

## PRESENTAZIONE

Quarant'anni esatti ci separano dall'opera collettanea curata da Vittorio Grevi, che affrontava il problema della difesa tecnica, visto dalla peculiare angolazione del rapporto – divenuto allora di drammatica attualità – con l'autodifesa. Non sono mancati nel frattempo approfondimenti del tema nell'ambito degli studi dedicati ai diversi profili connessi al riconoscimento del diritto di difesa, ma ci è parsa ancora attuale l'esigenza di una rivisitazione più ampia e corale della materia sotto il codice di procedura penale vigente.

L'*input* iniziale a gettare uno sguardo verso i “nuovi orizzonti” del diritto alla difesa tecnica ci è stato dato dall'attuazione nel nostro ordinamento della direttiva 2013/48/UE, per l'appunto rivolta a rafforzare il diritto dell'accusato ad avvalersi di un difensore. Ad essa è poi seguita la direttiva 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Un duplice segnale di interesse, da parte del legislatore europeo, per quegli aspetti della relazione tra l'avvocato e il proprio assistito che mettono in gioco l'effettività della tutela apprestata al soggetto coinvolto nella vicenda penale in alcuni snodi cruciali del procedimento. A partire da questi elementi di novità, l'indagine ha finito per allargarsi a sondare altri profili portati via via alla ribalta dagli indirizzi giurisprudenziali correnti, dal risveglio di attenzione presso gli studiosi e, infine, dai propositi di riforma del legislatore interno.

Un ambito di ricerca tanto vasto imponeva anzitutto di fare delle scelte con riguardo agli argomenti da trattare. Non si è creduto né corretto metodologicamente né opportuno, per ragioni di misura, prendere in esame ogni aspetto della legislazione processuale nel quale sia coinvolta la difesa tecnica. Un'opzione del genere avrebbe significato mettersi nell'ottica, per vero eccessiva, di rivisitare l'intera disciplina del rito penale, giacché il problema della difesa – *se e come* assicurarne la tutela – si può dire immanente a quasi tutti gli istituti processuali e attraversa da cima a fondo la dinamica di accertamento della responsabilità relativa al fatto di reato.

Non era questa l'intenzione dell'opera.

Ci si è concentrati, invece, su questioni apparse all'orizzonte più di recente e destinate a condizionare notevolmente le opportunità della difesa nel processo. Profili in parte trascurati dalla riflessione dottrinale, sino a quando non ne è emersa l'importanza strategica per gli equilibri della difesa grazie allo specifico rilievo loro attribuito dalle fonti sopranazionali; in parte venuti all'attenzione dell'interprete quale riflesso di mutate sensibilità o di indirizzi assai controversi della giurisprudenza. Va specialmente rimarcato, in tutto ciò, il tentativo di privilegiare una prospettiva non sempre valorizzata fino ad ora: quella del rapporto, cruciale per l'effettività delle garanzie, tra la figura del difensore e la persona assistita, sia essa l'accusato, il condannato o l'offeso dal reato.

Le quattro sezioni in cui è suddiviso il volume riflettono le scelte appena descritte. Si è partiti dall'analisi dei risvolti della difesa che le recenti direttive europee hanno consentito di mettere meglio a fuoco. In particolare, a Francesco Morelli è stata affidata la verifica sullo 'stato di salute' del diritto alla difesa tecnica nella fase delle indagini preliminari, ove si avverte il bisogno di una iniezione di garanzie non soltanto nominali. Stefano Ciampi ha approfondito, seguendo lo sviluppo per stadi dell'*iter* processuale, il problema della conoscenza del procedimento e dell'addebito penale, nonché dell'accesso della difesa agli atti d'indagine. Sta guadagnando spazio nell'ultimo periodo, proprio grazie alle fonti normative sopranazionali, la difesa tecnica della persona offesa dal reato, fenomeno perciò meritevole di apposito studio: ne verifica i connotati Mitja Gialuz.

La seconda sezione è intesa a praticare i territori di espansione della difesa tecnica, registrandone i sommovimenti. Vengono qui in rilievo i delicati equilibri sul piano sempre scivoloso della libertà personale: sia con riguardo alle sue limitazioni anticipate nel corso del processo (se ne occupa Rossano Adorno), sia in riferimento alla fase di esecuzione della pena, divenuta ormai centrale per comprendere quali assetti complessivi caratterizzano il sistema punitivo (la questione è affrontata da Daniele Vicoli); sia, infine, rispetto alla dinamica di cooperazione tra Stati favorita dallo strumento del mandato d'arresto europeo (oggetto del contributo di Fabrizio Siracusano).

Se le prime due parti dell'opera si concentrano su aspetti legati alle potenzialità espansive del diritto di difesa in zone più o meno tradizionali, la terza scende invece a considerare alcune restrizioni patite dalla difesa nell'esercizio delle proprie prerogative, andando alla ricerca dei

“limiti dei limiti” alle medesime derivanti dai principi sovraordinati. È il caso del difficile bilanciamento tra interessi contrapposti, da operare a fronte dell’astensione dalle udienze della categoria forense, problema cui è dedicato il saggio di Simone Lonati. Oppure dell’ambito privilegiato di protezione da riservare alla funzione difensiva, ove lacune e ambiguità del dettato codicistico, insieme agli inconvenienti operativi, danno esca a prassi elusive: ne mette in luce le distorsioni, Benedetta Galgani. L’abuso del diritto di difesa è tema venuto alla ribalta nel dibattito del periodo più recente, ma appare ancora meritevole di un supplemento di riflessione per le conseguenze dirimpenti suscettibili di scaturire da concezioni sostanzialistiche delle invalidità processuali (l’indagine al riguardo è condotta da Elena Catalano).

L’ultima sezione del volume non poteva che affinare lo sguardo sull’eterno, problematico rapporto tra tutela formale ed effettività delle garanzie accordate alla difesa. Anche rispetto ad esso normativa e giurisprudenza di matrice europea lasciano scorgere tendenze inedite. Così, Marcello Busetto coglie la tentazione del giudice di farsi controllore delle negligenze difensive, mentre Valentina Bonini, in chiusura, ripercorre la disciplina del patrocinio a spese dello Stato sulla scorta dei modelli di riferimento e delle loro realizzazioni.

Nel varare l’opera i curatori desiderano infine ringraziare Giulia Angiolini, Edoardo Bandiera, Benedetta Bertolini, Gianluca Borgia e Severino Murgia per il prezioso aiuto prestato nella fase di revisione dei testi scritti.

Ferrara-Pavia, luglio 2017

I CURATORI



SEZIONE PRIMA

*LE PROBLEMATICHE DELLA DIFESA TECNICA  
MESSE IN LUCE DALLE FONTI EUROPEE*

I

PROFILI PROBLEMATICI DEL DIRITTO DI  
PARTECIPAZIONE DEL DIFENSORE  
NELLA FASE DELLE INDAGINI PRELIMINARI:  
DALLE DICHIARAZIONI DELL'INDAGATO  
ALLA PROVA INFORMATICA

*di Francesco Morelli*

SOMMARIO: 1. L'attuazione della direttiva 2013/48/UE. – 2. L'individuazione cui l'indagato debba partecipare. – 3. La partecipazione del difensore agli atti dichiarativi dell'indagato. – 4. Il differimento del colloquio con l'indagato in stato di arresto o fermo. – 5. Gli atti di indagine estranei alle dichiarazioni dell'indagato. – 6. Il nodo della prova informatica. – 7. Qualche riflessione conclusiva.

1. *L'attuazione della direttiva 2013/48/UE.*

Con l'attuazione della direttiva 2013/48/UE – portata a compimento con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184 – il Governo, riflettendo sull'attuale effettività della partecipazione del difensore nel procedimento penale, sembra aver concluso come il nostro codice preveda autonomamente, e ben oltre gli *standard* minimi europei, un ampio fascio di facoltà

per l'imputato di avvalersi della difesa tecnica negli snodi cruciali di ogni fase processuale<sup>1</sup>.

La valutazione, soprattutto se si adottano effettivamente i parametri imposti dalla direttiva, sembra a prima vista condivisibile, tanto da far pensare che il decreto legislativo d'attuazione operi bene, limitandosi ad inserire, per la fase preliminare del procedimento, il diritto all'assistenza del difensore anche rispetto all'individuazione di persone cui debba partecipare l'indagato (commi 1 e 5 dell'art. 364 c.p.p.)<sup>2</sup>.

Non manca, tuttavia, qualche nodo da sciogliere circa l'esatto tenore della direttiva, e simili questioni possono ben essere affrontate nel contesto di una riflessione più generale sulla partecipazione del difensore agli atti della fase preliminare e ai molteplici scopi cui essa è funzionale: l'esercizio della difesa nell'ottica del contrasto all'addebito, l'assistenza preordinata al controllo della legalità dell'atto o, infine, la garanzia della difesa di diritti fondamentali dell'imputato toccati dal processo ma non esclusivamente "processuali"<sup>3</sup>.

La direttiva, che si colloca in una scia di interventi normativi volti a rafforzare i diritti dell'imputato<sup>4</sup>, tenta di rinvigorire il diritto dell'indagato dell'assistenza tecnica, probabilmente tendendo all'obiettivo di renderla fruibile in ogni atto in cui questi debba aver contatto con i soggetti dell'indagine, sebbene non arrivi mai (talvolta discutibilmente) ad imporre la presenza del difensore, soluzione che continua a restare nella disponibilità degli ordinamenti nazionali. La garanzia protetta, insomma, è sempre quella del "diritto di avvalersi" del difensore o dell'"accesso" alle sue competenze; ma non si rintraccia mai un diritto, non modulabile, alla presenza del professionista legale: una semplice,

---

<sup>1</sup> Così la Relazione illustrativa allo schema del d.lgs. n. 184 del 2016, secondo cui la normativa vigente assicura «un livello di garanzie tale da far ritenere superfluo un pesante intervento riformatore nella materia disciplinata dalla direttiva».

<sup>2</sup> Così il d.lgs. n. 184 del 2016 all'art. 2.

<sup>3</sup> Nel presente scritto non verrà invece affrontato il tema dell'accesso del difensore agli atti processuali, pure funzionale ad una consapevole partecipazione, né quello dell'accesso al difensore nel segmento cautelare. Entrambe le questioni sono approfondite in diversi capitoli di questo volume: S. CIAMPI, *L'accesso della difesa agli atti processuali*, *infra*, sez. I, cap. II, e R. ADORNO, *Diritto al difensore dell'imputato in vinculis e procedimento cautelare*, *infra*, sez. II, cap. I.

<sup>4</sup> La stessa direttiva in questione richiama le precedenti 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti nel processo penale, e 2012/12/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

quanto forte, garanzia del fatto che questi, nel frangente di certi atti, ci sarà e non potrà non esserci. E, conviene evidenziarlo fin da ora, in alcuni casi quest'ultima soluzione sarebbe stata inevitabile: come si cercherà di dimostrare, infatti, è nello spazio grigio tra il "diritto" e la "garanzia del diritto" (ossia tra la partecipazione del difensore e la possibilità di richiederla) che si annidano situazioni ambigue che possono portare a notevoli lacune difensive.

I motivi di questa scelta normativa si comprendono bene. È certo arduo dosare il ruolo della difesa nella fase delle indagini nel rispetto di un autentico equilibrio tra funzionalità investigativa e esigenze garantiste, anche nei sistemi che contemplan la separazione delle fasi: le garanzie difensive si trovano strette tra il peso crescente degli atti d'indagine sul giudizio e la loro vocazione – ancora tendenzialmente – preparatoria dell'eventuale dibattimento. E tuttavia, in ragione sia delle (pur talvolta frammentarie o persino ambigue) sollecitazioni europee<sup>5</sup>, sia del crescente tasso di specializzazione tecnica degli atti di indagine (si pensi al prelievo coattivo di materiale biologico o a perquisizioni, ispezioni, sequestri e accertamenti informatici), non sembra fuori luogo una verifica dello stato di salute del diritto alla difesa tecnica nella fase preliminare, che potrebbe essere opportuno rivitalizzare, per molteplici ragioni.

