

FEDERAZIONE DEGLI ORDINI FORENSI D'EUROPA
MADRID 22-25 SETTEMBRE

LIMITAZIONI AL DIRITTO DI INFORMAZIONE NELLA FASE ISTRUTTORIA DEL PROCESSO PENALE

Prima di affrontare l'argomento affidatomi, ringrazio il Presidente, il Primo Vice Presidente, l'Ordine che ci ospita e gli organizzatori di questo incontro per l'invito che mi è stato fatto.

Ventuno anni fa, nell'anno 1989, il processo penale italiano è stato oggetto di una vera e propria rivoluzione copernicana: da processo inquisitorio, si è trasformato in processo tendenzialmente accusatorio.

Il dibattito attorno a quella svolta è tuttora aperto: non mancano i sostenitori di un ritorno al passato, così come vi è chi si batte perché la scelta "accusatoria" sia portata alle più estreme conseguenze.

A volte sembra, tuttavia, che certe tesi si ispirino più ai film dei paesi di common law, che ai principi della common law.

Il sistema processuale italiano, fino all'anno 1989 (data di approvazione della riforma del nuovo processo penale), era un sistema di stampo inquisitorio caratterizzato da una fase istruttoria articolata in due momenti:

A) l'istruzione sommaria affidata al P.M.;

B) l'istruttoria formale affidata al Giudice istruttore;

La fase istruttoria veniva condotta secondo canoni di segretezza in cui il Pubblico Ministero ed il Giudice Istruttore dirigevano la formazione della prova secondo il loro insindacabile criterio, promuovendo autonomamente l'azione penale, adottando provvedimenti cautelari e disponendo l'archiviazione della notizia di reato, o il rinvio a giudizio.

- Tutto il materiale d'indagine che era acquisito veniva sottoposto al giudice nel corso del dibattimento per la sua decisione senza un effettivo contraddittorio: spesso ci si limitava a chiedere ai testi la conferma di quanto era stato dichiarato, anni prima, dinanzi all'organo dell'accusa.

- L'abrogato codice era informato alla ipertutela della segretezza degli atti processuali, preclusi, per lunga fase, non solo ai soggetti estranei al processo, ma anche allo stesso imputato ed al suo difensore.

- Si assisteva ad una situazione di assoluta disparità tra accusa e difesa, con un ruolo del difensore spesso marginale. Mancava una seria dialettica tra queste due parti, tanto è vero che la dottrina è arrivata a dire che il sistema era molto “comodo” per i difensori. Per quanto mitigato dall’intervento della Corte Costituzionale, tutto l’impianto risentiva dell’Ispirazione autoritaria del precedente regime.

- Particolarmente sintomatica del regime inquisitorio è stata la figura del Pretore.

Benchè il Pretore, sotto moltissimi altri aspetti, abbia rappresentato, in Italia, una esperienza positiva (trattandosi di giudice monocratico, spesso giovane, di nuova nomina, fresco di studi, aperto alle novità e vicino alle esigenze della realtà sociale, in rapida trasformazione), è stato egli un Giudice che sommava in sé, addirittura in un’unica persona fisica, il ruolo del Pubblico del Ministero (pubblica accusa) ed il ruolo del Giudice. La stessa persona fisica effettuava le indagini, faceva mettere a verbale le dichiarazioni dei testi, disponeva perizie, interrogava l’imputato e poi, svolta l’indagine, soltanto al dibattimento, con una parvenza di separazione dei ruoli, si spogliava della veste dell’inquisitore e giudicava basandosi su quei dati istruttori, che egli stesso aveva formato, diretto ed appreso, demandando ad un pubblico ministero improvvisato (un giovane avvocato o, addirittura, un appartenente alla Polizia Giudiziaria), il compito meramente formale di rappresentare la Pubblica Accusa.

Il sistema attuale, di stampo tendenzialmente accusatorio, entrato in vigore alla fine dell’89, vede una situazione ben diversa, sia per quanto riguarda la fase istruttoria (che corrisponde alla fase delle indagini preliminari), sia per quanto riguarda la fase dibattimentale.

Nel sistema accusatorio italiano non vi è piena parità tra le parti, ma vi è una tendenza formale alla parità delle parti ed il giudice è finalmente terzo, anche se tuttora vi sono feroci polemiche, spesso strumentalizzate dalle opposte parti politiche, in ordine ad una vera separazione tra organo inquirente e giudicante.

Con la riforma, sono state effettuate scelte anche simboliche di notevole rilevanza e nel mondo del diritto i simboli non hanno certo una importanza secondaria.

Nonostante la legge, gli avvocati si sono dovuti battere, perché certi simboli venissero adeguati al nuovo processo.

