

INTRODUZIONE

Le continue manipolazioni cui è stato sottoposto il processo penale in questi primi anni di vita - manipolazioni legislative e giurisprudenziali (soprattutto ad opera della Corte costituzionale) - hanno modificato sensibilmente i suoi tratti influenzando pure sull'effettiva realizzazione del contraddittorio.

Anche se si ha la netta impressione che ad imporsi è un modello di rito penale non in completa sintonia con i principi che hanno fondato il processo penale del 1988 non è semplicissimo individuare le coordinate essenziali del percorso intrapreso dal legislatore: con sicurezza assoluta si può solo constatare la oggettiva mutazione genetica del sistema rispetto alle intenzioni esplicitate col (e nel) modello originario. Dal 1992 ad oggi è stato un continuo incalzare di interventi sostenuti da logiche discordanti ed invero anche parzialmente spurie rispetto all'ideologia accusatoria o almeno rispetto a quelli che vengono solitamente individuati come i suoi significati peculiari.

La modifica dei meccanismi di acquisizione e di utilizzazione delle dichiarazioni veicolate nel fascicolo del dibattimento dopo le contestazioni costituisce solo l'inizio di un percorso caratterizzato dal lento recupero di elementi «inquisitori» - cioè formati fuori dal contraddittorio delle parti - che ha trovato ulteriori momenti di esaltazione nella vicenda dell'art. 513 c.p.p. e nella l. n. 479/99 ed in special modo nella modifica dell'udienza preliminare e nella possibilità di acquisire, sull'accordo delle parti, al fascicolo del dibattimento atti provenienti dal fascicolo delle indagini preliminari.

Le varie esperienze legislative e giurisprudenziali degli ultimi anni profilano, cioè, anche la ricostituzione di tratti procedurali a spiccata vocazione inquisitoria; e non è del tutto scongiurato il pericolo che venga inquinato l'intero modello processuale.

Le più recenti prospettive legislative dimostrano persistenti «scelte politiche» che non sempre esaltano il contraddittorio quale modalità essenziale di formazione della prova e stile «tipico» della giurisdizione. La cultura «inquisitoria» è ancora presente e costituisce, spesso, l'idealità fondante di molte riforme processuali.

Accanto alla modifica costituzionale dell'art. 111 Cost. che, pur tra vari equivoci interpretativi, dimostra un recupero di sensibilità verso i profili essenziali di garanzia

e di tutela dei principi del giusto processo e che prospetta un doveroso adeguamento delle norme procedurali alla mutata realtà costituzionale, è stata recentemente approvata la riforma delle indagini difensive che pone anche perplessità proprio rispetto al modello di processo penale del futuro.

Il tema è da tempo al centro di un serrato dibattito che ruota intorno al tentativo di definire precisi meccanismi normativi che rendano operativo l'evanescente potere «investigativo» del difensore e per questa strada tentare di recuperare spazi di operatività al contraddittorio.

Si è elaborata una disciplina specifica - almeno tendenzialmente - delle indagini difensive per colmare le lacune, evidenziate soprattutto dalla dottrina, che il precedente dato normativo evidenziava, relative alla latitudine del potere, alle modalità di esercizio ed alla documentazione degli atti posti in essere dal difensore.

Attraverso questa strada il legislatore si è proposto il complesso e difficile riequilibrio tra i poteri delle parti nel processo, anticipando alla fase delle indagini preliminari la «parità», sia pure solo tendenziale, tra di esse.

Il tema si colloca decisamente nell'ottica del recupero sostanziale della «parità» nella fase delle indagini preliminari, via via modificata rispetto alla sistematica originaria.

La progressiva erosione della sua funzione servente rispetto alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale ha posto il problema di un riequilibrio dei poteri tra le parti del tutto spurio rispetto alle esigenze - condivisibili o meno - di predisporre una fase preliminare al processo finalizzata solo all'individuazione dell'imputazione senza ripercussioni sulla (centrale) verifica dialogica della responsabilità.