Per questo motivo, nella pagine che seguono, si cercherà anzitutto di analizzare l'unico vero cambiamento innestato nel codice processuale; successivamente andrà verificato se tra l'intento dell'atto europeo e l'assetto nazionale dei diritti difensivi nella fase preliminare possano dirsi davvero consonanti, soprattutto nel contesto di atti per l'indagato particolarmente infidi, come quelli in cui egli sia chiamato a rendere dichiarazioni o quelli che comportano un alto rischio "tecnologico" (in ordine alla ripetibilità dell'atto o sulla sua affidabilità), come la ricostruzione della dinamica del reato o la prova informatica.

---

<sup>5</sup> Limitandosi agli ultimi anni, oltre alla direttiva qui in esame e a quelle indicate nella nota che precede, vanno tenute in considerazione anche la direttiva 2016/343/UE «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali», o la direttiva 2016/800/UE «sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali». Esse, più che fornire indicazioni normative determinanti, manifestano un'intenzione di massima che potrebbe indirizzare la riflessione interna agli Stati membri sulla protezione effettiva di singole posizioni giuridiche attive delle persone sottoposte al procedimento penale, nei vari segmenti della procedura.

## 2. *L'individuazione cui l'indagato debba partecipare.*

Il primo dato sicuro emerge dall'innovazione legislativa: con il d.lgs. n. 184 del 2016 la persona sottoposta alle indagini che debba partecipare ad un'individuazione è invitata a presentarsi, nelle forme dell'art. 375 c.p.p., e conseguentemente il difensore ha diritto di assistere all'atto previo avviso di almeno ventiquattro ore, indefinitamente riducibile (ma non già eliminabile) secondo l'art. 364 comma 5 c.p.p.

Anzitutto, poiché l'individuazione è un atto in cui l'indagato potrebbe rivestire un ruolo sia attivo che passivo (potrebbe cioè essere chiamato a riconoscere qualcuno o a farsi riconoscere da qualcuno), occorre chiarire a quale di questi due specifici atti la direttiva e la conseguente modifica legislativa alludano.

Nel contesto dell'art. 364 c.p.p. non sembrano emergere indici dirimenti. Certo, la norma si riferisce all'individuazione di persone «cui deve partecipare la persona sottoposta alle indagini» e si può escludere che l'imputato debba partecipare a tale atto quando si pretende che questi riconosca qualcuno. La ragione risiede in una decisione della Corte costituzionale che, rigettando la questione sulla base di una certa interpretazione dell'art. 213 c.p.p., stabilì come il coimputato o l'imputato in procedimento connesso chiamato a rivestire il ruolo di ricognitore godesse del diritto al silenzio e potesse quindi rifiutare di compiere l'atto in questione<sup>6</sup>. Il riconoscimento del diritto al silenzio per il mezzo di prova della ricognizione porta, senza troppe incertezze, a ritenere che

---

<sup>6</sup>Corte cost., 22 giugno 1994, n. 267, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2181, con nota di A. MELCHIONDA, *Il diritto dell'indagato-imputato di astenersi dalla "ricognizione attiva"*, secondo il quale per l'indagato-imputato, anche in veste di ricognitore, comunque, non sorge mai un generale dovere di verità e di contribuire all'indagine o alla ricostruzione dibattimentale del fatto. Sul punto, ampiamente, M. CERESA-GASTALDO, *La ricognizione personale «attiva» all'esame della Corte costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità del coimputato?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 263 s., il quale avrebbe preferito che la fattispecie fosse stata costruita in termini di incompatibilità a prestare l'ufficio di ricognitore piuttosto che riconoscere l'operatività, in questo caso, del diritto al silenzio. La ricostruzione dell'Autore, certamente adatta ai casi in cui il legislatore «ha voluto risolvere sia il problema della garanzia di affidabilità dello strumento che quello dell'inesigibilità di dichiarazioni autoincriminanti da parte di persona assistita dal diritto costituzionale di difesa», ha il pregio, inoltre, di blindare la garanzia dell'indagato sottraendola alle sue stesse determinazioni. Il tema acquisterà rilevanza nel prosieguo, quando verrà esaminata l'ambigua disciplina circa la presenza del difensore all'interrogatorio dell'indagato reso davanti al pubblico ministero. V. *infra*, § 2.

esso presidi la posizione dell'indagato anche per l'atto omologo della fase preliminare, pena il detrimento di un diritto dotato di protezione costituzionale. È lecito dunque pensare, sulla scorta di queste premesse, che l'indagato non abbia mai il dovere di partecipare alla individuazione svolgendovi un ruolo attivo.

Queste conclusioni non confliggono con il testo della legge, perché sembra che l'espressione usata dalla disposizione in parola («individuazione cui “deve” partecipare la persona sottoposta alle indagini preliminari») non rimandi ad una posizione giuridica di obbligo, ma alla semplice circostanza per cui l'indagato è chiamato a svolgere nell'atto un ruolo qualsivoglia. Pertanto, pare si possa concludere che l'art. 364 c.p.p. oggi consenta la partecipazione del difensore quando l'indagato subisca l'individuazione e, allo stesso modo, quando ne sia il protagonista. La soluzione opposta, del resto, esporrebbe l'assetto normativo a fondate critiche relative alla disparità di trattamento nella tutela difensiva, soprattutto se si considera come l'apporto del difensore possa essere funzionale a far determinare l'indagato in ordine all'esercizio del diritto al silenzio (riconosciuto dalla Corte costituzionale), ossia a non procedere, sebbene sollecitato in tal senso, al riconoscimento di chicchessia.

Quanto invece all'individuazione che l'indagato debba subire, fu già valutata nel sistema italiano l'introduzione dell'assistenza del difensore, a seguito della rimessione alla Corte costituzionale della relativa questione, non essendo tale atto, allora, provvisto di alcuna garanzia difensiva. In questa risalente pronuncia la Corte stabilì con sicurezza che nessun pregiudizio al diritto di difesa si annidasse nella disciplina dell'individuazione quale atto non garantito, principalmente in ragione dell'assenza di valore probatorio di questo mezzo di indagine. Finalizzata solo a indirizzare le investigazioni e, infine, le determinazioni sull'azione penale, l'individuazione, quand'anche l'indagato ne sia oggetto, non richiederebbe assistenza tecnica a vantaggio di costui, poiché i relativi risultati non peserebbero sull'eventuale dibattimento.

Questo argomento fu speso dalla Corte costituzionale per rigettare la questione ma, nella stessa pronuncia, esso si trovò ad essere immediatamente ridimensionato, sulla scorta dell'ovvio rilievo secondo cui «neanche la difesa incide sul valore degli atti compiuti dal pubblico ministero, rendendoli in qualche modo equivalenti, sotto il profilo probatorio, a quelli compiuti dal giudice, proprio perché la legge-delega ha

chiaramente fissato il principio secondo cui la prova si forma in dibattimento»<sup>7</sup>.

L'odierno panorama domestico, si direbbe, non presenta novità tali da giustificare scelte diverse, sebbene quelle adottate dal codice del 1988, e lasciate intatte dalla Corte costituzionale, fossero in radice discutibili. Il presupposto che l'attività difensiva sia funzionale esclusivamente alla produzione di "prove" in senso stretto appare fallace per almeno tre motivi. Anzitutto, l'art. 24 Cost. richiede che la difesa, diritto inviolabile, sia effettiva «in ogni stato e grado del procedimento» a prescindere dalla natura o dalla funzione del singolo atto. Inoltre, è ben noto quanto l'individuazione svolta in fase preliminare pregiudichi quasi irreparabilmente l'eventuale ricognizione in sede dibattimentale, poiché cristallizza una conoscenza sull'immagine che, attendibile o meno, si espone in misura minima alla possibilità di una futura smentita<sup>8</sup>. Infine, pur senza proiettare il condizionamento dell'individuazione nell'attività istruttoria dell'eventuale giudizio<sup>9</sup>, non si vede perché debba

---

<sup>7</sup> Corte cost., 12 giugno 1991, n. 265.

<sup>8</sup> Di ciò sembra consapevole persino il legislatore, che permette l'individuazione «quando è necessaria all'immediata prosecuzione delle indagini» (art. 361 comma 1 c.p.p.). Questo aspetto è ben indagato da A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Giappichelli, 2003, p. 122 s., e precedentemente, A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2001, p. 168 s. Entrambi gli Autori sembrano legare proprio alla forza dimostrativa attenuata che avrebbe la ricognizione, quando segua l'individuazione, la tendenza della giurisprudenza a recuperare i risultati di quest'ultima in dibattimento senza esperire l'autentica ricognizione ex art. 214 c.p.p., per via di un uso distorto dell'istituto delle contestazioni (Cass., 25 febbraio 2009, Pellicori, in *C.e.d.*, n. 243212) o sostituendo la ricognizione con l'"atipico" (ma in realtà, irrituale) riconoscimento fotografico in dibattimento (Cass., 24 novembre 2015, Coccia, in *C.e.d.*, n. 267562).

<sup>9</sup> Pur adottando due differenti prospettive sia A.M. CAPITTA, *Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali*, cit., p. 206, che A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, cit., p. 119-120 legano la scelta di non corredare l'individuazione di garanzie difensive alla necessità di lasciarla sguarnita di rilevanza probatoria nel contesto dibattimentale, secondo una sorta di postulato che vorrebbe non più giustificabile l'esclusione dell'atto garantito dal corredo probatorio del dibattimento. Secondo la prima Autrice, che considera l'esclusione del difensore coerente con un sistema accusatorio, l'intervento della difesa sarebbe necessario nella rassegnata previsione di uno strisciante "garantismo inquisitorio" teso all'acquisizione sempre più frequente di atti di indagine al dibattimento; il secondo, invece, scongiura siffatta soluzione proprio perché «paradossalmente rafforzerebbe proprio quell'orientamento giurisprudenziale che, conferendo il crisma dell'irripetibilità all'atto *de quo*, si pone, oggi,

essere sbrigativamente pretermessa la partecipazione della difesa ad un atto che potrebbe intaccare, nel momento contingente, i diritti di libertà dell'indagato o portare alla formazione distorta non già di una prova ma di un mezzo investigativo, il quale può, di per sé, determinare esiti pregiudizievole per la persona sottoposta all'indagine preliminare<sup>10</sup>.

Nella normativa interna attuativa dell'atto europeo, si può dire, non si rintracciano ripensamenti sistematici e l'introduzione della garanzia parrebbe determinata esclusivamente dalla supina (ma doverosa) attuazione della direttiva<sup>11</sup>.

Eppure non sarebbero mancate ragioni per tentare riflessioni più generali.

L'occasione, infatti, si prestava a considerare la funzione della difesa tecnica nella fase preliminare: una volta metabolizzato lo spirito che anima la direttiva o, su un piano più profondo, una volta colta la portata complessiva delle indagini preliminari nel nostro sistema<sup>12</sup>, si sarebbe potuto giungere, forse, a valutare la possibilità di estendere la presenza necessaria del difensore quantomeno ad ogni atto della fase preliminare in cui fosse parimenti necessaria la presenza della persona sottoposta alle indagini; senza che, beninteso, ciò condizionasse l'attuale regime di utilizzabilità degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero<sup>13</sup>.

---

in contrasto con le linee portanti del giusto processo». Resta ancora da dimostrare, però, per quale ragione l'intervento difensivo non possa soccorrere l'indagato in un atto di indagine che comunque non valicherà le mura che cingono il contesto dibattimentale.

<sup>10</sup> Il riferimento va all'illusione, talvolta ancora coltivata (seppur con sempre meno convinzione), dell'indagine come la fase che "non conta e non pesa", di cui parlava con radicato scetticismo M. NOBILI, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998, p. 35 s.

<sup>11</sup> Nella Relazione illustrativa allo schema del d.lgs. n. 184 del 2016 si spendono poche parole, esclusivamente per segnalare la mancanza di tutela difensiva nell'individuazione di persone cui debba partecipare l'indagato. Solo a questo aspetto, infatti, il d.lgs. n. 184 del 2016 si dedica per ciò che concerne le modifiche al c.p.p.

<sup>12</sup> Sul punto, ancora, M. NOBILI, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, cit., p. 36 s.