Il Pubblico Ministero (la pubblica accusa), ad esempio, che prima della riforma sedeva alla destra del giudice, sul banco sopraelevato rispetto a quello degli avvocati, dell’imputato e del pubblico, siede ora dinanzi al giudice, alla sinistra del banco degli avvocati, alla medesima altezza, mostrando anche al pubblico (nell’ordinamento italiano

il processo penale è pubblico e la giustizia viene esercitata in nome del popolo), l'evidenza dell'avvenuta trasformazione.

○*○*○*○*○*○*

Se al vecchio processo faceva difetto una seria dialettica tra accusa e difesa, oggi questa dialettica – almeno nelle intenzioni del legislatore - costituisce il principio informatore di tutto il sistema processuale.

Uno degli aspetti rilevanti in cui si concretizza questo principio (Art. 38 Disp. att. Cod.proc.pen.) e' il riconoscimento al difensore della possibilità di ricercare le prove e di raccogliere prove testimoniali.

Questa importante conquista per la tutela dei diritti del cittadino non e' stata contestuale alla introduzione della nuova legge, ma successiva e progressiva.

Se in origine era permesso al difensore solo di sollecitare la Pubblica accusa a svolgere determinate attività (va detto che però il PM, in quanto magistrato appartenente al medesimo ordine del giudice, doveva ricercare non solo le prove a carico dell'imputato, ma anche quelle a discarico), con la legge dell'8 agosto 1995, n. 322 sono stati aggiunti all'art. 38 Disp. Att. Cod.proc.pen, i commi 2 Bis e 2 Ter, che hanno riconosciuto al difensore la facoltà di presentare al giudice gli elementi probatori rilevanti per la difesa dell'assistito e soprattutto l'inserimento di tale documentazione all'interno del fascicolo processuale. Con la legge 7 dicembre 2000, n. 397 è stato infine abrogato lo stesso art. 38 disp. att. Cpp ed il legislatore ha introdotto una normativa nuova e completa sulle indagini difensive, in attuazione del principio del giusto processo, costituzionalizzato con la modifica dell'art 111 della Costituzione (a seguito della Legge Cost. del 22 Novembre 1999 n. 2).

E' stata riconosciuta al difensore (art. 327 bis cod.proc.pen.) la piena facoltà di svolgere investigazioni sin dal momento in cui assume l'incarico difensivo.

Cio' pero' non significa che il ruolo e le funzioni del difensore abbiano acquisito una parita' completa rispetto a quelle del Pubblico Ministero.

-Forse è più corretto parlare non di una pari effettività ma di una "pari dignità" delle indagini difensive.

Il legislatore, infatti, ha riconosciuto ai risultati delle investigazioni difensive una uguale valenza probatoria rispetto a quelle compiute dal rappresentante della Pubblica accusa e della polizia giudiziaria, ma molte sono ancora le distanze tra accusa e difesa, basti pensare che:

1) Solo il Pubblico Ministero ha a disposizione la polizia giudiziaria e tutto ciò che attiene al relativo apparato, compresi gli strumenti di conoscenza e di accesso ai dati

utili per una indagine.

2) L'attività probatoria e' molto costosa e l'accesso effettivo al diritto di difesa, per quanto riguarda le indagini probatorie (investigazioni, perizie, ecc.) e' certamente condizionato dalla capacita' reddituale del cittadino indagato.

In questa ottica, tuttavia, il giudice tende davvero (anche se progressivamente) ad essere terzo.

Se al cittadino che viene indagato (e poi imputato) e' data parita' (quasi parità) di "armi" rispetto alla Pubblica Accusa, è fondamentale che il cittadino indagato sia posto, il prima possibile, in condizione di sapere (e di saperlo con pienezza di dati) che è oggetto di indagine.

Se si ritarda questo momento, si vanifica il principio della parità tendenziale tra le parti, che subisce subito una inevitabile (notevole) limitazione.

Stiamo parlando, ovviamente, della conoscenza del processo e degli atti del processo da parte dell'imputato, non della conoscenza del processo e degli atti del processo da parte della collettività dei consociati, che pone problematiche per certo verso opposte: l'indagato ha diritto a conoscere, il prima possibile, che si stanno svolgendo indagini contro di lui, ma ha un interesse spesso opposto rispetto alla conoscenza delle indagini da parte dei terzi. Tuttavia, questi terzi non sono altri che il popolo, in nome del quale e' esercitata la funzione penale e questo aspetto e' fonte di notevolissime (quanto attualissime) problematiche, di natura politica, che non possono essere approfondite in questa sede.

Il rilievo che la parità di armi è inversamente proporzionale rispetto al ritardo con il quale viene data conoscenza all'indagato dell'esistenza di un procedimento, conduce a trattare (seppur per sommi capi) alcune specifiche problematiche.

