



INSTITUTE FOR RESEARCH INTO EUROPEAN CRIMINAL LAW

**CENTRO STUDI DI DIRITTO PENALE EUROPEO**

CENTRE D'ÉTUDES DE DROIT PÉNAL EUROPÉEN

## **LE INDAGINI DIFENSIVE** **IN ITALIA E NELL'UNIONE EUROPEA**

Lievita, nell'Unione europea, dopo oltre quindici anni dal suo varo, il seme della legge 397/2000 sulle indagini difensive? Oppure, nelle variegata pratiche giudiziarie europee, si è smarrita – **o non è mai nata** – la ventata rivoluzionaria, se non addirittura iconoclasta, generata dall'impeto ideale dell'Unione Camere Penali, che hanno “osato” sollevare il difensore a rango di commensale dinamico, autorevole e imprescindibile, alla tavola della giustizia penale? Si è spenta - **o non si è mai veramente accesa** –, in Italia e nell'UE, l'ambiziosa visione del compito difensivo, espressione di un avvocato “nuovo”, deontologicamente virtuoso e portatore di una effettiva operatività sulla scena del processo?

Questi gli interrogativi affrontati a Milano, presso l'Aula Magna della Corte d'appello, il 23 settembre 2016, in un convegno organizzato dai Consigli dell'Ordine di Milano e di Dijon, dall'UAE (*Union des Avocats Européennes*) e dal Centro Studi di Diritto Penale Europeo.

Ha aperto i lavori l'Avv. Marina Troglia (dottoranda in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano), la quale ha inquadrato l'argomento delle indagini difensive, delineandone funzioni e specificità. Premessa la ineludibilità di consentire al difensore la ricerca delle fonti, acquisire le prove e presentarle al giudice, in un sistema processuale ispirato al modello accusatorio e caratterizzato dalla “parità delle parti”, la Relatrice ha toccato il delicatissimo tema dei differenti “obblighi” incombenti sul p.m. e sul difensore, e dei loro differenti poteri. Ha poi trattato l'argomento delle prove difensive “atipiche”, della loro tipologia e della loro ammissibilità, nonché la questione complessa delle indagini c.d. “preventive”. Circa la materia relativa alle modalità di documentazione degli atti di indagine difensiva, l'Avv. Troglia ha caldeggiato, tra l'altro, che venga sempre effettuata la registrazione fonografica delle informazioni assunte *ex art.391 bis c.p.p.*

Altro relatore è stato l'Avv. Giovanni Bana, avvocato del Foro di Milano, Presidente della Commissione di diritto penale europeo dell'UAE, il quale ha

---

trattato il tema delle singole attività difensive esperibili in Italia. In particolare, anch'egli ha sottolineato l'importanza di impiegare il massimo di attenzione deontica, seguendo scrupolosamente le indicazioni della normativa processuale, nonché le indicazioni del codice deontologico e le regole del penalista varate dall'UCPI.

Ha poi preso la parola il Dott. Lorenzo Salazar, attualmente Sostituto Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Napoli, che vanta un notevole trascorso nel mondo giudiziario penale in ambito UE; ha infatti ricoperto la carica di Direttore dell'Ufficio Affari Penali Internazionali del Ministero della Giustizia e, presso l'U.E., a Bruxelles, ha ricoperto il ruolo di esperto per la cooperazione giudiziaria della rappresentanza permanente. Il dott. Salazar, sia pure prendendo le mosse dalla prospettiva del PM italiano, ha ampliato il campo del proprio intervento, svolgendo un vasto e articolato *excursus* riguardante le vicende normative che hanno caratterizzato il complesso percorso, volto alla ricerca di una accettabile armonizzazione dei vari sistemi processuali penali in ambito UE. Il relatore non ha potuto fare a meno di segnalare le difficili problematiche, i più o meno comprensibili campanilismi, gli interessi "politici" che rendono difficile la via di quella armonizzazione dei sistemi penali, auspicata quale condizione imprescindibile per l'efficacia della azione di prevenzione e di repressione, condizione di effettività della giustizia penale nell'area dell'Unione. Il dott. Salazar ha, tra l'altro, stigmatizzato come appaia davvero velleitario pensare che, nell'attuale quadro di profonda differenziazione fra i diversi modelli processual-penalistici, una normativa quale la L. 397/2000, possa trovare un significativo avallo e una adeguata accoglienza negli Stati confratelli. Non ha mancato di stigmatizzare, ironicamente, quanto lontano ed evanescente appaia il risultato auspicato da chi preme affinché principi e regole della L. 397/2000 vengano recepiti e si diffondano fra i vari sistemi penali, dal momento che neppure l'introduzione della figura del pubblico ministero europeo, pur se preconizzata fin dall'art.86 del Trattato di Lisbona del 2007, ha visto a tutt'oggi la luce.

