impugnazione** per tutti i casi che siano stati “orfani” di una difesa adeguata.

³⁰¹ **Art. 606. del c.p.p. Casi di ricorso.**

1. Il ricorso per cassazione **può essere proposto** per i seguenti **motivi**:

- a) esercizio da parte del giudice di una **potestà** riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero **non consentita** ai pubblici poteri;
- b) **inosservanza o erronea applicazione** della **legge** penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell’applicazione della legge penale;
- c) **inosservanza delle norme processuali** stabilite a pena di **nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza**;
- d) **mancata assunzione** di una **prova decisiva**, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell’istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall’articolo 495 comma 2;
- e) **mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione** [547], quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame;

2. Il ricorso, oltre che nei casi e con gli effetti determinati da particolari disposizioni [4283], può essere proposto contro le sentenze pronunciate in grado di appello o inappellabili [593].

3. Il ricorso è **inammissibile** se proposto per **motivi diversi** da quelli **consentiti** dalla legge o manifestamente infondati ovvero, fuori dei casi previsti dagli articoli 569 e 609 comma 2, per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello [611].

³⁰² **Art. 609. Cognizione della corte di cassazione.**

1. Il ricorso attribuisce alla corte di cassazione la cognizione del procedimento **limitatamente ai motivi proposti** [581, 597].

2. La corte decide altresì le questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del processo e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello.

³⁰³ **Art. 630 del c.p.p. Casi di revisione.**

1. La revisione **può essere richiesta**:

a) se i **fatti stabiliti** a fondamento della **sentenza** o del **decreto penale di condanna non possono conciliarsi** con quelli stabiliti in **un’altra sentenza penale irrevocabile** [648] del giudice ordinario o di un giudice speciale;

b) se la **sentenza** o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, **successivamente revocata**, che abbia **deciso una delle questioni pregiudiziali** previste dall’articolo 3 ovvero una delle questioni previste dall’articolo 479;

c) se **dopo la condanna** sono **sopravvenute** o si scoprono **nuove prove** che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell’articolo 631;

d) se è **dimostrato** che la **condanna** venne **pronunciata** in conseguenza di **falsità in atti** o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato.

Tutto questo fa tornare alla premessa della tesi, che ricordava come l'**indagato** e l'**imputato** dovessero essere considerati come "**galantuomini**" sino a prova contraria, ritenendo che la giustizia imponesse la previsione di sufficienti strumenti difensivi.

In **manca** di tali strumenti o di una loro utilizzazione posta in essere mediante una "*reasonable investigation*", è opinione dello scrivente che il ricorso all'*ineffective assistance*, quale ulteriore **mezzo** di **impugnazione**, rappresenti una delle possibili evoluzioni normative provenienti dal modello americano³⁰⁴, che **consenta** un riequilibrarsi del sistema.

Ravenna, 07 settembre 2009.

³⁰⁴ Che ha ispirato la legge sulle investigazioni difensive.

BIBLIOGRAFIA

“Una biblioteca è un arsenale di libertà.”

Autore ignoto

MONOGRAFIE AMERICANE

1. BINDER D. A., PRICE S., *Legal interviewing and counseling*, West Pub Co., Minnesota, 1977;
2. BLOOM R. M., BRODIN M. S., *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, Fifth Edition, Aspen Publishers, New York, 2006;
3. BRIAN A. G., *Black's Law Dictionary*, Deluxe Eight Edition, Thompson West, St. Paul (MN), 2004;
4. FEINBERG R., PALMER S. H., *Criminal Law – Finals*, Kaplan, New York, 2007;
5. FEINBERG R., PALMER S. H., *Evidence – Finals*, Kaplan, New York, 2007;
6. GROSS S. R., *Expert evidence*, in Wisconsin L. R., 1991;
7. KAPLAN J., WEISEMBERG R., BINDER G., *Criminal Law – Cases and materials*, Aspen Publishers, New York, 2008;
8. MORGAN T., ROTUNDA R., *Model code of professional responsibility and other selected standards on professional responsibility*, New York, Mineola, 1984;
9. MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, Aspen Publishers, New York, 2008;
10. MUELLER C. B., KIRKPATRICK L. C., *Federal Rules of Evidence*, Aspen Publishers, New York, 2008;
11. SIEGEL B. N., *Criminal Law*, Aspen Publishers, New York, 1998;
12. STEVEN L. EMANUEL, *Criminal Law – CrunchTime*, Aspen Publishers, New York, 2007;
13. STORM M., CARPI F., *In Honorem, Mauro Cappelletti. Tribute to an International Procedural Lawyer*, Aspen Publishers, Frederick, MD, 2005;
14. WEINREB L. L., *Leading Constitutional Cases on Criminal Justice*, Thompson Reuters press, New York, 2008.