L'Obbligo del segreto

Il sistema italiano non prevede un generale obbligo di segreto delle indagini, ma l'art. 329 Cod.proc.civ. prevede che gli atti di indagine compiuti dal Pubblico Ministero e dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari siano segreti fino a quando l'indagato non ne possa aver conoscenza e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari, ovvero fino a quando il Pubblico Ministero, nel rispetto dei termini di cui all'art. 407 Cod.proc.pen. (durata massima delle indagini preliminari), abbia esercitato l'azione penale o richiesto l'archiviazione del procedimento.

Quindi non è segreto il procedimento, ma i singoli atti dello stesso fino a quando l'atto non è conoscibile da parte dell'indagato e fino al deposito del fascicolo e all'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415 Cod.proc.pen., momento in cui la parte viene a conoscenza di tutto ciò che ha formato oggetto di investigazione.

Tornando agli atti dell'indagine il problema si sposta sull'esatta individuazione degli "atti conoscibili".

Senza dubbio, lo sono gli atti assunti alla presenza della persona sottoposta alle indagini; altrettanto conoscibili sono gli atti c.d. garantiti, cioè gli atti ai quali il difensore ha diritto di assistere, con o senza preavviso, atteso che la conoscenza del difensore deve essere ritenuta equivalente a quella dell'indagato (cfr. artt. 360, 364 e 365 C.P.P.).

Con riferimento a tale ipotesi, ove il difensore sia stato presente all'atto, il segreto viene meno da tale momento, altrimenti, nel caso in cui il difensore sia stato assente, il segreto viene meno dal momento del deposito del verbale (es. perquisizione, sequestro, ispezione) con conseguente avviso ex art. 366 Cod.proc.pen (deposito degli atti cui hanno diritto di assistere i difensori).

Al fine di rendere la disciplina del segreto adeguata alle concrete esigenze delle indagini, la regola generale subisce due eccezioni praticamente contrapposte: quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il Pubblico Ministero può, in deroga a quanto previsto dall'art. 114 Cod.proc.pen. (divieto di pubblicazione di atti e di immagini), consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi coperti da segreto (art. 329, comma 2, C.P.P.), ovvero disporre il divieto di pubblicazione di singoli atti non più coperti da segreto, o comunque il segreto per singoli atti quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza può ostacolare le indagini riguardanti altre persone.

Il potere di "desegretazione" riguarda gli atti di indagine realizzati quando sia già stata acquisita la *notitia criminis* e non quelli precedenti.

Non e' questa la sede per analizzare ulteriormente e dettagliatamente quale sia, secondo il legislatore e secondo la giurisprudenza, il momento primo di conoscenza degli atti del processo e quali siano le contrastate eccezioni alla tempestiva conoscenza degli atti, quello che rileva e' che le limitazioni al principio debbono costituire sempre una eccezione i cui presupposti debbono essere sottoposti al vaglio del giudice terzo, poichè, altrimenti, viene meno uno dei cardini del processo accusatorio.

Informazione di garanzia.

Si è detto che pur essendo segreti gli atti, non e' segreto il procedimento, ma nell'attuale sistema processuale italiano non è previsto un obbligo preventivo di informare il sottoposto all'indagine dell'esistenza dell'indagine stessa.

È prevista dall'art. 369 Cod.proc.pen. un'informazione di garanzia solo qualora il Pubblico Ministero debba compiere un atto a cui abbia diritto di assistere il difensore (ad es.: art. 360 C.P.P. "*accertamenti tecnici non ripetibili*"; art. 364 C.P.P. "*Nomina e assistenza del difensore*"; art. 365 C.P.P. "*Atti ai quali il difensore ha diritto di assistere*"). Con tale disposizione si prevede "*l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto e l'invito a esercitare la facoltà di nominare un difensore di fiducia*".

Per la prima volta, pertanto, compare il capo di imputazione, seppur ancora, in astratto, esso sia suscettibile di cambiamenti, fino alla cristallizzazione della richiesta di rinvio a giudizio o dell'emissione del decreto di citazione nei casi previsti dall'art. 550 Cod.proc.pen. L'esigenza di una tempestiva e dettagliata informazione, infatti, non può ovviamente intendersi sino al punto di postulare, già dalle primissime informazioni all'indagato, quella puntualità di particolari che può pretendersi soltanto al termine della fase investigativa e con la formulazione della vera e propria imputazione.

È da ribadire che l'avviso di garanzia è necessario solo quando il Pubblico Ministero ritenga di compiere un atto a cui ha diritto di assistere il difensore, consentendo così

all'indagato di conoscere i fatti materiali addebitati e la qualificazione giuridica che ricevono.