È poi intervenuta la Dott.ssa Giulia Turri, giudice presso il Tribunale penale di Milano. Il suo intervento è stato particolarmente interessante, non solo per la illustrazione di specifici aspetti tecnici e pratici, riguardanti la concreta introduzione, nel processo penale, del portato della attività di indagine difensiva, ma in quanto ha consentito di confermare, al di là delle dotte parole della relatrice, quale sia l'approccio mentale del magistrato giudicante alla materia della L. 397/2000: se va riconosciuto che la magistratura giudicante, in generale, tiene conto dell'apporto probatorio – quando svolto con serietà e correttezza – compiuto dal difensore ed è pronta ad accettare di valutare senza preclusione aprioristica il materiale investigativo da costui versato nel processo, è comunque fatalmente condizionata da una venatura di diffidenza che non affiora, invece, allorché si tratta di valutare l'apporto probatorio fornito dal PM.

---

Ma la cifra – purtroppo al momento negativa! – dell'auspicio, sotteso al convegno, riguardante la prospettiva di una diffusione dei principi e del metodo delle indagini difensive diseguate dalla L. 397/2000, in ambito UE, la si è avuta con il brillante intervento dell'Avv. Emmanuel Tourauielle, già Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Dijone. Il collega francese, infatti, ha “demolito” ogni speranza di vedere acquisite, quanto meno nel processo penale d'oltralpe, non solo le disposizioni regolatrici delle nostre indagini difensive, ma neppure una loro embrionale introduzione. Con esempi eloquenti tratti dalla pratica processuale e da inequivoche decisioni giudiziarie, egli ha mostrato quanto il sistema francese sia assolutamente impermeabile a queste “potenzialità difensive” tutte (e soltanto) italiane. Non parliamo, poi, dei sistemi ancor più chiusi in senso accusatorio, quali quello tedesco; ma anche nelle altre realtà giudiziarie europee (e, per la verità, non solo europee) non è ammesso tutto quanto consentito al difensore italiano dalla L. 397/2000!

A questo punto, ritengo di poter ribadire quello che ho più volte avuto modo di dichiarare: la L. 397/2000, frutto insperato di una serie di inimmaginabili concomitanze favorevoli, che hanno prodotto la redazione e il varo di una legge “rivoluzionaria”, nel giro di solo pochi mesi, ha introdotto nel sistema penale italiano uno strumento assolutamente straordinario che ha radicalmente ridisegnato la figura dell'avvocato difensore, presupponendolo diverso da ciò che è o, comunque, che dovrebbe essere pronto a diventare. Si è trattato di una legge che ha attribuito al ruolo difensivo una centralità e una potenzialità di portata innovatrice eccezionale, ma solo a patto che il difensore sia consapevole delle gravi responsabilità ridisegnate sulla sua figura operativa e ideale. Naturalmente gli entusiasmi iniziali, all'indomani del varo della L. 397/2000, vagheggiavano un dilagare di indagini difensive e un iperattivismo di avvocati-investigatori, “sguinzagliati” a raccogliere e cristallizzare elementi probatori con i quali tenere in pugno le redini del processo. La realtà ha subito demolito questa illusione terribilmente ingenua e infondata. Ci hanno pensato, innanzitutto, alcuni autorevoli magistrati, i quali espressero (per la verità lo avevano fatto anche nella fase di incubazione della L. 397/2000) vive perplessità sul fatto che l'avvocatura penale italiana fosse, nella sua generalità, all'altezza dell'alto compito conferitole dalla legge in questione e che fosse soprattutto deonticamente adeguata. Lo scetticismo della magistratura si diffuse in un baleno; ma non sarebbe stato così demolitivo, se non fosse stato egregiamente supportato (e confermato!) proprio dal ceto forense italiano, il quale, ancora una volta, ha mostrato e dimostrato tutta la sua fragilità ideale e deontica e tutta la sua confusione sul ruolo difensivo. Emblematica di questa sottocultura del compito difensivo è stata la deludente vicenda di quel difensore che, avendo falsificato un verbale di assunzione di informazioni a lui formalmente rese da un “testimone”, fu accusato di falso commesso in qualità di pubblico ufficiale: malauguratamente, egli fu difeso sostenendo che non poteva essere considerato “pubblico ufficiale”, nemmeno nel