<sup>13</sup> L'ineluttabilità dell'uso indiscriminato, nel dibattimento, degli atti della fase preliminare, una volta che essi siano stati corredati da garanzie partecipative, è un *topos* della letteratura processualistica, fin dagli anni Sessanta (per esempio, F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Giuffrè, 1965, p. 65-66). Tuttavia, oggi l'idoneità di un atto probatorio a valicare i confini del dibattimento non dipende da quanto la difesa abbia partecipato alla sua formazione, poiché ciò che rileva è solo il rispetto della regola del contraddittorio così come inteso dal comma 4 dell'art. 111 Cost. o la presenza di una delle circostanze che

Probabilmente – come lo stesso art. 24 comma 2 Cost. potrebbe suggerire<sup>14</sup> – ogni rapporto diretto tra l'inquirente o la polizia giudiziaria e l'indagato, nel contesto di un atto processuale, dovrebbe sempre essere filtrato dalla presenza del difensore, necessaria ad assicurare alla

---

ne permettono la deroga tratteggiate dal successivo comma 5. Certo, il quadro non è così netto, nel codice come nella giurisprudenza. Basti considerare l'art. 360 c.p.p. (quando venga riferito ad atti non irripetibili ma solo indifferibili), l'art. 500 comma 6 c.p.p., l'art. 503 comma 5 c.p.p. (pur limitato interpretativamente da Corte cost., 24 giugno 2009, n. 197) e forse, persino, l'art. 513 comma 1 c.p.p. che, per quanto si possa considerare ragionevole, supera la regola del contraddittorio sulla scorta, nella migliore delle ipotesi, di un discutibile consenso implicito e preventivo, forse ricavabile dall'avviso di cui all'art. 64 comma 3 lett. a c.p.p. (S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Giuffrè, 2000, p. 115-117, a ragion veduta, giudica il meccanismo di acquisizione in dibattimento delle pregresse dichiarazioni dell'imputato inconciliabile sia con il diritto alla difesa sia con il metodo del contraddittorio. Secondo M. NOBILI, *Commento all'art. 513 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. V, Utet, 1991, p. 438, l'art. 513 comma 1 «finisce per ritorcere, in parte, l'esercizio» del diritto difensivo riconosciuto dall'art. 64 c.p.p. Sulle relazioni tra contraddittorio e diritto a non autoincriminarsi nell'art. 513 c.p.p., S. CARNEVALE, *Dichiarazioni del coimputato, diritto di difesa ed esigenze di non dispersione della prova: nuovo assetto di un difficile equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3637 s.). Si tratta di alcuni tra gli esempi concreti di quanto la partecipazione della difesa all'atto possa pregiudicare indebitamente la separazione tra le fasi. Così come la giurisprudenza, appena vista, sull'individuazione, e tutta quella, in definitiva, che dilata la nozione di irripetibilità dell'atto partecipato, materializzano la profezia di cui poco fa si è detto. Nondimeno, sembra forzato vedere il fattore distorsivo, rispetto ai cardini del sistema, nell'aumento delle garanzie nella formazione degli atti di indagine a cui l'indagato partecipi, risiedendo esso, con evidenza, nel congegno normativo o nella elaborazione giurisprudenziale di volta in volta considerati.

<sup>14</sup> Al proposito basti considerare le ragioni – segnalate da M. SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24: Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli-Soc. Ed. Foro italiano, 1981, p. 102 s. – con cui Corte cost., 16 dicembre 1970, n. 190 ritenne illegittima la disciplina che impediva, nell'impianto del codice Rocco, la presenza del difensore all'interrogatorio esperito dal pubblico ministero nella istruzione formale: essa era gravemente lesiva del diritto di difesa poiché «in occasione di un atto di tanto significato l'imputato [era] esposto alle osservazioni, ai rilievi, alle contestazioni del pubblico ministero senza essere assistito dal difensore, che per la sua preparazione tecnico-professionale più di lui è in grado di avvertire la necessità di opportuni chiarimenti a difesa». Più in generale, E. AMODIO, *La presenza del difensore all'interrogatorio istruttorio dell'imputato: epilogò di un conflitto e prospettive per l'«effettività» della difesa tecnica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1972, p. 736 avvertiva: «Nel sancire l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento l'art. 24 comma 2 Cost. viene in definitiva a postulare l'indefettibilità di un *minimum* di effettiva difesa, personale o tecnica, per ciascuna delle fasi in cui è suddiviso l'iter del procedimento».

persona sottoposta alle indagini un argine rispetto non necessariamente ad eventuali abusi dei titolari dell'indagine, ma a possibili condotte dell'indagato inconsapevolmente autolesive; talvolta, essa sembra solo funzionale alla vigilanza sulla integrità dei suoi diritti, così spesso toccati dall'indagine<sup>15</sup>. In una parola, si tratterebbe di tradurre in norme il bisogno, per l'indagato, di ricevere l'ausilio della difesa tecnica almeno in ogni frangente in cui non consti la partecipazione del giudice, senza che l'ordinamento ponga nelle sue stesse mani l'attuazione concreta di tale diritto, lasciando il difensore libero di partecipare all'atto o affidando all'indagato l'onere di pretendere l'intervento difensivo a fronte del relativo avviso (nello schema dell'art. 364 c.p.p.). Infatti, la semplice facoltà dell'indagato di nominare un difensore e chiederne l'assistenza sembra stonare, in qualche modo, con un ordinamento che, in sostanza, non ammette l'autodifesa quale una scelta di strategia processuale compiuta<sup>16</sup>;

---

<sup>15</sup> Quest'ultima è l'ottica adottata dall'art. 224-bis comma 7 c.p.p. che, opportunamente, assicura la presenza del difensore nominato anche al terzo che debba subire un prelievo coattivo: tale garanzia sembra esorbitante dall'area di applicazione dell'art. 24 comma 2 Cost., dunque si pone quale una scelta legislativa, discrezionale, ad esclusiva protezione dei diritti costituzionali non dell'indagato ma dell'individuo. Sul punto, C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Giappichelli, 2012, p. 116 s., che considera questa soluzione «sicuramente singolare sul piano sistematico, mancando nell'ordinamento processuale una disposizione generale che preveda il diritto per il terzo di nominare un proprio difensore» (p. 117). Valorizza il dato dell'assenza di norme, diverse dall'art. 224-bis c.p.p., che consentano al terzo di nominare un difensore, P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in P. TONINI-P. FELICIONI-A. SCARCELLA (a cura di), *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico, Speciali-Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 21 la quale esclude che possa ricorrere la nullità evocata dal comma 7 della stessa norma quando sia assente il difensore del terzo che debba subire il prelievo.

<sup>16</sup> Soprattutto perché la scelta autodifensiva si traduce, nella quasi totalità dei casi, in una scelta non difensiva siccome il codice non disciplina nel dettaglio le modalità dell'agire processuale dell'imputato a sua stessa difesa. Il tema, come noto, ha dei trascorsi scientifici profondi, correlati a notevoli sconvolgimenti umani e sociali. Sul punto, tra i tanti, G. VASSALLI, *Rimeditazioni sul rifiuto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 891 s.; V. CAVALLARI, *Il diritto dell'imputato al rifiuto della difesa tecnica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 844 s., che lesse nell'art. 24 comma 2 Cost. una garanzia a favore della difesa come dell'autodifesa, sostenne con fervore il diritto dell'imputato a rifiutare qualsivoglia professionista al suo fianco; M. CHIAVARIO, *Autodifesa: questione aperta. Per una risposta civile*, ETS, 1979, spec. p. 67, il quale cercò di far convivere il diritto all'autodifesa (o alla rinuncia al difensore) con la garanzia costante di «un apporto "tecnico", diverso da quello proveniente dal giudice e dal pubblico ministero»; A. MELCHIONDA, *Il diritto dell'imputato all'alternativa fra autodifesa e difesa tecnica*, in V. GREVI (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli, 1977, p. 88, che sgombrò

sicché l'assenza dell'obbligo per il difensore di partecipare all'atto non può essere letta come frutto della necessità di non interferire negli spazi autodifensivi dell'indagato. Persino gli ordinamenti che consentono all'imputato di provvedere autonomamente alla sua difesa – attribuendogli, giocoforza, la responsabilità delle sue scelte<sup>17</sup> – si dotano, poi, di strumenti per quanto possibile incisivi volti a controllare che l'assenza del difensore non abbia determinato, nel frangente dell'interrogatorio, situazioni non ben controllabili *ex post* nelle quali siano maturate opzioni dichiarative non del tutto consapevoli dell'interrogato: si tratta, per il sistema nordamericano, del “*Voluntariness Test*” che condiziona l'uso nel dibattimento dell'interrogatorio (che contenga la confessione) alla verifica concreta che esso sia stato reso, in effetti, «*without certain improper inducements*» che la giurisprudenza man mano tende a tipizzare<sup>18</sup>.

L'esame di queste diverse soluzioni permette di chiedersi, quindi, perché mai il nostro sistema – che punta sulla necessità della difesa tecnica – dovrebbe accontentarsi di scelte autodifensive autonome (come quella di avvalersi del diritto al difensore<sup>19</sup>) proprio nel momento in cui

---

il campo da un possibile equivoco, osservando come la presenza obbligatoria del difensore nel contesto di certi atti (la si intenda pure come una garanzia) non impedisce all'imputato di non difendersi, in ragione di un sua libera determinazione (e ciò ha riflessi attualissimi sul discorso che qui si affronta, potendo il difensore limitarsi a garantire che scelte rinunciarie, o persino autolesive, siano certamente frutto di una scelta libera e consapevole). In definitiva, tuttavia, il futuro non avrebbe colto gli spunti provenienti da quel dibattito per una autentica riflessione sull'autodifesa, forse a causa della circostanza – ben notata da L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Giappichelli, 2000, p. 31, che richiama Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125 – per cui un vero problema sui contorni della difesa non ci fu mai, visto che allora «l'imputato non chiede[va] di autodifendersi per difendersi» ma sceglieva di «non difendersi» affatto. Così oggi, che lo spazio per l'autodifesa riemerge dalle polveri dell'irilevanza giusto quando l'indagato si trovi, solo, faccia a faccia con il suo accusatore, o nel compimento di un atto di indagine in cui questi ha intorno a sé soltanto il pubblico ministero e la polizia giudiziaria, appare francamente paradossale.

<sup>17</sup> Nel processo statunitense, ad esempio, è ammessa, per l'imputato, la scelta di difendersi senza l'ausilio di un professionista legale; quindi, in questo caso, ha senso un autentico, e non ambiguo, “diritto” al difensore.

<sup>18</sup> W.R. LAFAVE-J.H. ISRAEL-N.J. KING, *Criminal procedure*, West Group, III ed., 2000, p. 311. Sullo sfondo (e ciò dimostra una sensibilità culturale non trascurabile) sta la costante ed onestamente manifestata consapevolezza delle Corti che esista sempre un inevitabile «*gap in our knowledge as to what in fact goes on in the interrogation rooms*» (così, la famosa sentenza U.S. Supreme Court, 13 giugno 1966, n. 759, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436).

<sup>19</sup> Non garanzia, dunque, ma «garanzia della possibilità», nel lessico di G. VASSALLI, *Rimeditazioni sul rifiuto di difesa*, cit., p. 898.

la persona sottoposta al processo è più debole: quest'ultima, difatti, si trova al cospetto del pubblico ministero ed è chiamata a scegliere in totale solitudine ciò che è meglio per sé, in un contesto non favorevole, quando non apertamente ostile.

È forse sufficiente un esame delle norme per riconoscere le ambiguità che si cerca di segnalare. La pretesa dell'indagato di avvalersi dell'effettiva presenza del difensore, del resto, è un aspetto che lo stesso art. 364 c.p.p. sembra non tenere in adeguata considerazione, adottando quasi una prospettiva rovesciata del problema: quella per cui la situazione soggettiva protetta non è tanto il diritto dell'indagato al difensore, quanto il diritto di costui a far presenza mentre l'atto viene compiuto. Insomma, che il difensore sappia e faccia le sue scelte, l'indagato sol per questo risulta adeguatamente protetto. Si sente riecheggiare la volontà della norma di riconoscere il diritto senza volersi sforzare troppo di renderne concreto l'esercizio<sup>20</sup>.