La dottrina (CERVADORO), ha però indicato una serie di atti che, contenendo tutti gli elementi caratterizzanti l'avviso ex art. 369 Cod.proc.pen., possono essere considerati ad esso equipollenti, esonerando l'Autorità Giudiziaria dall'obbligo di comunicazione; essi sono gli avvisi di cui all'art. 360 C.P.P. ('accertamenti tecnici non ripetibili'), e ai commi 1 e 2 dell'art. 364 C.P.P. ('nomina del difensore di fiducia o designazione di quello d'ufficio'), i decreti di perquisizione e sequestro, l'invito a presentarsi di cui all'art. 375 C.P.P., la richiesta di incidente probatorio avanzata dal Pubblico Ministero ex art. 393 C.P.P., le ordinanze, purché eseguite, con le quali il Giudice applica le misure coercitive.

Viceversa, è da escludersi, come peraltro precisato dall'orientamento ormai costante della Corte di Cassazione (per tutte, Cass. Pen., Sez. Un., 23.02.2000) l'obbligo di informazione in caso di esecuzione di atti posti in essere di propria iniziativa dalla Polizia Giudiziaria, come nei frequentissimi casi di fermo e arresto, nonché di perquisizioni e conseguenti sequestri; in tali evenienze, in assenza dell'indagato, l'avviso di garanzia sarà notificato contestualmente all'avviso di deposito del decreto di convalida degli atti urgenti posti in essere; in caso di sua presenza, invece, l'avviso stesso sarà assorbito dalle ulteriori incombenze, quali l'elezione di domicilio e la contestuale nomina di un difensore di fiducia o, in assenza, della designazione di quello d'ufficio, oppure dalla convalida dei medesimi. Appare pacifica, ma giustificata dalle ragioni di urgenza, la tardività dell'attivazione delle garanzie difensive, che crea però un 'vuoto' difficilmente colmabile nel prosieguo del procedimento.

L'informazione ex art. 369 Cod.proc.pen dovrebbe rispondere alle esigenze garantiste previste dall'art 111 Costituzione, secondo le quali ogni accusato ha diritto ad *“essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico”*.

Sembra quantomeno dubbio che tale speditezza si possa effettivamente verificare, attesa la possibilità, da un lato che nel corso delle indagini preliminari non vi siano ‘atti garantiti’ da espletare facendo così coincidere l’avviso di garanzia con quello di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415 bis C.P.P., dall’altro che il Pubblico Ministero decida di iscrivere tardivamente (ed arbitrariamente, come si dirà in seguito parlando dell’art. 335 C.P.P.) la *notitia criminis*, rispetto al momento della sua ricezione, comprimendo di fatto i termini posti a garanzia della difesa.

Si pone quindi il dubbio se gli estremi a cui fa riferimento l’art. 369 C.P.P. possano ritenersi sufficienti a soddisfare quella esigenza di informazione e quindi di difesa che si richiede in concreto.

La violazione di questa garanzia comporta la sanzione processuale, della nullità di ordine generale, ex art. 178 lett. C) Cod.proc.pen, ma soltanto della nullità c.d.: a regime intermedio, ex art. 180 Cod.proc.pen. La nullità, cioè, andrà rilevata o eccepita entro la deliberazione della sentenza di primo grado, ma non dopo.

Equivalentemente all’omissione è l’invio tardivo dell’avviso, vale a dire successivo al compimento dell’atto garantito. La nullità ritualmente e tempestivamente eccepita travolge tutti gli atti successivi e conseguenti, facendo salvi solamente quelli compiuti in successione meramente cronologica, ma non funzionalmente collegati, quali ad esempio tutti gli atti di indagine “non garantiti”.

La Giurisprudenza, inoltre, ha sancito che, potendo essere l’accusa modificata senza limitazione nel corso delle indagini preliminari, nei casi in cui la modifica intervenga successivamente alla comunicazione dell’avviso di garanzia, una nuova informazione non risulta necessaria “...*poiché l’indagato, già a conoscenza del fatto di essere sottoposto ad indagini, è certamente in grado di esercitare il suo diritto di difesa, seguendo lo sviluppo dell’inchiesta a suo carico, con riferimento alla possibile insorgenza di ipotesi di accusa diverse da quelle precisate nell’originaria informazione*” (così, Cass. Pen., Sez. VI, 21.02.1995, n. 609); ciò sottolinea l’importanza del ruolo del

difensore nella delicata fase di monitoraggio dello stato del procedimento nel corso delle indagini preliminari, così come si dirà meglio, sotto altro profilo, in riferimento all'art. 335 C.P.P..

Da ultimo, coerentemente, con la massima agevolazione della conoscenza dell'accusa da parte dell'indagato si richiede che l'informazione sia data in una lingua a lui comprensibile.