Rafforzare le necessità «istruttorie» prima del dibattimento, significa, infatti, accreditare un «metodo» parzialmente diverso da quello originariamente definito dal legislatore del 1988. In tal senso, le indagini difensive non possono costituire il modo per compensare lo «squilibrio» del contraddittorio, realizzato a partire dal 1992, senza svilire, per ciò solo, il concetto di parità delle armi, che perde il suo ruolo di strumento per la ricostruzione dialettica del fatto e si colloca in un ambito - quello delle opportunità «investigative» - non idoneo ad integrare il carattere saliente dell'ideologia accusatoria: lo «stile dialogico» nella formazione della prova.

Due indagini «parallele», infatti, non costruiscono un contraddittorio; anzi, possono contribuire, insieme ai meccanismi normativi attraverso i quali vive l'osmosi continua

tra indagini preliminari e dibattimento, anche a deteriorare - e ci rendiamo conto che può sembrare paradossale - lo stile accusatorio riconoscendo di fatto l'assoluta prevalenza della fase investigativa.

La problematica delle indagini difensive è stata avvertita come questione fondamentale pure nei rapporti «politici» interni all'amministrazione della giustizia.

La oggettiva crisi della giustizia nel nostro Paese pur non dipendendo dall'ampiezza dei poteri investigativi del difensore, in qualche modo risente anche delle «lotte» della classe forense, motivate dalla oggettiva «mortificazione» del ruolo del difensore nel processo penale.

Il mero riconoscimento formale del potere del difensore di produrre autonome conoscenze giudiziali - quale fu il risultato della legge del 1995 - non ha ridotto lo scontro che, anzi, ha rischiato di radicalizzarsi anche per l'indubbia alterazione degli equilibri costituzionali.

In questo senso, non era più possibile eludere il problema del ruolo, della funzione e dei poteri del difensore nel processo penale; ed allo stesso modo, diventa pressante l'esigenza di ripristinare la legalità processuale per evitare che i nuovi equilibri stentino a trovare una posizione di stabilità. Risolvere il problema delle «investigazioni difensive» è stato anche un modo per evitare di acuire lo scontro sociale in essere da tempo sulla «giustizia»; anche se si è scelta una strada che di per sé incide in modo tecnicamente marginale sulla più ampia e delicata tematica del riequilibrio dei poteri processuali.

Il vero problema risiede nella necessità di recuperare ampi spazi al contraddittorio per realizzare effettivamente lo schema dialogico di formazione della prova, riducendo al minimo il travaso nel dibattimento degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari; e questa sembra la strada intrapresa dal legislatore con la modifica dell'art. 111 Cost. anche se l'impostazione non sembra in sintonia perfetta con la novellistica coeva alla riforma costituzionale.

Ma la vera ragion d'essere della riforma legislativa delle investigazioni difensive può essere rintracciata solo accanto e nel contesto della prospettiva indicata dalla riforma costituzionale: un'organica disciplina legislativa dei poteri investigativi del difensore è essenziale in quanto costituisce il presupposto «operativo» per offrire alla difesa gli strumenti di «partecipazione attiva» al processo.

Per comprendere bene il valore delle indagini difensive, bisogna necessariamente valutare il tema rispetto al tipo di processo nel quale la vicenda viene calata.

Ampliare i poteri della difesa nella fase «investigativa» è un dato che deve essere necessariamente collegato al procedimento probatorio per evitare di svilire il principio della «parità delle armi», riconoscendo allo stesso significati che gli sono estranei.

La riforma in oggetto, cioè, se rapportata ad un processo dove vi è un continuo travaso di atti tra indagini e dibattimento evoca necessariamente l'idea di due indagini parallele che sommate non danno un contraddittorio. All'opposto, se il nuovo dato normativo viene inserito in un processo che vede la prova formarsi solamente in dibattimento e secondo lo stile dialogico, allora assume un ruolo importante perché costituisce il presupposto per rendere concreto il diritto di difesa nella sua prevalente accezione probatoria.