MONOGRAFIE ITALIANE

15. AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Monduzzi, Bologna, IV ed., 2006;
16. AA.VV., *Le indagini difensive – legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Ipsoa, 2001;
17. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P.S. vol. I, Giuffrè. Milano 1960;
18. BERNARDI F., *Le indagini del difensore nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996;
19. BRICCHETTI R., RANDAZZO E., *Le indagini della difesa dopo la l.397/2000*, Giuffrè. Milano 2001;
20. CANESTRARI S., GAMBERINI A., INSOLERA G., MAZZACUVA N., SGUBBI F., STORTONI L., TAGLIARINI F., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, quarta edizione, Il Mulino, Bologna, 2006;
21. CAROFIGLIO G., *L'arte del dubbio*, Sellerio, Palermo, 2007;
22. CHIAVARIO M., MARZADURI E. (a cura di), *La difesa penale*, UTET, Torino 2003
23. CONSO G. – GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003;
24. CRISTIANI A., *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, Giappichelli, 2002;
25. CRISTIANI A., *Nuovo vademecum del difensore nel processo penale*, Torino, 1994;
26. DALIA A., FERRAIOLI M. (a cura di), *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2002;
27. DELLE FAVE C., *Manuale di polizia giudiziaria. Procedure, atti da redigere, modalità operative*, Maggioli editore, RSM, 2008;
28. DI MAIO A., *Le indagini difensive - dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Cedam, Padova, 2001;
29. DI PAOLO G., *Tecnologie del controllo e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Cedam, Padova, 2008;
- a. DOMINIONI O., *Le parti del processo penale: profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985;
30. FERRUA P. – GRIFANTINI F. – ILLUMINATI G. - ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 3a ed., Torino, Giappichelli, 2007;

31. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 5° ed., 2007;
32. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 4° ed., 2007;
33. FILIPPI L. (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore; investigazioni private, difesa d'ufficio, patrocinio dei non abbienti*, Cedam, Padova 2001;
34. FRIGO G., *Primi passi del «Codice deontologico del difensore penale»*, Modifiche al codice di procedura penale- Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare, Padova, Cedam, 1995;
35. GAETA P., *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Milano, 2001;
36. GALANTINI N., *Profili della giustizia penale francese*, II ed., Bologna, 1994;
37. GARELLO G. – SCUTO S., *Le indagini difensive (Commentario articolo per articolo della legge 7 dicembre 2000, n. 397. Profili pratici e questioni controverse)*, Ed. Il Sole 24 ore, Milano, 2001;
38. GUALTIERI P., *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2002;
39. KOSTORIS R. E., *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993;
40. LOZZI G., *Lineamenti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007;
41. MAGI R., *Le indagini difensive, Commento organico alla L. 7 dicembre 2000, n. 397*, Ed. Simone, Arzano (NA), 2001;
42. MAZZINI G., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. IV, UTET, Torino 1950, p. 314;
43. MUSSO R. G., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2006;
44. PANNAIN R., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, UTET, Torino 1953;
45. PARLATO L., *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive-commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, Giappichelli, 2002;
46. PICCIALLI P., *Il processo penale illustrato*, Ed. Simone, Napoli, 2007;
47. PISANI M. – GALANTINI N., *La fase preparatoria del processo penale nel progetto Delmas-Marty e le recenti modifiche del code de procédure pénale*, II ed., Bologna, 1994;

48. RANDAZZO E., *Deontologia e tecnica del penalista*, in Unione delle Camere Penali Italiane - Centro studi A. Marongiu -, Giuffrè, Milano, 2005;
49. RIZZO A., *Manuale pratico delle intercettazioni. Aspetti giuridici e profili operativi*, ed. Expert, Forlì, 2002;
50. RUGGIERO G., *Compendio delle investigazioni difensive*, Giuffrè. Milano, 2003;
51. STEFANI E., *Manuale delle indagini difensive nel processo penale - Aspetti teorico pratici di investigazione privata, utilizzabilità processuale degli atti*, Giuffrè, Milano, 1994.
52. TONINI P., Commento all'art. 22 della legge 332/95;
53. TRIGGIANI N., *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, Milano 2003;
54. VENTURA P., *Le indagini difensive*, Giuffrè, Milano, 2005.

CODICI COMMENTATI

55. AA.VV., Commento al nuovo codice di procedura penale la normativa complementare I - Norme di attuazione-, vol. 1, coordinato da CHIAVARIO, Torino, UTET, 1992;
56. CRISTIANI A., Commento all'articolo 38 delle delle disposizioni di attuazione, in Commento al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare, vol. I, coordinato da Chiavario, Torino, UTET, 1992;
57. STEFANI E., *Codice dell'indagine difensiva penale*, Milano, Giuffrè, 2005;
58. TRAMONTANO L., *Il codice di procedura penale spiegato*, Piacenza, Ed. Tribuna, 2004.