Secondo la giurisprudenza italiana, perché sorga il diritto ad una traduzione in lingua diversa da quella del paese in cui si svolge il procedimento, non è di per sé sufficiente la qualità di straniero della persona sottoposta alle indagini, ma deve verificarsi l'impossibilità di costui di comprendere l'idioma processuale (Cass. Pen., 15 Marzo 1991, Balboa, in Cass. Pen., 1993, p.85, m. 59). Ciò premesso, la Corte di Cassazione a Sezione Unite ha stabilito che “...l'imputato e l'indagato hanno un diritto soggettivo perfetto, sancito anche dalle Convenzioni internazionali cui l'Italia ha aderito, e che costituisce espressione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., a conoscere in una lingua nota gli addebiti che vengono, loro mossi” (Cass. Pen., Sez. Un., 24.09.2003, n. 5052).

Informazione sul diritto di difesa.

L'art 369 bis Cod.proc.pen, introdotto dalla legge 6 marzo 2001 n. 60, inerente la difesa d'ufficio, prevede che al compimento del primo atto a cui ha diritto di assistere il difensore e comunque prima dell'invito a presentarsi per rendere interrogatorio, sia notificata un'informazione alla persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa, al fine di rendere quest'ultima il più effettiva possibile.

In particolare, tale comunicazione, a pena di nullità di tutti gli atti successivamente emanati, deve contenere:

A)L'informazione della obbligatorietà della difesa tecnica nel processo penale, con l'indicazione della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini;

- B) Il nominativo del difensore d'ufficio, il suo indirizzo ed il recapito telefonico;
- C) L'indicazione della facoltà di nominare un difensore di fiducia con l'avvertimento che, in mancanza, l'indagato sarà assistito da quello nominato d'ufficio;
- D) L'indicazione dell'obbligo di retribuire il difensore d'ufficio ove non sussistano le condizioni per accedere al beneficio di cui alla lettera e) e l'avvertimento che, in caso di insolvenza, si procederà ad esecuzione forzata;
- E) L'indicazione delle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato.

In questo modo il sistema processuale tende a garantire all'indagato la conoscenza del suo diritto di difesa tecnica nel processo e le modalità con cui si estrinseca.

Come per l'avviso di garanzia, la giurisprudenza di legittimità esclude l'obbligatorietà dell'avviso in caso di esecuzione di atti posti in essere di propria iniziativa dalla Polizia Giudiziaria (per tutte, Cass. Pen., Sez. IV, 21.02.2007, n. 16448).

Parimenti, la Suprema Corte di Cassazione ha recentemente escluso la necessità di tale avviso qualora agli atti processuali risulti già la nomina di un difensore di fiducia (così, Cass. Pen. Sez. III, 19.09.2008, n. 40505).

La *ratio* di tale interpretazione giurisprudenziale risiede nella asserita superfluità di una informazione dell'Autorità Giudiziaria laddove sia già presente la figura professionale dell'Avvocato, che garantisce, o dovrebbe garantire, la totalità delle informazioni nei confronti del proprio assistito.

Tale soluzione pone certamente il professionista in una posizione di massima responsabilità, circostanza del resto insita nella missione legale, dovendosi sostituire in tale circostanza all'Autorità Giudiziaria nel comunicare all'indagato tutte le informazioni necessarie alla corretta instaurazione del procedimento penale da un punto di vista difensivo, a partire dai diritti e dalle facoltà esercitabili, fino alla possibilità di usufruire del patrocinio a spese dello Stato.

Per questo motivo, la sottoscrizione da parte dell'indagato di una nomina fiduciaria ed il suo successivo deposito da parte del difensore rappresentano, anche sotto questo profilo, un momento importantissimo, anzi cruciale, per le sorti del procedimento.

Il rapporto fiduciario instauratosi, infatti, consegna nelle mani del professionista, come già visto per l'avviso ex art. 369 Cod.proc.pen, la responsabilità di controllare non solo lo stato del procedimento, ma anche le eventuali modifiche che può subire nel corso delle indagini preliminari il provvisorio capo d'imputazione. La responsabilità appare ancora maggiore in caso di sottoscrizione di una nomina fiduciaria 'in bianco' da depositarsi ex art. 335 Cod.proc.pen al Registro Generale delle Notizie di Reato.

L'omissione o la tardività della comunicazione di tale avviso genera, a livello di sanzione processuale, una nullità speciale, in quanto comminata da una espressa previsione normativa, sottoposta a regime intermedio (ex art. 180 C.P.P.), poiché incide sull'assistenza difensiva dell'indagato (ex art. 178, lett. C, C.P.P.), con conseguenze identiche a quelle già viste per la violazione dell'art. 369 C.P.P..

Appare difficile, invero, a causa di un evidente difetto di collegamento normativo, disciplinare il rapporto intercorrente tra l'avviso in questione e quello di cui all'art. 415 bis Cod.proc.pen..

La dottrina dominante (SILVESTRI, RUGGIERI, SECHI e PROCACCIANTI), maggiormente rigorosa, ritiene sempre necessaria la precedente notifica dell'informazione sul diritto di difesa rispetto a quella di conclusione delle indagini preliminari, ovviamente nel caso in cui durante queste ultime non si siano espletati atti garantiti.