momento in cui compiva l'alta funzione di certificare l'autenticità di quanto riferitogli dal teste. E fu difeso proprio distruggendo quello che era il più alto, rivoluzionario portato della L. 397/2000: equiparare, almeno nel momento dell'atto certificativo, il difensore al pubblico ministero! Paradossalmente è solo nelle decisioni (tutte conformi) espresse dal tribunale, prima, e dalla corte d'appello, poi, che viene riconosciuta al difensore, quella definizione "alta" del ruolo difensivo e della sua rilevante funzione sociale e istituzionale, confluita nella sua figura di "pubblico ufficiale", rinnegata e rifiutata dalla stessa avvocatura penale italiana! Questa deludente vicenda ha poi dovuto trovare la definitiva conferma, addirittura delle Sezioni Unite della Corte di cassazione la quale, nella "storica" decisione n. 32009 del 28 settembre 2006, ha definitivamente (si spera) riconosciuto al difensore, nel momento in cui svolge la delicatissima funzione certificatrice, il ruolo di "pubblico ufficiale": con le responsabilità che ne conseguono, quale "prezzo" correlato alla eccezionale valenza dell'atto compiuto.

Purtroppo, tuttavia, occorre riconoscere che la L. 397/2000 ha suscitato aspettative che sono andate molto al di là della sua effettiva portata. Sì che, alla fine e dopo oltre un decennio dal suo varo, il dato statistico di utilizzo sulla scena del processo (inferiore al 10% dei procedimenti penali innescati, secondo una ampia e costante verifica svolta alcuni anni fa nel nostro territorio), viene considerato attestare il "fallimento" della legge in questione.

Io sono di parere contrario e affermo che questa percentuale rappresenta il portato adeguato a ciò che la L. 397/2000, correttamente applicata, consente. Se si affronta il problema senza reticenze o false mitologie, si deve riconoscere che la grande maggioranza degli indagati e, ancor più, degli imputati, è di fatto, "colpevole" o, quanto meno "autore" della condotta addebitata. E anche se una parte di coloro i quali, pur essendo "autori" della condotta, vengono poi assolti, tale parte viene assolta, non perché il fatto non lo abbia commesso, ma perché il fatto non costituisce reato: esito che, salvo eccezione, non rappresenta frutto di indagine difensiva, il cui scopo è quello di "intaccare" il collegamento "fatto-indagato" e non quello di confutare la qualificazione giuridica del fatto stesso: compito, questo, essenzialmente affidato alla critica giuridica.