In definitiva, in certi specifici casi, anziché muoversi sulla linea ambigua del "diritto alla difesa tecnica", attivabile, nel concreto, dalla scelta espressa dell'indagato, si potrebbe pensare alla necessità di un responsabile tecnico della difesa nei momenti in cui la persona sottoposta al procedimento venga in contatto con chi svolge l'indagine nei suoi confronti<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Si tornerà sulla questione successivamente, ma basti ora prendere ad esempio Cass., 2 dicembre 2005, Murinu, in *C.e.d.*, n. 230448, massimata nei termini che seguono: «L'assenza del difensore, ritualmente e tempestivamente avvisato, non impone la sospensione dell'interrogatorio dinanzi al p.m. né la nomina di un difensore d'ufficio per l'espletamento di tale atto in quanto, ai sensi dell'art. 364 c.p.p., la presenza del difensore, pur costituendo un diritto per l'indagato, non è tuttavia obbligatoria». Leggendo il provvedimento si intende subito che il difensore non è comparso senza aver avvisato né ha indicato alcuna ragione di impedimento. A questo punto il pubblico ministero avrebbe reso edotto l'indagato dell'assenza del difensore e gli avrebbe chiesto di manifestare istanza di rinvio dell'atto (quando forse avrebbe dovuto più esplicitamente chiedergli se intendeva rendere dichiarazioni pur privo dell'assistenza difensiva). Non deriva alcuna certezza, quindi, relativa al fatto che l'indagato avesse capito di potersi astenere, senza subire conseguenze negative, dal rendere dichiarazioni nel contesto di un interrogatorio pur *illo tempore* programmato. Se si considera che l'indagato è evidentemente straniero e che nessun riferimento, ad esempio, è fatto alla lingua usata per somministrargli queste informazioni orali, si comprendono bene le parole della Corte Suprema americana prima citata, quando chiarisce che esiste, per il giudice, un *gap* di conoscenza incolmabile su quanto succede nelle stanze degli interrogatori, che va tenuto, in qualche modo, in debita considerazione.

<sup>21</sup> Scelta questa che bilancerebbe lo squilibrio di potere nel momento investigativo che

Forse, anche la stessa direttiva 2013/48/UE avrebbe potuto scegliere di essere meno ambigua, indirizzando le legislazioni dei paesi membri in tal senso senza rifugiarsi in selezioni, a prima vista casuali, di atti (o meglio categorie generali di atti) da proteggere con la garanzia difensiva.

Questi rilievi conducono spediti all'esame di un altro mezzo di indagine la cui disciplina non è stata modificata dalla legge di attuazione della direttiva, ma che probabilmente avrebbe potuto essere in parte ripensata alla luce dello spirito che anima l'atto europeo: l'interrogatorio.

### 3. *La partecipazione del difensore agli atti dichiarativi dell'indagato.*

Quanto appena rilevato circa l'opportunità di considerare l'estensione della presenza necessaria del difensore in alcuni momenti dell'indagine preliminare assume una rilevanza particolare nel caso dell'interrogatorio.

Questo istituto non è stato modificato dal d.lgs. n. 184 del 2016 poiché, come si è detto, il Governo ha esplicitamente affermato come la disciplina preesistente alla direttiva fosse ad essa indiscutibilmente conforme, tranne che per l'individuazione di persone a cui, come appena visto, sono state estese le garanzie partecipative dell'art. 364 c.p.p.

Eppure la garanzia, per gli indagati, del «diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore quando sono interrogati» (art. 3 § 3 lett. *b* della direttiva 2013/48/UE) poteva essere tradotta con più decisione, per esempio rendendo necessaria la presenza del difensore in ogni contesto riconducibile all'interrogatorio, momento in cui diventa particolarmente complessa la gestione del rapporto tra l'accusatore e l'indagato, quando contingentemente sprovvisto di un ausilio tecnico dedicato esclusivamente alla sua difesa.

In questa prospettiva, va verificata la compatibilità con la direttiva 2013/48/UE delle norme domestiche, sulle quali va forse spesa qualche riflessione rispetto all'effettività generale della partecipazione dell'avvocato quando il suo assistito renda dichiarazioni nella fase preliminare.

Tra gli istituti coinvolti spicca ovviamente l'interrogatorio del pub-

---

coinvolge la persona dell'indagato, poiché la figura del difensore è, almeno idealmente, «sempre quella di un antagonista dell'accusatore, chiamato a servire l'interesse particolare dell'imputato che lo ha liberamente eletto e la cui volontà va rispettata, anche nella scelta della strategia difensiva» (P. FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Utet, 1988, p. 16-17).

blico ministero. Esso non presenta, in effetti, attriti specifici con la direttiva 2016/48/UE dal momento che, sia l'art. 364 commi 2 e 3 c.p.p., sia gli artt. 369 e 369-*bis* c.p.p. assicurano al difensore la possibilità di intervenire. Tuttavia, poiché l'atto può essere esperito anche senza la partecipazione del difensore (pur avvisato), esso guadagna di certo la necessità di una particolare osservazione.

Piuttosto, a proposito di questa disciplina, occorre manifestare perplessità di ordine generale.

Non si coglie la *ratio*, se non nei termini di un possibile vantaggio per l'accusa, dell'esclusione dell'interrogatorio del pubblico ministero dagli atti che necessitano della presenza del difensore<sup>22</sup>. Si tratta dell'unico momento in cui è possibile che l'indagato (per scelta più o meno consapevole) si trovi a dover interloquire in perfetta solitudine con il titolare dell'indagine e futuro sostenitore dell'accusa che potrebbe riguardarlo. Del resto gli avvisi preliminari in materia appaiono incomprensibilmente involuti: l'art. 64 c.p.p. non contiene accenni all'assistenza del difensore; l'art. 364 c.p.p. impone di avvisare l'interrogato che può fruire dell'assistenza di un difensore d'ufficio ma che può nominarne uno di fiducia. Anche gli artt. 369 e 369-*bis* c.p.p. (se fosse l'ora di applicarli contestualmente all'interrogatorio) invitano a nominare un difensore (per il procedimento) e informano genericamente della obbligatorietà della difesa tecnica (al più, l'art. 369-*bis* comma 2 lett. *a* c.p.p. impone un complessivo – e per questo poco funzionale<sup>23</sup> – elenco «della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini») <sup>24</sup>. Inoltre, analogo avviso è reso al difensore che, indiscutibilmente, sarà in grado di scegliere come impostare la strategia difensiva e comunicarla al suo assistito.

---

<sup>22</sup> Questa conclusione è davvero diffusa in letteratura. Attenti Autori hanno già rilevato come l'istituto in sé sia troppo squilibrato a vantaggio dell'accusa: O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, 2004, p. 184; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 197; M. NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Giuffrè, 1997, p. 74.

<sup>23</sup> Sul punto, S. CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Giuffrè, 2010, p. 465 s., il quale, non limitandosi alle critiche, tenta una ricostruzione interpretativa della norma ispirata al compromesso tra esaustività e chiarezza. Comunque (sarebbe impossibile non farlo) l'Autore auspica che l'indagato, "incuriosito", «si rivolga al difensore per ottenere i debiti chiarimenti» (p. 471).

<sup>24</sup> Le «difficoltà di coordinamento» tra le disposizioni appena richiamate sono segnalate da S. CIAMPI, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, cit., p. 291.

Non una sede in cui la regola si atteggi chiaramente nel senso di un'autentica garanzia, ad esempio, nei termini seguenti: subito prima dell'inizio dell'interrogatorio in assenza del difensore (ai fini di questo ragionamento, poco importa che sia stato avvertito, rileva solo la sua assenza) il pubblico ministero dovrebbe avvisare l'indagato che, oltre a decidere radicalmente di non rendere dichiarazioni (magari invece la persona sottoposta alle indagini è al suo cospetto proprio per farlo) può scegliere di tacere finché non compaia il suo difensore (non altri, se ne ha nominato uno e non manifesti una scelta contraria). In questo modo, anche i meno sagaci, per dir così, avrebbero ben chiaro il proprio diritto di tacere, sebbene temporaneamente<sup>25</sup>, in esclusiva ragione del fatto che non sono assistiti, *hic et nunc*, dal legale; e, di conseguenza, il pubblico ministero dovrebbe astenersi dal rivolgere domande all'indagato se questi si avvale di tale opzione<sup>26</sup>.

Detto in altro modo, la mancanza di chiarezza espositiva (non già per l'interprete, ma per il destinatario della comunicazione) sembra dare la percezione all'indagato che questi goda non tanto di un granitico diritto difensivo, quanto piuttosto di un ventaglio di opzioni tutte selezionabili, e tutte ugualmente valide<sup>27</sup>. Forse basterebbe l'art. 24 comma 2 Cost. a far considerare un ripensamento della disciplina ma, oggi, possono indurre a simili riflessioni anche i seguenti incisi (qui segnalati in corsivo) contenuti nell'art. 3 della direttiva 2013/48/UE: «Gli Stati membri assicurano che gli indagati e imputati abbiano il diritto di avva-

---

<sup>25</sup> V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 254, sottolinea l'impatto che i tempi e i modi dell'avvertimento all'imputato hanno sull'effettivo e consapevole esercizio del suo diritto. Le osservazioni dell'Autore sono riferite esclusivamente all'avviso circa la facoltà di non rispondere ma ben si adattano ad ogni avvertimento che debba essere rivolto all'indagato quando è in stato di soggezione, quantomeno psicologica.

<sup>26</sup> Sembra proprio l'assetto normativo ambiguo che determina l'esistenza di certe massime che escludono la nullità dell'interrogatorio solo che il difensore sia stato ritualmente avvisato, senza neppure considerare l'eventuale richiesta di assistenza tecnica dell'interrogato; v. Cass., 3 luglio 2014, Acquavite, in *C.e.d.*, n. 260785.

<sup>27</sup> E appare paradossale che, a proposito di una prerogativa difensiva così importante nel contesto di un atto decisivo per le sorti dell'indagato, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 84, sia costretto ad affermare quanto segue: «considerata l'importanza dell'atto, l'organo procedente dovrebbe sempre assicurare l'effettiva presenza del difensore o verificare che l'assenza di quest'ultimo sia stata concordata con l'interrogato, *superando il dettato codicistico* che, come detto, non prevede generalmente il dovere di assistenza tecnica all'interrogatorio» (corsivi miei).

lersi di un difensore in tempi e secondo modalità tali da permettere agli interessati di esercitare i propri diritti di difesa *in modo concreto ed effettivo*» (comma 1); «gli Stati membri *garantiscono* che gli indagati e imputati abbiano *il diritto alla presenza* e alla partecipazione effettiva del loro difensore quando sono interrogati» (§ 3 lett. *b*).

Del resto, l'interrogatorio del pubblico ministero nel suo complesso è generalmente vissuto come un'«anomalia»<sup>28</sup>: l'istituto, in cui prevale l'intenzione investigativa<sup>29</sup>, sarebbe volto a far guadagnare elementi utili all'indagine sulla notizia di reato proprio da quel soggetto che detiene tipicamente il diritto a non collaborare in questa direzione<sup>30</sup>. Predicarne la funzione difensiva o autodifensiva<sup>31</sup>, invero, è del tutto in contrasto con lo squilibrio significativo che si apprezza tra i vantaggi e gli svantaggi, per l'indagato, del mettere nelle mani del suo accusatore le proprie conoscenze<sup>32</sup>.

Se poi la disciplina complessiva circa l'accesso al difensore in questa fase, garantito ma meramente facoltativo, si volesse ricondurre alla necessità di lasciare spazio all'autodifesa dell'indagato si cadrebbe in un autentico paradosso. Momenti esclusivamente autodifensivi nell'indagine sembrano rappresentare solo delle frecce nella faretra del pubblico ministero: se l'ordinamento non riconosce in modo significativo e compiuto il diritto a difendersi senza l'ausilio del difensore per tutto il procedimento, sembra sospetto che lo favorisca davanti all'accusatore proprio nel momento in cui questi sta costruendo l'accusa<sup>33</sup>. Inoltre, ed in

<sup>28</sup>L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 197.

<sup>29</sup>Così O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 180 e L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 198.

<sup>30</sup>Con la conclusione, inevitabile, per cui il malcelato fine ultimo dello strumento di cui dispone il pubblico ministero sembra quello di stimolare dichiarazioni autoaccusatorie da parte dell'indagato: «la scelta di rendere dichiarazioni dinanzi agli organi delle indagini può, dunque, rappresentare di fatto per l'indagato un pericoloso punto di non ritorno, tanto da poter essere utilizzata in seguito “a carico”» (L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 200).

<sup>31</sup>Essa si esaurirebbe col fatto che viene «in qualche modo data “la parola all'indagato”» (L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 198).