La giurisprudenza, al contrario, nega tale necessità, non rilevando alcuna nullità in caso di notifica del solo avviso ex art. 415 bis Cod.proc.pen. (per tutte, Cass. Pen., 18.10.2005, n. 233065). Nella prassi, si registra, invece, un atteggiamento della Procura maggiormente garantista, e quindi in sintonia con la dottrina, che, nella quasi totalità dei casi, notifica contestualmente i due avvisi.

La decisione della Suprema Corte è difficilmente condivisibile, poiché presta il fianco ad abusi e gravi violazioni di diritti fondamentali.

Registro delle notizie di reato.

un ulteriore problema che si frappone alla effettiva conoscenza del processo e non solo degli atti del processo si verifica quando il Pubblico Ministero, nel corso delle indagini preliminari, non ritiene di svolgere alcuna delle attività che comportano la presenza del difensore e quindi non invia all'indagato l'informazione di garanzia, né l'informazione sul diritto di difesa, o prima ancora che vengano emanati tali avvisi, la persona nei cui confronti si svolgono le indagini può richiedere se sussistano a suo carico iscrizioni nel registro delle notizie di reato, così come previsto dall'art. 335 Cod.proc.pen.

Si è sopra detto che il Pubblico Ministero, entro i termini previsti dall'art 407 C.P.P., deve o esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione del procedimento. In relazione a ciò, il registro delle notizie di reato assolve la specifica funzione di documentare la data in cui esse pervengono all'ufficio e consente di fissare il momento dal quale i termini suddetti cominciano a decorrere.

La norma prevede che il Pubblico Ministero proceda alle necessarie registrazioni immediatamente non appena la notizia di reato gli sia comunicata o venga acquisita. Oggetto d'iscrizione è anche il nominativo della persona alla quale il fatto è attribuito, la cui annotazione deve avvenire contestualmente a quella della notizia di reato, ove possibile o successivamente, con autonomi effetti in ordine alla decorrenza dei termini per la conclusione delle indagini preliminari, qualora risulti un momento diverso.

L'iscrizione della *notitia criminis* si distingue, dunque, da quella del nominativo della persona alla quale esso è attribuito: se l'ipotesi normale appare quella di un'annotazione contestuale, non può escludersi che per un unico reato, attribuito a più persone identificate successivamente alla ricezione della relativa notizia ed in tempi diversi, si debba procedere ad una pluralità di iscrizioni, per ciascuna delle quali decorrono termini autonomi di durata delle indagini preliminari.

Il medesimo fenomeno può verificarsi in ipotesi di più reati, eventualmente connessi ma accertati in momenti successivi, a carico della medesima persona. Il comma 2 prevede il costante aggiornamento della qualificazione giuridica del fatto, così come delle eventuali circostanze del reato.

Per i reati di competenza del Giudice di Pace, l'art. 14 del D.Lgs. 274/2000 prevede che l'iscrizione della notizia di reato debba essere iscritta o a seguito della trasmissione entro 4 mesi della relazione scritta dalla Polizia Giudiziaria che ha acquisito la denuncia-querela, o nell'immediatezza del primo atto di indagine svolto personalmente dal Pubblico Ministero.

Il comma 3 dell'articolo in questione, oltre ad indicare i destinatari della facoltà di richiesta di informazioni (indagato, persona offesa e rispettivi difensori), stabilisce una prima importante eccezione alla regola: non possono essere comunicate le iscrizioni riguardanti i reati compresi nell'elenco di cui al comma 2, lettera a) dell'articolo 407 Cod.proc.pen, concernente alcuni gravi delitti per i quali sono previsti i termini massimi per le indagini preliminari. La *ratio* di tale disposizione è, evidentemente, quella di sacrificare il diritto alla consapevolezza dello *status* di indagato, in favore della segretezza non degli atti di indagine, ma del loro svolgimento vero e proprio, salvaguardandoli da eventuali inquinamenti.

Il comma 3 bis (inserito come quello precedente dalla l. 332/1995) disciplina la seconda importante eccezione alla regola: il Pubblico Ministero investito della richiesta di informazione può disporre, previo decreto motivato circa le specifiche esigenze attinenti l'attività di indagine, la secretazione delle iscrizioni per un periodo non superiore a 3 mesi non rinnovabile; la *ratio* sottesa è la medesima di quella analizzata per la precedente eccezione, salvo la necessità del provvedimento motivazionale e della previsione del termine non prorogabile, attesa la minor gravità dei reati cui può riferirsi. In questi casi, però, non può non registrarsi l'assenza di qualsivoglia vaglio

all'arbitrarietà della decisione dell'organo di accusa, il quale potrà andare incontro, in caso di abusi, solamente a mere conseguenze disciplinari.