Pertanto è evidente che, con un "parco indagati" di fatto colpevoli in così elevata percentuale, una onesta e proficua attività investigativa-difensiva, potrà riguardare esclusivamente quel circa 10% di procedimenti nei quali l'accusato è veramente "innocente"! A meno che non si utilizzi l'attività prevista dalla L. 397/2000 per reperire/inventare elementi di prova fasulli, su cui abborracciare una linea difensiva "innocentista"; fatti salvi quei casi in cui le indagini difensive, sia pure in presenza di indagato colpevole, vengono utilizzate per dipingere scenari attenuativi della responsabilità penale e delle sue conseguenze, magari anche civilistiche. Pertanto, il fatto che lo svolgimento di indagini difensive comporti costi davvero notevoli, nonché avvocati davvero dinamici e preparati, oltre che deonticamente molto, molto

---

corretti, non rappresenta l'elemento più significativo che nuoce al diffondersi della pratica investigativa. Esso si limita ad aggiungere un ulteriore, ma non decisivo, ostacolo all'impiego degli strumenti messi a disposizione dalla L. 397/2000 .

La conclusione appare evidente: la L.397/2000 ha introdotto un sistema operativo rivoluzionario e delicatissimo, il cui impiego va centellinato ed attivato esclusivamente in quei casi nei quali è in grado di fornire un contributo efficace, vorrei dire "categorico", per l'obbiettivo assolutorio (il contrario, se innescato dal difensore della persona offesa) o per quello attenuativo. Nei casi "centellinati", inoltre, lo svolgimento delle indagini difensive deve essere caratterizzato da uno scrupolo deontico assoluto perché ogni cedimento su questo aspetto, si traduce nella realizzazione di un prodotto "inquinato", capace di infettare, non solo quella specifica indagine, vanificandone il risultato, ma anche di "infettare", di riflesso, la valenza stessa delle indagini difensive in generale, dinanzi alla magistratura, indebolendone l'approccio valutativo e il correlato giudizio.

Ricordando sempre che le "indagini difensive" rappresentano pur sempre un "corpo estraneo" alla cultura del difensore penale! Esse presuppongono una sua schizofrenia concettuale e pratica alla quale la generale cultura dell'avvocatura, sempre immobile nei secoli, non si è ancora adeguata, vivendo, essa, nella figura del "difensore dell'accusato" e non del "difensore del diritto", asseritamente leso, di un accusato: il "diritto" ad ottenere un processo equo, ossia condotto nel rispetto delle garanzie poste a base del percorso giudiziario volto all'accertamento della fondatezza dell'accusa.

Solo un avvocato "irenico" (operante *...nec spe aut metu*: ma quale avvocato, oggi, è in grado di esserlo?) dinanzi alle possibili sorti della vicenda giudiziaria, un avvocato pronto – all'esito del preziosissimo colloquio non documentato, col proprio assistito – a individuare e sancire l'ambito corretto delle sue "giuste" aspettative e, quindi, l'obbiettivo difensivo lecitamente attingibile; solo un avvocato così sarebbe, forse, in grado di svolgere indagini davvero "notarili", non condizionate da suggestioni difensive.

Ecco perché se non cambia radicalmente lo statuto ideale e deontico dell'avvocato difensore, se rimarrà ancora nel codice deontologico del CNF, l'art. 50 (già art.14), con la implicita facoltà di "utilizzare" nel processo prove false (che lo si faccia concretamente, non ha importanza: è aberrante il principio!), salvo il divieto di "introdurle" (ciò che costituirebbe di per sé reato e non necessiterebbe del divieto deontico!), se non si riuscirà ad accettare l'idea che l'avvocato onora la toga e rispetta l'alta funzione sociale affidatagli, non quando fa assolvere un colpevole, ma quando riesce a fare assolvere un innocente, allora affidargli il delicatissimo compito di reperire prove a favore dell'indagato, pretendendo che esse equivalgano, quanto ad autorevolezza, alle prove presentate dal PM, appare una pia illusione.

---

Ecco perché, giustamente, questo modello di indagini difensive viene visto con grandissimo scetticismo e con notevole sospetto nei Paesi dell'UE; finanche in quelli nei quali, come per esempio la Repubblica Federale Tedesca, l'avvocato difensore sottosta ad uno statuto di "imparzialità" rispetto alla materia del contendere ed è espressamente chiamato "difensore del diritto"!

Avv. Renato Papa

*(Presidente del Centro Studi di Diritto Penale Europeo –  
www.dirittopenaleeuropeo.it)*