<sup>32</sup>Ripercorre le conseguenze dell'atto, in chiave giuridica e strategica, L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 198 s.

<sup>33</sup>In prospettiva del tutto opposta, G. LEONE, *Garanzie del processo penale*, in

ogni caso, per la persona sottoposta alle indagini non avrebbe molto senso impostare autonomamente un piano difensivo in fase preliminare, quando dovrà comunque rimettersi ai consigli del suo difensore nel giudizio.

Ogni incoerenza strategica tra l'attività difensiva nelle varie fasi torna comoda solo al pubblico ministero, che sarà riuscito in qualche modo ad ottenere il contributo dell'indagato a vantaggio dell'impostazione accusatoria, visto l'uso che si farà in dibattimento delle sue dichiarazioni secondo gli artt. 503 commi 3 e 5 e 513 comma 1 c.p.p.

Si aggiunga, poi, come non sia affatto chiaro se gli indagati presenti davanti al pubblico ministero, interrogati in assenza del difensore, comprendano sempre bene che quella dell'assistenza legale è una pretesa inalienabile, e per questo assistita da sanzioni processuali. Il dubbio viene scorrendo le massime, dalle quali traspare sempre come sia l'avviso preventivo al difensore a fare la differenza tra l'atto valido e quello invalido, mentre invece sembra trascurato l'aspetto, fondamentale, della consapevolezza dell'interrogato non del diritto di astenersi dal dichiarare, ma di quello più specifico di tacere in ragione dell'assenza del difensore, pur quando ci sia la generica volontà di rendere dichiarazioni al magistrato inquirente.

Non sembra un aspetto trascurabile della questione: in un'ottica di reale protezione dei diritti dell'indagato, l'ordinamento deve assicurarsi che questi percepisca come l'alternativa tra parlare e tacere non sia secca: pur sussistendo la generica volontà dell'imputato di dichiarare al-

---

AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, cit., p. 146, secondo il quale «non giova alla giustizia la presenza del difensore all'interrogatorio; e non tanto per [...] il pericolo che un gesto anche istintivo e incontrollato del difensore possa fermare l'imputato sulla strada della confessione; quanto per il fatto che a mio giudizio l'interrogatorio in tanto ha valore in quanto costituisce un dialogo tra due persone. Solo quando si tratta di dialogo con l'assenza assoluta di altri soggetti è possibile che l'anima si apra alla sincerità e l'interrogatorio assuma anche il valore di manifestazione di una personalità». Sebbene in una visione del tutto rovesciata rispetto a quella qui preferita, l'Autore mette ben in luce cosa potrebbe accadere se il dialogo si svolgesse "liberamente" tra pubblico ministero e indagato, due persone delle quali una è in posizione di supremazia sull'altra, che invece è in uno stato di innegabile soggezione. Una dinamica di questo tipo, in definitiva, mai potrebbe emanciparsi dalla ricerca di un esito confessorio: questo esito, per essere davvero libero e spontaneo, dovrebbe essere anche ponderato in chiave strategica con il difensore, senza che nulla impedisca alla decisione assunta in sede difensiva di condurre l'indagato *contra se*, per le più disparate e imponderabili ragioni: comunque, la presenza del difensore assicurerebbe alla piena consapevolezza della scelta di uscirne salva.

cunché, costui può rifugiarsi nel silenzio finché non sia materialmente presente all'atto il suo difensore, poco importa se sia stato ritualmente avvisato o meno. E, di conseguenza, dovrà scattare la sanzione della nullità a regime intermedio (art. 178 comma 1 lett. c c.p.p.) anche quando il difensore, sebbene correttamente avvisato, non sia presente per le più svariate ragioni e l'indagato non manifesti chiaramente la volontà di compiere l'atto privo di assistenza tecnica<sup>34</sup>.

Pur consci del rischio che simile visione appaia eccessivamente diffidente nei confronti di un istituto il quale, comunque, è spesso al centro dell'attività investigativa – e, poi, in qualche modo, del giudizio – occorre approfittare dei concetti esposti dalla direttiva per saggiarne, con franchezza, la natura e l'impatto sulla difesa dell'imputato, anche (se non soprattutto) alla luce dello statuto domestico, e non solo europeo, dei suoi diritti.

---

<sup>34</sup> Molto più ambigue le decisioni della Cassazione. Si è già esaminata Cass., 2 dicembre 2005, Murinu, cit. (*supra*, nota 20), ma altre massime in materia non restituiscono un quadro diverso: «In sede di interrogatorio dinanzi al P.M., l'assenza del difensore, ritualmente e tempestivamente avvisato, non ne determina di per sé la nullità per difetto di assistenza all'indagato, essendo tale sanzione espressamente comminata con riferimento alle ipotesi in cui la presenza del difensore è obbligatoria (fattispecie nella quale il p.m. ha respinto l'istanza di differimento dell'interrogatorio ad altra data avanzata dal difensore di fiducia, procedendovi in assenza di quest'ultimo, senza nominare in sostituzione un difensore d'ufficio)» (Cass., 3 luglio 2014, Acquavite, cit.). In questo caso, nella migliore delle ipotesi, la massima risulta imprecisa (il provvedimento per esteso risulta oscurato): nessun accenno è dedicato infatti ad un elemento costitutivo della fattispecie processuale della nullità, ossia il fatto che l'indagato avesse mantenuto ferma o meno la richiesta dell'assistenza del difensore durante l'atto; sembra, nel caso concreto, che l'istanza di rinvio avanzata dal difensore deponesse per la volontà difensiva di svolgere l'interrogatorio in una modalità partecipata. Probabilmente, rigettata la richiesta di rinvio, il pubblico ministero avrebbe dovuto rinunciare all'atto e non svolgerlo comunque. Si noti che in questo segmento temporale, all'indagato non viene rinnovato alcun avviso in merito all'assistenza difensiva: egli, pertanto, potrebbe comprensibilmente trascurare questo suo diritto. La situazione – tipicamente da “*interrogation room*”, per dirla con la Corte Suprema americana, ossia descrittiva di quella porzione di realtà processuale che non entra nei fascicoli – è quella per cui l'indagato, scoprendo nella stanza dell'accusatore che il suo difensore non comparirà, venga avvertito della sola facoltà di tacere; ma subito dopo, tuttavia, gli viene rivolta una domanda specifica alla quale potrebbe ritenere di dover rispondere comunque, forse perché si era preparato a far fronte a quell'interrogatorio con il suo difensore, momentaneamente assente. Lo stesso dovere di presentarsi, stabilito dall'art. 375 comma 2 lett. d c.p.p., potrebbe indurre in errore il laico: perché doversi presentare, se si può non parlare? Non è assurdo pensare, insomma, che in certi casi sia possibile trovarsi di fronte a diritti astrattamente riconosciuti ma, nel concreto, scientemente elusi.

Un'altra disposizione evidenzia, ad esempio, l'anomalia e l'ambiguità propria dell'interrogatorio. Nell'art. 364 comma 7 c.p.p. è espressamente vietato «a coloro che partecipano agli atti di fare segni di approvazione o disapprovazione». Disposizione, questa, comprensibile per l'ispezione o l'individuazione attiva, che mirano alla constatazione di alcunché di materiale, all'individuazione passiva, in cui l'indagato è un semplice oggetto del riconoscimento, al confronto, persino, nel contesto del quale è il libero scontro dialettico tra due persone a fornire elementi utili. Ma davvero non pare si possa dire la stessa cosa per l'interrogatorio.

Una volta che il difensore venga fatto intervenire, perché mai la sua assistenza non potrebbe spingersi a consigliare, di volta in volta, al proprio assistito, se rispondere o meno alla singola domanda, ad intervenire per chiarire la vera essenza della richiesta dell'accusatore o per svelarne possibili "tranelli dialettici"? Non sta proprio qui l'essenza dell'attività difensiva? E non è nel confronto diretto con il pubblico ministero in assenza del giudice (che non è mai ad armi pari senza un difensore munito del diritto di parola) che la difesa si deve esprimere al massimo del vigore? Il potere del difensore di formulare «richieste, osservazioni e riserve», previsto dallo stesso art. 364 comma 7 c.p.p., è nella migliore delle ipotesi apparente, posto che non riesce ad inserirsi nello scambio dialettico tra indagato e accusatore<sup>35</sup>.

Le postille, le precisazioni, le osservazioni e persino le contestazioni di cui il verbale renda conto non saranno mai così potenti da intaccare il contenuto delle dichiarazioni rese dall'indagato, soprattutto se dovessero essere fruibili nel giudizio. Proprio questa norma, allora, rivela le reali intenzioni dell'atto: un modo per reperire il sapere dell'indagato in prospettiva accusatoria, non disdegnando di ottenerlo attraverso gli ostacoli posti all'esercizio della difesa tecnica nel suo svolgimento. Ciò, sia detto per inciso, potrebbe minare persino l'attendibilità delle dichiarazioni poiché immediate precisazioni del difensore – ove realmente interloquisse – avrebbero, talvolta, l'effetto di avvicinare alla realtà dei fatti quelle affermazioni il cui contenuto potrebbe essere troppo condizionato dal tenore capzioso della domanda. Non si tratta, del resto, di un

---

<sup>35</sup> Lo ricorda O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 79, nota 224, il quale richiama l'immagine della «scena muta» del difensore elaborata da F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 300, e P. FERRUA, *Imputato e difensore nel nuovo processo penale*, in ID., *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990, p. 45, per evidenziare come tali prerogative nulla abbiano a che spartire con l'esercizio effettivo della difesa nel contesto dell'interrogatorio.

aspetto di poco conto, dal momento che esiste un'alta probabilità che quelle dichiarazioni, una volta rese, vengano acquisite al dibattimento per effetto degli artt. 513 comma 1 o 503 comma 5 c.p.p.

Tutti gli aspetti dell'atto qui criticamente evidenziati fanno considerare con perplessità la sicurezza con cui il Governo, nella relazione introduttiva al decreto, afferma come l'ordinamento italiano sia perfettamente in linea con la direttiva europea nel garantire «agli interessati di esercitare i propri diritti di difesa in modo concreto ed effettivo» (art. 3 § 1 della direttiva 2013/48/UE). Proprio l'interrogatorio del pubblico ministero, invece, manifesta come siano non la presenza e la partecipazione del difensore a far difetto, ma l'effettività di entrambe, tanto che si potrebbe ipotizzare un conflitto della normativa italiana con l'atto europeo nella parte in cui statuisce che «gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore quando sono interrogati. Tale partecipazione avviene secondo le procedure previste dal diritto nazionale, a condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'assenza del diritto in questione» (art. 3 § 3 lett. *b* della direttiva 2013/48/UE).

E tuttavia, proprio in ragione di simili rilievi, la medesima critica destinata alla normativa italiana, volendo scendere alle radici del problema, può ben essere rivolta anche al legislatore europeo: perché, infatti, affannarsi a pretendere dagli Stati membri la garanzia «che indagati e imputati abbiano il diritto alla presenza o alla partecipazione effettiva del loro difensore in occasione di interrogatori da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria, comprese le udienze davanti al giudice»<sup>36</sup>, quando questo obiettivo può essere agevolmente raggiunto imponendo la presenza del difensore durante simili atti? Perché caldeggiare la presenza in ogni modo possibile, come se non si potesse semplicemente imporla, sul modello italiano dell'interrogatorio di garanzia e delle dichiarazioni acquisite dalla polizia giudiziaria nelle forme dell'interrogatorio delegato o delle sommarie informazioni? L'unica idea che possa giustificare legittimamente questa soluzione è quella per cui nel confronto a due tra pubblico ministero e indagato debba prevalere un particolare diritto di quest'ultimo, riconducibile all'autodifesa. Esso, però, in tale minuta specificazione, pur fungendo da alibi concettuale dell'assetto d'oggi, non sta

---

<sup>36</sup> Cfr. *considerando* n. 25 direttiva 2013/48/UE.

nelle norme: non nell'ordinamento europeo né in quello italiano, i quali non disciplinano e non menzionano simile diritto.