Nella prassi, quando la richiesta ex art. 335 C.P.P. è presentata dal difensore e non direttamente dalla parte, questa può avvenire secondo due modalità comportanti conseguenze molto diverse: la parte può sottoscrivere una mera delega al difensore alla presentazione dell'istanza, oppure può rilasciare all'avvocato una vera e propria nomina fiduciaria 'in bianco', cioè sprovvista dell'indicazione del numero del procedimento (e del Pubblico Ministero assegnatario), che costituisce, ovviamente, l'oggetto della richiesta stessa.

La sottoscrizione della mera delega (anche qualora indicata impropriamente come nomina fiduciaria) a presentare l'istanza, non comporta nessuna ulteriore conseguenza, non costituendo titolo utile per l'avvocato, in caso di risposta affermativa sulla sussistenza di uno o più procedimenti penali iscritti a carico dell'assistito, a risultare il difensore di fiducia dello stesso; per conferire tale qualità al professionista occorrerà la sottoscrizione ed il deposito di un'apposita nomina fiduciaria.

In caso di deposito al REGE, contestualmente alla richiesta ex art. 335 C.P.P., di una nomina fiduciaria 'in bianco', l'Ufficio effettuerà tante copie conformi della stessa quanti saranno i procedimenti penali risultanti iscritti a carico dell'assistito, con la conseguenza che, oltre alla ricezione dell'esito della richiesta, l'Avvocato risulterà formalmente il difensore di fiducia in tutti i procedimenti. Appare chiaro quali importantissime conseguenze comporti tale seconda (e statisticamente usata nella stragrande maggioranza dei casi) procedura; si pensi, ad esempio, per rimanere in tema, a quanto affermato in sede di analisi dell'avviso ex art. 369 C.P.P. (in caso di presenza agli atti della nomina fiduciaria, alcun avviso di garanzia è obbligatorio all'indagato) o dell'avviso ex art. 369 bis C.P.P. (nessuna ulteriore comunicazione è prevista in caso di modifica degli articoli di legge che si assumono violati). Ecco, allora, che l'attività di monitoraggio che deve eseguire il difensore di fiducia sui procedimenti penali nei quali

risulta nominato diventa un'attività fondamentale, certamente più importante di quella assegnatagli nella prassi dei nostri Tribunali. Prevenire è sempre meglio che curare.

Altro elemento di collegamento tra gli articoli del Codice oggetto di tale intervento è rappresentato dall'art. 54 quater Cod.proc.pen, laddove stabilisce che l'indagato o la persona offesa (ed i rispettivi difensori) che abbia conoscenza del procedimento ai sensi dell'art. 335 dell'art. 369 Cod.proc.pen, hanno la facoltà di richiedere la trasmissione degli atti ad un diverso Pubblico Ministero ritenuto competente territorialmente; tale norma testimonia ulteriormente l'importanza che assume l'iscrizione della *notitia criminis* e la sua conoscenza ad opera delle parti processuali.

Il momento dell'iscrizione, comportando la decorrenza dei termini di durata delle indagini preliminari, nonché l'esercizio di peculiari diritti e facoltà, assume un ruolo centrale e fondamentale non solo per la fase prodromica delle indagini preliminari, ma anche e soprattutto per la corretta instaurazione del contraddittorio e la doverosa e scrupolosa osservanza delle regole lungo tutta la durata del procedimento.

Tale momento, però, è rimesso alla mera discrezionalità del Pubblico Ministero, il quale può ritardarla, nonostante abbia già raccolto tutti gli elementi necessari all'iscrizione, vuoi per ragioni di segretezza o per allungare i termini delle indagini preliminari, senza che alcun vaglio giurisdizionale ed alcuna sanzione processuale possa essere mossa.

L'orientamento ormai assolutamente costante della Giurisprudenza di legittimità (vedasi, Cass. Pen., Sez. Un., 21.09.2006, n. 20505 e da ultimo la recentissima Cass. Pen., Sez. Un., 24.09.2009, n. 40538) si è attestato nel rilevare nell'omessa iscrizione immediata della notizia di reato, una mera responsabilità disciplinare dei magistrati negligenti.

Appare ovvio come tale orientamento (seppur astrattamente condivisibile da un punto di vista strettamente normativo e sistematico), è assolutamente privo di ogni fondamento logico quanto ai suoi effetti processuali, creando un meccanismo perverso che consente al Pubblico Ministero non negligente, ma "malizioso", di posticipare anche di molto il

momento dell'iscrizione nel registro degli indagati, di fatto aggirando completamente il sistema dei termini di durata massima delle indagini.