PERIODICI

59. BERNARDI F., *Le attività di indagine*, in Riv. It. di Dir. e Proc. Pen. 2/2001;
60. COMOGLIO-ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti nella prospettiva comparatistica*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1993:
61. D'AURIA L., *L'indagine difensiva tra scelte culturali, processuali e di rincorsa verso posizioni di "supposta parità delle armi". In particolare le indagini tecnico - scientifica del difensore.* (Relazione svolta all'incontro di

- studio del C.S.M. sul tema “Le indagini difensive”, Roma 24 febbraio 2004).
In Foro Ambrosiano n. 1/2004.
62. DOMINIONI O., *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento nella fase delle indagini preliminari*, in dif. pen., 1989, n. 25.
 63. ERCOLANI, *L'effettività del diritto alla prova delle parti private nel nuovo processo*, in Crit. pen., 1990.
 64. FANCHIOTTI V., *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in Cass. Penale, 1995;
 65. FANCHIOTTI V., *La testimonianza nel processo adversary*, Genova, Egig, 1988, pag. 285 e ss.
 66. FREDAS G., *Il difensore e gli eventuali testimoni nelle indagini preliminari*, in Cass. Penale, 1989, 2286;
 67. GIAMBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in Cass. Penale, 1994, n. 240;
 68. LOMBARD, *La difesa nel sistema inglese e irlandese*. Archivio Penale, 1996, fasc. 3-4;
 69. LUPI G., *Delitti in cerca di autore – 13 “cold cases” italiani, L.D.I.*, Storia e attualità, Milano, 2007;
 70. LUPO E., *Il principio della separazione delle fasi*, in Cass. Pen., 1993, 1576.
 71. MAZZANTI M., *Luogo pubblico, aperto al pubblico, esposto al pubblico*, in Nuovo Digesto Italiano IX, Torino, 1965, pp. 1110-1111.
 72. NOBILI M., *Prove a difesa e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 398;
 73. NOWACK R., Intervento sul tema “*Le attività difensive nelle indagini preliminari*”, relazione tenuta al Convegno Internazionale sul tema “Le attività investigative del P.M. in Italia e nei paesi dell'U.E.”. Urbino- San Marino, 14-16 Settembre 1995;
 74. PAGLIUCA, *La cosiddetta inchiesta parallela del difensore dell'imputato e limiti deontologici nei rapporti coi potenziali testimoni*, in Giur. It., 1991, IV;
 75. PANAGIA, *Il diritto alla prova della difesa tra norme penali e codice di rito*, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 1249;
 76. PECORELLA, *La deontologia del nuovo avvocato: l'inchiesta parallela*, in Cass. Pen., 1989, n. 7;

77. PISAPIA, *Ma Perry Mason non abitò mai qui -Finzione e realtà del processo accusatorio*, in *Il sole* 24 ore, 15 Settembre 1993.
78. RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 977;
79. SCAPARONE M., *Indagini difensive e falso in atto pubblico*, in *Quest. Giust.*, 2003;
80. VENDITTI P., VENDITTI G., *Le investigazioni private*, ed. Altagamma, Milano, 2006;
81. VOENA, *La “prova privata”: Le indagini del difensore e la loro utilizzabilità*, relazione svolta all’incontro di studio del CSM sul tema “La prova penale” svoltosi a Frascati in data 6-8 Novembre 1995;
82. ZANCAN, *Problemi della difesa con particolare riferimento ai profili delle investigazioni private*, in *Quad. CSM*, 1990, n. 32;
83. ZANOTTI C. M., *La nuova disciplina concernente l’acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico, informatico e telematico: diritto alla privacy e dovere di indagini*, in *Il Foro Ambrosiano*, 2004, fasc. 3.

SITI INTERNET

84. <http://blog.panorama.it>;
85. <http://supreme.justia.com/us/>;
86. www.abanet.org;
87. www.altalex.com;
88. www.altroquotidiano.it;
89. www.antimafiaduemila.com;
90. www.appuntiunira.net;
91. www.avvocati.milano.it;
92. www.carabinieri.it;
93. www.circondarialetorino.it;
94. www.corriere.it;
95. www.crimelist.it;
96. www.diritto.it;
97. www.diritto.net;
98. www.filodiritto.com;

99. www.gazzetta.it;
100. www.gdf.it;
101. www.giuffre Reggio Emilia.it;
102. www.indagini difensive.it;
103. www.istat.it;
104. www.leggo.it;
105. www.mesinvestigativa.com;
106. www.overlex.com;
107. www.penale.it;
108. www.poliziadistato.it;
109. www.profootballhof.com;
110. www.rainews24.it;
111. www.repubblica.it;
112. www.sanmarinoweb.com;
113. www.scattoneferraro.redir.it;
114. www.wikipedia.it.