L'altra visione possibile è quella per cui gli ordinamenti non vogliono rinunciare alla possibilità che l'indagato possa fornire elementi utili all'accusa, a causa di *deficit* difensivi, pur nella consapevolezza che il diritto alla difesa tecnica, in questo momento particolare dell'indagine, dovrebbe essere massimamente garantito<sup>37</sup>. In buona sostanza, una soluzione di compromesso, in un contesto che invece dovrebbe essere strutturato in modo da favorire la tutela dell'indagato, poiché esso è e si deve mantenere libero dal dovere di collaborare alla costruzione dell'indagine e del conseguente impianto accusatorio.

Esaurito l'esame dell'interrogatorio del pubblico ministero, vanno considerate quelle situazioni in cui, per determinati segmenti dell'indagine, l'ordinamento frappone una insuperabile distanza tra l'indagato, pur dichiarante, e il suo difensore. Si tratta senz'altro delle dichiarazioni raccolte sul luogo e nell'immediatezza del fatto dalla polizia giudiziaria (art. 350 comma 7 c.p.p.), e del differimento del colloquio tra l'imputato in custodia cautelare e il suo difensore previsto dall'art. 104 commi 3 e 4 c.p.p.

Il primo istituto potrebbe non creare interferenze significative con il diritto europeo poiché la stessa direttiva chiarisce in un *considerando* (n. 20) come non rientrino tra gli interrogatori le domande preliminari fatte dalla polizia relative alla sicurezza, finalizzate a identificare l'indagato o per decidere se debbano essere avviate le indagini, o nel contesto di controlli casuali quando un indagato non sia stato ancora identificato. Certo, la fattispecie domestica è parzialmente diversa dalla situazione descritta dalla direttiva europea, ma tenuto conto dei radicali meccanismi interni che proteggono l'indagato da questo tipo di dichiarazioni si può considerarne la disciplina non contrastante con le più ampie prerogative difensive: l'indagato può sempre decidere di non rispondere e, in caso contrario, soccorrono i divieti di verbalizzazione e d'uso di quanto detto.

---

<sup>37</sup> Non è un caso che L. LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2006, p. 137, annoveri le norme sulla difesa tecnica tra quelle «a protezione del diritto a “non confessarsi colpevole”» e «a salvaguardia della libera autodecisione del soggetto» (p. 132).

#### 4. *Il differimento del colloquio con l'indagato in stato di arresto o fermo.*

Un diverso tipo di riflessioni, invece, va dedicato all'istituto del differimento del colloquio tra difensore e imputato *in vinculis*. Esso pare, in qualche modo, stridere con l'assetto europeo del diritto all'assistenza del professionista legale. La direttiva 2013/48/UE all'art. 3 § 3 lett. *a* prevede che l'indagato abbia diritto di comunicare con il difensore anche prima dell'interrogatorio. Si tratta di una garanzia presente e rafforzata, nell'ordinamento italiano, dall'art. 104 comma 2 c.p.p., secondo cui anche le persone arrestate o fermate possono conferire con il difensore subito dopo l'arresto o il fermo. Secondo la medesima norma, però, è possibile differire tale colloquio, di modo che l'indagato non veda il suo difensore prima dell'interrogatorio. E nel caso di arresto o fermo, finché la persona non sia messa a disposizione del giudice, il differimento è disposto dal pubblico ministero (art. 104 commi 3 e 4 c.p.p.).

Tale congegno normativo, nondimeno, rappresenta uno strumento ambiguo: da cautela contro possibili comunicazioni tra difensore e indagato a detrimento delle future indagini, si può trasformare in un mezzo utile ad evitare un colloquio a funzione esclusivamente difensiva, in quanto precedente rispetto all'interrogatorio del pubblico ministero: resta, infatti, intatto il potere di costui di interrogare il fermato o l'arrestato prima che questi abbia potuto parlare riservatamente con il difensore<sup>38</sup>.

Anche la direttiva dell'Unione prevede un meccanismo analogo. Tuttavia, essa si dimostra opportunamente più cauta: le «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela», che legittimano il differimento dell'incontro tra indagato e difensore nell'ordinamento italiano, rappresentano una condizione troppo vaga perché si possano considerare soddisfatti i «motivi imperativi» che giustificano la posticipazione per la direttiva europea: la «necessità impellente di evitare gravi conseguenze per la vi-

---

<sup>38</sup> Critico rispetto a simili rischi, sebbene in riferimento alla versione dell'art. 104 c.p.p. precedente rispetto alla riforma introdotta dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, R.E. KOSTORIS, *L'isolamento del detenuto in custodia cautelare tra sistema penitenziario e nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1416. Dopo la riforma, segnala il persistere di questo pericolo G. CASARTELLI, *L'autodifesa dell'indagato*, in E. AMODIO (a cura di), *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Giuffrè, 1996, p. 92.

ta, la libertà e l'integrità fisica di una persona» e «la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale» (direttiva 2013/48/UE, art. 3 § 6 lett. *a* e *b*). Inoltre, la direttiva impone che le decisioni di deroga ai diritti dell'indagato, ove consentite, siano assunte con provvedimento motivato, «adottate caso per caso da un'autorità giudiziaria o da un'altra autorità competente a condizione che la decisione possa essere sottoposta a controllo giurisdizionale» (direttiva 2013/48/UE, art. 3 § 6 lett. *a* e *b*)<sup>39</sup>. Sebbene la relazione illustrativa al decreto legislativo incaricato di attuare la direttiva ignori del tutto la questione, è innegabile il difetto serio dell'assetto domestico di fronte alle pretese europee, di certo più adeguate all'obiettivo di garantire all'indagato un'assistenza difensiva costante. Il differimento, infatti, è giustificato da «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» che però l'ordinamento europeo racchiude tassativamente nella salvaguardia di beni fondamentali (come la libertà, la vita e l'integrità fisica di una persona) o nell'esigenza di garantire il buon esito dell'indagine che si possa salvaguardare con un «intervento immediato» da parte dell'autorità, ciò che sembrerebbe coincidere con la necessità di compiere un atto di indagine urgente, senza che si debba metterne in pericolo il buon risultato, rischiando il dissolvimento dell'effetto sorpresa.

Inoltre, e questo pare un attrito insuperabile con il mezzo interpretativo, la direttiva impone sempre un sindacato del giudice, anche postumo, sulla decisione di differimento di una diversa autorità; ma nel sistema italiano tale potere è nelle mani del pubblico ministero fino alla richiesta di convalida e non è altrimenti sindacabile. Nonostante il tempo del differimento sia complessivamente breve (quarantotto ore se disposto dal pubblico ministero, cinque giorni ove disposto dal giudice, su richiesta del primo) esso sfugge per poche, decisive, ore al controllo dell'autorità giurisdizionale e, in effetti, stona che un potere assai incisi-

---

<sup>39</sup> Diversa, e discutibile, la soluzione adottata dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, la quale, all'art. 1 comma 25, restringe il potere di differimento del colloquio, sia del giudice che del pubblico ministero, ai soli procedimenti riguardanti i delitti di cui agli art. 51 comma 3-bis e 3-quater c.p.p. La novità, approvata nonostante la presentazione di molto più apprezzabili emendamenti interamente soppressivi dell'art. 104 commi 3 e 4 c.p.p., non può che essere vista positivamente, poiché restringe le ipotesi di congelamento della difesa tecnica, ma introduce al contempo una disparità difficilmente giustificabile. Infatti, è arduo sostenere che i diritti difensivi debbano essere ridimensionati, in un momento di forte vulnerabilità dell'indagato, a fronte della gravità del reato per cui si procede.

vo sulle prerogative difensive sia concentrato nella figura dell'inquirente-accusatore, in momenti decisivi e in cui l'indagato, *in vinculis*, è particolarmente fragile.

### 5. *Gli atti di indagine estranei alle dichiarazioni dell'indagato.*

Il problema della partecipazione del difensore agli altri atti di indagine tocca meno intensamente il cuore del diritto di difesa, poiché si tratta di atti che non prevedono dichiarazioni provenienti dall'imputato o altre sue attività. E, tuttavia, anche qui la direttiva europea apre spazi di riflessione, soprattutto quando richiede che gli Stati riconoscano il diritto alla presenza del difensore nelle «ricostruzioni della scena di un crimine» (art. 3 § 3 lett. c punto iii). La stessa direttiva circoscrive meglio quest'ultima locuzione quando specifica come si tratti di ricostruzioni della dinamica delittuosa svolte alla presenza dell'indagato al fine di rivolgergli domande sul punto e comprendere le modalità dei fatti (*considerando* n. 26).

L'accostamento di simile strumento dimostrativo all'esperimento giudiziale<sup>40</sup>, certamente coglie nel segno, ma probabilmente potrebbe rappresentare un'interpretazione riduttiva ove rigidamente circoscritta. «Ricostruzione», infatti, è un termine in grado di abbracciare, sembra, attività ulteriori rispetto al solo strumento disciplinato all'art. 218 c.p.p. e riservato al dibattimento o all'incidente probatorio. In questo caso, il contraddittorio che regola simili contesti processuali impone di certo la presenza, o meglio, la partecipazione del difensore. Ma non è detto, tuttavia, che la direttiva esoneri il legislatore dal prevedere forme di partecipazione del difensore anche quando vengano posti in essere atti d'indagine che prevedano attività assimilabili alla ricostruzione, non tanto del luogo del delitto, quanto della sua dinamica.

Nella fase preliminare, simili attività potranno essere ricondotte all'ispezione di luoghi, che prevede le modalità partecipative descritte dall'art. 364 c.p.p., ossia diritto del difensore di assistere previo avviso, quando l'atto non sia urgente, o al sopralluogo. Con tale locuzione, co-

---

<sup>40</sup> Accostamento pacifico secondo F.A. BUBULA, *La direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 novembre 2013, p. 4.

me è noto, non ci si riferisce ad un preciso strumento processuale, bensì ad una serie di attività che devono essere singolarmente ricondotte, di volta in volta, ad atti d'indagine tipici o atipici<sup>41</sup>. Tra questi assumono un ruolo predominante gli accertamenti e i rilievi della polizia giudiziaria, disciplinati dall'art. 354 c.p.p.<sup>42</sup>, i quali pure prevedono spazi per la partecipazione del difensore all'atto, ma senza diritto di preavviso (art. 356 c.p.p.)<sup>43</sup>, sebbene la persona indagata presente debba essere avvertita, senza formalità, che ha la facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia (art. 114 disp. att. c.p.p.). In realtà, la disciplina non garantisce affatto che gli indagati possano esercitare il diritto alla presenza del proprio difensore, come la direttiva proprio in questi casi vorrebbe, poiché essa si limita a rendere la partecipazione difensiva all'atto un'evenienza solo possibile. Qui, infatti, non c'è alcun dovere per la polizia giudiziaria di attendere l'intervento del difensore, né di nominarne uno d'ufficio nel caso in cui l'indagato non abbia un legale di fiducia o questi, pur nominato, non sia prontamente disponibile<sup>44</sup>. La garanzia do-

---

<sup>41</sup> Rimarca simile caratteristica del sopralluogo, proprio riconducendolo all'«analisi della scena del crimine», A. CHELO, *Le prime indagini sulla scena del crimine*, Cedam, 2014, p. 7. In maniera più radicale, S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 262, ritiene la stessa locuzione «sopralluogo» antica ed imprecisa, preferendo ad essa il sintagma «esame della scena del crimine [...] nel quale è possibile ricomprendere non soltanto le classiche operazioni “a caldo”, nell'immediatezza della commissione del fatto, ma anche i successivi, e tutt'altro che infrequenti, accessi al luogo in cui la condotta criminosa si è concretizzata, nonché le molteplici analisi che interessano il materiale cognitivo individuato e repertato sulla scena del crimine». Più di recente, anche D. CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, in D. CURTOTTI-L. SARAVO (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, Giappichelli, 2013, p. 40, preferisce la locuzione «esame della scena del crimine» che compendia quelle attività «finalizzate ad isolare, descrivere ed analizzare lo scenario, nonché ricercare, esaminare e repertare le tracce ivi rinvenute» (p. 41). Considera il sopralluogo, invece, un autonomo atto di indagine atipico F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili. Tra prassi devianti e recupero della legalità*, Utet, 2009, p. 47.

<sup>42</sup> S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 266, parla dell'art. 354 c.p.p. come di un «“contenitore” che accoglie un ampio catalogo di attività, riconducibili all'ambito delle investigazioni scientifiche».