La necessità di fermare tale meccanismo selvaggio di (non) iscrizione è avvertita anche dalla sfera politica che, *de iure condendo*, nel d.d.l. 1440/S, all'art. 6 comma 1, ha previsto un progetto di modifica dell'art. 405, comma 2, C.P.P., secondo il quale, al fine di garantire il rispetto da parte del Pubblico Ministero del termine di “...*sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale è attribuito il reato è iscritto nel registro delle notizie di reato ovvero dalla data in cui risulta il nome della persona alla quale il reato è attribuito, ai sensi dell'art. 335 C.P.P., comma 1 [...] il Giudice verifica l'iscrizione operata dal Pubblico Ministero e determina la data nella quale essa doveva essere effettuata, anche agli effetti dell'art. 407, comma 3, C.P.P.*”. Tale proposta avrebbe la finalità di porre rimedio proprio “...*a un meccanismo [...] che rischia di rimettere alle scelte discrezionali del Pubblico Ministero la concreta determinazione dei tempi processuali [...] con la conseguenza di rendere più certi i termini delle indagini preliminari, a fini sia acceleratori che di garanzia*” (così la Relazione al d.d.l. n. 1440/S, in Atti parlamentari, Senato della Repubblica – n. 1440, XVI legislatura – Disegni di leggi e relazioni – Documenti, pag. 8).

Tale vuoto normativo, oltre alle immediate conseguenze negative come sopra esposte, è atto a creare una base di ambiguità nell'operato del Pubblico Ministero tale da consentire, con il prosieguo del procedimento, il realizzarsi di ulteriori escamotage da parte dell'organo inquirente, finalizzati all'aggiramento delle norme deputate al proprio controllo e poste a garanzia dell'indagato-imputato.

Non è infrequente, soprattutto in caso di indagini di ampio respiro, con particolare riferimento a quelle costituite nella quasi totalità da intercettazioni telefoniche ed ambientali, che il Pubblico Ministero, iscritta una notizia di reato ed eseguite le

dovute indagini preliminari per tutta la durata massima consentita dalle proroghe previste dal codice di rito, stralci successivamente la posizione di uno o più indagati, scegliendo, arbitrariamente, quali atti di indagine convogliare nel nuovo procedimento; così facendo, alla conseguente notifica dell'avviso di cui all'art. 415 bis C.P.P., o ancor peggio in caso di esecuzione di una misura cautelare custodiale, l'indagato si troverà nella assurda situazione per la quale si dovrà e potrà difendere solo sulla base degli atti 'scelti' dal Pubblico Ministero che, secondo logica accusatoria, probabilmente avrà scartato quelli ritenuti superflui che, letti sotto altra ottica e precipuamente sotto quella difensiva, ben avrebbero potuto costituire prove o quantomeno indizi pro reo. Tale evenienza fa comprendere, una volta di più, l'assoluta necessità di una riforma o quantomeno di un freno, anche di natura giurisprudenziale, alle condizioni che possono consentire gli abusi descritti da parte dei Pubblici Ministeri irrispettosi dei diritti dell'indagato.

○*○*○*○*○

Un'ultima osservazione su di una questione assai dibattuta in Italia.

La funzione dell'avvocato all'interno del processo penale è finalizzata, principalmente, alla tutela delle garanzie dell'imputato.

Il grado di civiltà di un ordinamento può essere certamente valutato, infatti, facendo riferimento al grado di tutela dei diritti dell'imputato ed è di questo che si è fino ad ora, principalmente, trattato.

Un ordinamento maturo che sa porre la propria quotidiana attenzione al rispetto ed alla attuazione delle garanzie fondamentali della difesa, non può prescindere, tuttavia, dal perseguire la tutela e l'attuazione dei diritti di coloro che dal reato hanno subito danno.

Nel nostro ordinamento, nel quale l'azione penale è esercitata dallo stato, quale soggetto direttamente leso dalla violazione della legge penale, la parte offesa (parte civile), che rappresenta i diritti della parte che ha subito i danni dal commesso reato è

considerata tuttora un “ospite tollerato”, anche per quanto riguarda la conoscenza dell’esistenza del processo e degli atti del processo.

E’ necessario che l’avvocatura, nel suo compito quotidiano ed al contempo storico, di perseguire la tutela dei diritti fondamentali di tutti i cittadini, riesca, coraggiosamente, a farsi carico anche dei diritti della parte che dal reato ha subito danno, senza temere che ciò possa confliggere con il compito storico di tutela dell’imputato.

Sappiamo che spesso è il processo, con i suoi costi ed i suoi tempi eccessivamente lunghi, a costituire la vera ed a volte anche unica pena per l’imputato.

Sappiamo anche che il processo, quasi sempre, costituisce una insopportabile pena proprio per chi il reato non lo ha realizzato, ma lo ha subito.

E’ compito strettamente pertinente ad una avvocatura libera quello di farsi carico di entrambe le esigenze, riconoscendole come proprie di un ordinamento che persegue il fine di una “giustizia giusta”.

Avv.Romano Zipolini