<sup>43</sup> In realtà, come rileva bene A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015 (6), p. 166, la tutela del contraddittorio qui non esiste: «il difensore ha diritto d'assistere ma non ha diritto al preavviso, cosicché non assiste mai». Analogamente, D. CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, cit., p. 102-103.

<sup>44</sup> Si vedano quali esempi, rispettivamente, del primo e del secondo assunto Cass., 6

mestica, piuttosto, è postuma rispetto all'atto: come prevede l'art. 366 c.p.p., il difensore che abbia diritto di assistere ad un atto di indagine può ottenere copia dei relativi verbali entro tre giorni dal compimento delle attività, potendo dunque godere di una sorta di *discovery* anticipata. Si tratta di una scelta legislativa, invero, non del tutto criticabile, poiché è evidentemente funzionale a tutelare la rapidità e l'efficienza dell'indagine<sup>45</sup>.

Se l'attenzione per la salvaguardia delle prerogative difensive è stata particolarmente insistente quando si trattava di saggiarne la tenuta nei contesti investigativi volti a trarre elementi d'accusa dalle parole dell'indagato, è naturale che essa vada temperata quando l'inquirente debba ottenere informazioni utili da oggetti esterni rilevanti per l'indagine. In altri termini, il diritto, costituzionale e convenzionale, alla difesa non implica necessariamente che il difensore debba partecipare ad ogni atto di indagine che non sia occulto<sup>46</sup>; probabilmente, la stessa direttiva quando si riferisce alla «ricostruzione della scena del crimine» pretende garanzie partecipative poiché, come espresso nel *considerando* n. 26 prima ricordato, presuppone la partecipazione di un indagato cui possono essere fatte domande sulle modalità di svolgimento del fatto.

Tuttavia, la disciplina degli atti d'indagine che possono essere annoverati tra quelli che contribuiscono a «ricostruire la scena del crimine» potrebbe sollevare, anche a prescindere dalla direttiva, svariate perplessità in merito all'assetto generale: ciò accade in ragione della irripetibilità che spesso caratterizza simili operazioni, e del diverso regime di cui godono atti molto simili, quando gravitano nella sfera di attribuzione del pubblico ministero. Il trattamento normativo di simili ipotesi, tutte analoghe nella sostanza dell'atto, risulta riccamente modulato: i rilievi e gli accertamenti descritti dall'art. 354 c.p.p. prevedono la partecipazione del difensore fiduciario senza previo avviso; non così quando essi

---

dicembre 2013, Zanutto, in *C.e.d.*, n. 258614, e Cass., 19 gennaio 2015, Perfetto, in *C.e.d.*, n. 263775, che esprimono orientamenti monolitici.

<sup>45</sup> In questi termini, D. CURTOTTI, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, cit., p. 102.

<sup>46</sup> In generale, sulla sostanza dei limiti del diritto di difesa nella fase delle indagini preliminari, M. NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 66 s. Osserva M. CERESA-GASTALDO, *La ricognizione personale «attiva» all'esame della Corte costituzionale: facoltà di astensione o incompatibilità del coimputato?*, cit., p. 267 s. come il diritto di difesa, nell'escludere il dovere dell'indagato a collaborare, e la tutela dei diritti individuali di quest'ultimo non si possono estendere sempre fino al risultato di impedire l'«esecuzione coattiva di qualsiasi accertamento».

vengano delegati dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria, caso in cui la presenza del difensore non viene affatto contemplata pure ove le attività siano irripetibili e siano quindi destinate ad essere incluse nel fascicolo dibattimentale<sup>47</sup>; quando invece tali accertamenti siano irripetibili, e vadano svolti con l'ausilio di competenze tecniche specifiche, vengono affidati esclusivamente al magistrato e sono assistiti dalla garanzia che il difensore possa parteciparvi, secondo l'art. 360 c.p.p.

A determinare modalità di intervento della difesa ingiustamente differenziate è la distinzione tra i rilievi e gli accertamenti della polizia giudiziaria e quelli a questa delegati dal pubblico ministero.

Il problema, in effetti, sorge perché la partecipazione difensiva è destinata ad essere diversamente modulata in relazione al soggetto che compie l'atto e alla sua ripetibilità: quando l'accertamento (ove ripetibile) o il rilievo sia compiuto su iniziativa della polizia giudiziaria, il difensore può sempre far presenza, sebbene non avvisato secondo la disciplina dell'art. 356 c.p.p.; analogamente quando il pubblico ministero disponga accertamenti tecnici non ripetibili, la difesa è chiamata a parteciparvi con le modalità dell'art. 360 c.p.p. Ma quando il pubblico ministero deleghi il compimento di accertamenti ripetibili o rilievi (che si possano replicare o meno)<sup>48</sup>, nessuna partecipazione è prevista e l'unica garanzia difensiva risiede nella *discovery* relativa al singolo atto e anticipata rispetto alla fine dell'indagine, che l'art. 366 c.p.p. impone<sup>49</sup>. Certamente non si tratta di una disparità giustificabile, siccome non si vede come la delega del pubblico ministero aggiunga affidabilità all'atto, tanto da rendere superflua la partecipazione difensiva in altre occasioni prevista.

---

<sup>47</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, 1999, p. 95 s.

<sup>48</sup> La situazione, in effetti, può risultare ulteriormente aggravata dall'ambiguità concettuale da cui sono avvolte le categorie dei rilievi e degli accertamenti. Accenna al tema, in prospettiva critica S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 266, il quale depreca le ripercussioni negative di tale «obsoleta» distinzione sull'assetto delle garanzie difensive nella fase preliminare.

<sup>49</sup> Solleva il problema S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, cit., p. 270, il quale poggia la sua analisi su Cass., 9 febbraio 1990, Duraccio, in *C.e.d.*, n. 183647, risalente, sì, ma mai successivamente smentita. L'Autore coglie nel segno quando contesta il ragionamento della Corte di cassazione che fa della qualifica di chi compie l'atto un fattore dirimente, e rileva all'opposto come la differente tutela delle prerogative difensive in relazione al medesimo atto, dal punto di vista sia materiale che giuridico, non possa essere giustificata dalla diversità del soggetto che lo pone in essere (polizia giudiziaria o pubblico ministero).

Si consideri, inoltre, come l'ipotesi dell'accertamento delegato dal pubblico ministero alla polizia giudiziaria si debba considerare l'ipotesi più frequente, poiché fisiologica, alla luce del dato normativo: l'art. 354 comma 2 c.p.p., infatti esordisce permettendo agli ufficiali di polizia giudiziaria gli accertamenti ed i rilievi, quand'anche non ripetibili, «se il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini». Ed infine, è ancor più facile ora rilevare l'inadeguatezza della disciplina, poiché proprio la direttiva 2013/48/UE riconosce al difensore il diritto a fare presenza a tutte quelle operazioni con cui venga "ricostruita la scena del crimine" – a cui, come si è detto, si pensa di poter ricondurre anche gli accertamenti ed i rilievi – senza introdurre ulteriori distinzioni.

## 6. *Il nodo della prova informatica.*

Una riflessione a parte merita il caso della prova informatica perché in questa circostanza sembrano annidarsi pericolose estromissioni delle garanzie difensive in un contesto che pure potrebbe legittimamente essere accostato alla «ricostruzione della scena del crimine», intesa come esame di un contesto gravido di tracce utili alla comprensione della dinamica delittuosa.

Qui le qualificazioni, tecniche e giuridiche, fluttuano, determinando una nefasta incertezza circa la sostanza dell'atto e la sua ripetibilità, con ripercussioni non trascurabili sulle garanzie difensive che lo assistono.

L'operazione più problematica è quella attraverso la quale si estrae la prima copia dei dati dal dispositivo digitale. Essa può essere riprodotta infinite volte e ciò determina, probabilmente, la radicale dissoluzione dell'irripetibilità degli atti che si debbano compiere sui dati acquisiti: quand'anche si realizzassero singole operazioni non più riproducibili su una copia dei dati, potrebbero sempre essere replicate sul loro clone digitale: si tratta di un atto in sé irripetibile perché distruttivo, ma sempre ripetibile in quanto il suo oggetto è passibile di infinite duplicazioni<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup>In questi termini, S. FASOLIN, *La copia di dati informatici nel quadro delle categorie processuali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 374, la quale scende nei dettagli tecnici delle singole operazioni digitali al fine di inquadrare l'atto di indagine giuridicamente adatto. Sulle nozioni di ripetibilità e irripetibilità legate al tipo di operazione compiuta o alla deperibilità dell'oggetto, ampiamente, C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti*

Il punto cruciale sta nell'atto con cui si crea la prima copia, dalla quale verranno creati i vari cloni. Il dibattito scientifico non è estraneo a comprensibili incertezze, poiché la procedura di copia, per quanto accurata e rispettosa dei protocolli tecnici, rischia di disperdere una parte, anche minima, del contenuto del dispositivo da replicare e quella porzione di dati potrebbe essere rilevante per la prova nel processo<sup>51</sup>.

La partecipazione difensiva a tali atti, quindi, è variamente modulata in conseguenza delle molte qualificazioni giuridiche da abbinare all'atto, e poiché esso rischia di essere spesso irripetibile è opportuno riflettere approfonditamente su tali disparità. La creazione della prima copia-clone dei dati informatici può collocarsi nel contesto di un rilievo, un accertamento, una ispezione, una perquisizione o un sequestro informatico. Tra questi atti, la perquisizione e il sequestro sono da considerare sempre irripetibili per loro natura<sup>52</sup>, ma non si può dire la stessa cosa per rilievi, accertamenti o ispezioni, i quali possono essere ripetibili o meno in base alle circostanze del caso concreto<sup>53</sup>.

Sebbene non siano mancati i tentativi di rintracciare la diversa sostanza di tutti questi strumenti di indagine, quando abbiano ad oggetto la materia digitale, occorre riconoscere la precarietà di tali costruzioni, dovuta esclusivamente a prescrizioni legislative connotate da grave ambiguità<sup>54</sup>. Anche puntando sulla natura proprio dei singoli atti di indagine che si possono usare per apprendere il dato informatico, si finisce sempre per arrendersi alla medesima conclusione: ognuno di essi pre-

---

*di indagine*, cit., p. 48 s. e 86 s. Si veda anche F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., p. 35.

<sup>51</sup> Questo aspetto è messo bene in luce da M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 296, secondo il quale «le procedure di copia delle prove digitali, anche quando non riguardano dati in procinto di modificarsi [...] potrebbero risultare tali da mutare irreversibilmente l'oggetto su cui cadono».

<sup>52</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 87 s.

<sup>53</sup> C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., p. 95 s.

<sup>54</sup> P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, II ed., Giuffrè, 2012, p. 123 e 237 avverte che l'ispezione e la perquisizione informatica vanno studiate con riferimento a due piani separati: quello giuridico e quello tecnico. In ogni caso l'Autrice (p. 239) ipotizza «una progressione dall'ispezione alla perquisizione come attività che preludono al sequestro dell'*hard disk*», essendo ben chiaro che si tratta dell'estrema parcellizzazione di un unico atto. Evidenzia come l'attività di copia accomuni tutte le possibili indagini sul dato informatico E. LORENZETTO, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1528-1529.

suppone la creazione di una copia-clone dell'ambiente informatico in cui è inserito il *file* rilevante, il quale va, per ciò stesso, acquisito "fisicamente" al procedimento, ed in tale operazione l'atto si esaurisce. Va considerata dunque l'ipotesi che ognuno di questi strumenti normativi comporti lo svolgimento delle medesime attività materiali, di un'unica possibile operazione tecnica, essendo poi la sua qualificazione rimessa all'arbitrio interpretativo dell'operatore, prima, del giudice poi, della Corte di cassazione in ultima istanza.

Pensando alle prerogative della difesa, si deve evidenziare, da un lato, che questa congerie di soluzioni mal si adatta a strumenti di indagine che restituiscono dati tanto fragili quanto decisivi nell'eventuale futuro giudizio; dall'altro, che la varietà delle possibili attribuzioni giuridiche dell'atto non si giustifica a fronte di un'unica operazione tecnica che, a causa di una pigra scelta legislativa<sup>55</sup>, si lascia attrarre da molteplici fattispecie processuali<sup>56</sup>. Di conseguenza, è davvero arduo spiegare con criterio il motivo per cui debba essere diversamente modulata, di volta in volta, la partecipazione difensiva ad un'attività che resta sempre identica a sé stessa.

Quando l'acquisizione del dato informatico parta da una perquisizione e segua un sequestro, il difensore avrà diritto ad assistere senza preavviso e verrà invece avvisato, salvo il caso dell'urgenza, se si opererà per lo strumento dell'ispezione.

Se si concepisce come un rilievo<sup>57</sup>, che sia ripetibile o meno<sup>58</sup>, la formazione della prima copia digitale del materiale informatico da ac-

---

<sup>55</sup> La pigritia sta nel non aver voluto creare un nuovo e dettagliato strumento d'indagine dedicato al dato digitale, emancipato da quelli esistenti a causa della particolarità del suo oggetto. L. LUPÁRIA, *La disciplina processuale e la garanzie difensive*, in L. LUPÁRIA-G. ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Giuffrè, 2007, p. 176, avverte che perquisizione e ispezione «poco si prestano a ricomprendere al proprio interno le attività di apprensione dei dati digitali, anche se di ciò non sembra convinto il legislatore». Analogamente, E. LORENZETTO, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su computer in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, cit., p. 1522-1523.

<sup>56</sup> S. FASOLIN, *La copia di dati informatici nel quadro delle categorie processuali*, cit., p. 372 s.

<sup>57</sup> In questo senso S. FASOLIN, *La copia di dati informatici nel quadro delle categorie processuali*, cit., p. 375 s. insieme alla giurisprudenza: da ultimo, Cass., 19 febbraio 2015, Apicella, in *C.e.d.*, n. 263797.

<sup>58</sup> Quando non lo sia, ovviamente, travalicherà le barriere che proteggono il dibattimento dagli atti dell'indagine, costituendo materiale utile per la decisione sull'imputazione.

quisire è destinata a rappresentare un atto privo della partecipazione difensiva, salvo che – come già detto – esso non sia disposto su iniziativa della polizia giudiziaria e il legale dell'indagato non riesca a presenziare, pur senza aver ricevuto alcun avviso, secondo l'art. 356 c.p.p. Le stesse osservazioni varrebbero poi se si collocasse l'elaborazione della copia-clone nell'alveo degli accertamenti ripetibili.

Qualora, invece, si vedesse in tale atto un accertamento irripetibile<sup>59</sup>, sarebbe inevitabile escludere l'intervento del personale specializzato della polizia e chiamare in causa il pubblico ministero e il suo consulente con le garanzie della procedura prevista dall'art. 360 c.p.p.<sup>60</sup>, poiché tali operazioni richiedono, indiscutibilmente, competenze di tipo specialistico, sebbene l'urgenza spesso richiesta in tali frangenti renda oggettivamente poco adeguata tale disciplina<sup>61</sup>.

L'assetto è decisamente confuso e poco funzionale: sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse adottato una decisione chiara sull'intervento del difensore nelle procedure di apprensione del dato informatico, nella considerazione, tra l'altro, di quanto una raccolta non partecipata di questo tipo di informazioni possa dare adito, nel dibattito, alla manifestazione di perplessità ben fondate, tecnicamente e giuridicamente, sulla sua affidabilità, le quali, molto spesso, non si possono dissipare *ex post* per insuperabili ragioni obiettive: in quel momento, infatti, si è già consumata la fase in cui è possibile osservare e dominare la creazione della prima copia-clone<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Così, se non si prende un abbaglio, M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., p. 296.

<sup>60</sup> Garanzie corpose, se paragonate alla sostanziale assenza di partecipazione negli altri casi, e tuttavia del tutto inadeguate in un sistema che da un lato, contempla il contraddittorio nella formazione della prova come regola derogabile solo sulla base di eccezioni tassative, e dall'altro prevede lo strumento dell'incidente probatorio che realizza l'ossequio a tale regola ma che, nel caso dell'accertamento tecnico, il pubblico ministero può arbitrariamente escludere a vantaggio di un atto dominato dai suoi esperti. Sul punto, senza mezzi termini, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, CLUEB, 1989, p. 240-242: «una scelta legislativa ingiustificata», se non con il seguente rilievo: «in realtà il codice del 1988 troppo spesso preferisce i poteri del pubblico ministero alle garanzie di un giudice».

<sup>61</sup> Così M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, cit., p. 296, mentre segnala i rischi dell'«abuso del contraddittorio tecnico».

<sup>62</sup> La cautela imposta in molte circostanze dalla legge, ossia quella di fare di tutto per preservare i dati originali, è spesso vacua, sia perché talvolta è impossibile «congelare» il contesto informatico in cui è collocata l'informazione rilevante (si pensi all'apprensione

Un risultato apprezzabile, nell'ottica della affidabilità dimostrativa della prova e dei diritti dell'imputato a partecipare a segmenti particolarmente critici e scivolosi dell'indagine si sarebbe raggiunto se, anziché arricchire le norme su perquisizioni, ispezioni e accertamenti urgenti, il legislatore avesse approfittato della legge 18 marzo 2008, n. 48 per creare un nuovo atto di indagine interamente dedicato all'acquisizione della prova informatica, che tenesse conto delle sue particolarità tecniche e che contemplasse la presenza del difensore preventivamente avvisato. In tal modo, la cristallizzazione di un elemento conoscitivo estremamente labile avrebbe potuto rappresentare un approdo saldo dell'attività istruttoria anche per l'eventuale futuro giudizio. E, quando le circostanze avessero richiesto un intervento urgente, si sarebbero potute creare regole adatte al caso, in cui la compressione dei diritti partecipativi della difesa avrebbe potuto essere compensata dalla documentazione audio-video integrale delle operazioni svolte<sup>63</sup>. Si sarebbe dimostrata adeguata alle istanze difensive in tale particolare situazione l'assegnazione di un termine, interno alla fase delle indagini, entro il quale l'imputato, attraverso i professionisti legali e i consulenti, eventualmente incaricati, avrebbe potuto esaminare il procedimento tecnico seguito e formulare rilievi in grado di migliorare, ove possibile, i risultati originariamente ottenuti.

## 7. Qualche riflessione conclusiva.

Il discorso sulla difesa nelle indagini preliminari sembra destinato ad essere pervaso, come già anticipato, da una duplice tensione: quella ver-

---

di dati conservati con il sistema del *cloud storage*), sia perché spesso è la stessa operazione di copia a disperdere talune sequenze. Soprattutto, poi, i problemi aumentano se la creazione della copia dia poi luogo al dissequestro del dato, giustificato perché si dispone della sua replica. Sul tale prassi da ultimo Cass., 23 giugno 2015, Cellino, in *C.e.d.*, n. 265181, ma originariamente si espresse Cass., Sez. Un., 24 aprile 2008, Tchmil, in *C.e.d.*, n. 239397 annotata da S. CARNEVALE, *Copia e restituzione di documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse a impugnare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 469, la quale si sofferma sui profondi problemi giuridici determinati da questa consuetudine (p. 473-477).

<sup>63</sup> Secondo A. CAMON, *La prova genetica tra prassi investigative e regole processuali*, cit., p. 166, in riferimento al sopralluogo, «la registrazione dev'essere resa obbligatoria». La soluzione rappresenta una adeguata proposta anche per altri atti di indagine come quelli (in astratto, molti) che presuppongono la creazione di una copia-clone di supporti informatici o di dati conservati con tecniche di *cloud storage*.

so un'investigazione efficace e quella volta a offrire all'indagato la possibilità di esercitare diritti difensivi già in questa fase, tutt'altro che innocua per le sue posizioni giuridiche soggettive e per le sorti del futuro, eventuale giudizio.

Si tratta di un punto di equilibrio difficile da rintracciare, ma alcuni, pochi, punti fermi oggi si possono ravvisare, guardando allo spirito e alle linee d'azione della direttiva 2013/48/UE.

Anzitutto, ci sono momenti in cui i diritti difensivi devono uscire dall'ottica del bilanciamento con le esigenze investigative e imporsi quale canone irrinunciabile della disciplina di alcuni frangenti della fase preliminare. Si tratta dei casi in cui l'indagato è chiamato a riversare contributi conoscitivi propri nelle indagini, poiché qui l'esigenza di ottenere elementi utili all'indagine nell'ottica dell'accusa non è tutelata dall'ordinamento. In questi frangenti, se davvero tacere è un diritto inscritto nella più ampia facoltà di non collaborare con chi, eventualmente, costruirà l'accusa, è la garanzia difensiva a dover prevalere su tutto, e i supporti tecnici alla difesa devono conseguentemente essere assicurati al massimo della loro possibile espansione, dovendo essere escluso ogni compromesso di sorta.

Per queste ragioni, la normativa italiana e la stessa direttiva europea manifestano una pericolosa ambiguità sul punto. Nel frangente dell'interrogatorio assicurare all'indagato il diritto alla presenza del difensore risulta, se si va oltre alla forza delle semplici dichiarazioni, un espediente per indebolire un diritto che, proprio qui, dovrebbe dilatarsi al massimo. La direttiva (e la conseguente normativa di attuazione) avrebbe dovuto prevedere semplicemente l'obbligatorietà della presenza del difensore in tutti i momenti in cui l'indagato è chiamato a rendere dichiarazioni. In questo modo sarebbe stato di certo raggiunto l'obiettivo di garantire la difesa nei momenti in cui la soggezione della persona sottoposta alle indagini diventa davvero un fattore di possibile ed irreversibile pregiudizio per la sua intera vicenda processuale.

Agevolando in ogni modo il supporto tecnico, senza imporlo, nei momenti in cui l'indagato si trova faccia a faccia con il suo accusatore che, in assenza del giudice, gli chiede di riferire quanto è a sua conoscenza del fatto che gli viene addebitato, il legislatore (sia interno sia europeo) dimostra di non disdegnare i risultati conoscitivi che la persona indagata può fornire a suo carico, frutto di lacune difensive che quest'ultima può determinare con la malaccorta gestione del momento, di cui il pubblico ministero potrebbe fatalmente approfittare. Si tratta

delle situazioni descritte dalle massime sopra esaminate, che arrivano persino a gettare pericolosi dubbi interpretativi su quando si debba configurare la nullità che sanziona la compressione dei diritti difensivi, ove manchi il difensore all'atto dell'interrogatorio, ritenendo irrilevante la richiesta di assistenza difensiva dell'imputato<sup>64</sup>.

In altri termini, da scelte legislative perplesse non potranno che derivare soluzioni interpretative insoddisfacenti nell'ottica della garanzia della difesa.

Assunto, questo, che può rivelarsi utile a descrivere anche la seconda situazione in cui è doveroso rimodulare le prerogative difensive dell'indagato. Ossia quella in cui si affacciano mezzi investigativi originariamente sconosciuti al codice che necessitano di una disciplina specifica. L'acquisizione di elementi di prova digitali, per esempio, resta ancora oggi priva di una adeguata regolamentazione, che definisca i momenti ed il grado della partecipazione dell'indagato, sia nell'ottica di salvaguardare i suoi diritti difensivi sia in quella di assicurare la raccolta di elementi che possano costituire fondamento attendibile, in giudizio, per le valutazioni sul fatto descritto dall'imputazione.

E, percorrendo la medesima linea di ragionamento, si può anticipare come risulterà ancor più complesso assicurare una dimensione difensiva a quei mezzi di ricerca della prova nient'affatto disciplinati dal codice, che però iniziano a costituire strumenti irrinunciabili dell'investigazione: il *mirroring*, la perquisizione *on line*<sup>65</sup>, il *thermal scanner*, il *tracking* satellitare.

Su questi fronti, oggi, si attende un intervento adeguato dei legislatori, nazionale ed europeo, i quali, ad oggi, continuano a manifestare ancora poca capacità d'incidere concretamente sul necessario riassetto dei diritti difensivi dell'indagato.

---

<sup>64</sup>V. *supra*, nota 34.

<sup>65</sup>Del *trojan horse*, strumento informatico con cui tipicamente si dà corso alla perquisizione *on line*, si occupa Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Scurato, in *C.e.d.*, n. 266906, ma nella sola ottica della captazione di comunicazioni che rientra quindi nella disciplina delle intercettazioni. La medesima prospettiva è adottata dalla legge n. 103 del 2017, la quale, all'art. 1 comma 84, lett. e, n. 1-8, delega il Governo ad adottare norme che disciplinino l'uso del *trojan horse*, inteso esclusivamente quale strumento volto ad eseguire una intercettazione ambientale.