CAPITOLO I

L'evoluzione legislativa delle indagini difensive

1. Dal Codice Rocco all'art. 38 disp. Att. del Codice Vassalli

In base all'impostazione tradizionale prospettata dagli esperti del processo penale, la difesa costituisce l'attività processuale che si traduce nel porre in essere ciò che è necessario al fine di far valere, dinanzi l'autorità giudiziaria, i diritti soggettivi e gli interessi dell'imputato¹.

Per tanto tempo si è sostenuto che l'efficacia della difesa non fosse un fattore dipendente dalla struttura processuale, dunque dal rapporto tra le funzioni e i poteri delle parti processuali e le funzioni delle fasi processuali, piuttosto dalla portata delle garanzie difensive assicurate dalla disciplina del processo.

In tal senso, sotto la vigenza del Codice processuale penale del 1930, il fatto che il difensore dell'imputato giocasse un ruolo da co-protagonista, con compiti per lo più di tipo propositivo o di controllo, risultava coerente con una disciplina che assegnava invece al giudice e al pubblico ministero il compito di formazione della prova: ne

1 V. Manzini, *Trattato di diritto processuale italiano*, Giappichelli editore, 1968, II, pp. 541 ss.

deriva che il processo era fondato su una chiara disparità tra l'accusa e la difesa.

Infatti il difensore non poteva ricercare e contattare in maniera diretta le possibili fonti di prova, anche se nessuna disposizione vietava ciò in maniera formale, al punto da potersi configurare un'ipotesi di responsabilità disciplinare per il difensore che, durante la fase istruttoria, avesse interloquuto con un testimone².

Con l'approvazione del Codice di procedura penale del 1988, tale scenario è mutato completamente, anche grazie al superamento di quell'orientamento della dottrina che guardava alla difesa dell'imputato come un fattore non condizionato dalla scelta del modello processuale³. Il Codice del 1988, infatti, è fondato su un sistema penale accusatorio, con annessa valorizzazione del principio della separazione delle fasi processuali e del principio di pari dignità tra accusa e difesa.

In tale differente contesto legislativo, è mutato drasticamente anche il ruolo del difensore, figura che in tale contesto trova piena esplicazione non soltanto nel momento di formazione della prova, ma anche nel momento di ricerca delle fonti di prova, momento nel quale viene posta in essere l'attività di investigazione autonoma dalle parti. Tale impostazione deriva dalla convinzione che per giungere ad un equilibrio nel rapporto tra accusa e difesa, è necessario che entrambi tali parti possano agire in condizioni di parità durante tutto il corso del processo⁴.

Sono proprio i connotati del nuovo modello processuale che rendono coerente con il sistema il riconoscimento del diritto della difesa di ricercare, individuare e valutare le fonti di prova, un riconoscimento rinvenibile nelle diverse disposizioni del Codice che attribuiscono alla difesa la facoltà di richiedere l'acquisizione di prove a proprio carico.

Tuttavia tale principio della partecipazione della difesa alla ricerca delle fonti di prove, in posizione di parità rispetto all'accusa, non trovò riscontro in un'adeguata normativa codicistica⁵. Conferma di ciò è la scelta di posizionare tra le disposizioni di attuazione, in particolare all'art. 38, la disposizione concernente le facoltà dei difensori di esercitare il diritto di prova, ma soprattutto la decisione di delineare i criteri guida di

2 N. Triggiani, *La l. 7 dicembre 2000, n. 397 («Disposizioni in materia di indagini difensive»): prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 2278 ss.

3 P. Ferrua, *Difesa*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1989, pp. 466 ss.

4 M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè editore, II, 1984, pp. 190 ss.

5 D. Siracusano, *La «polivalenza» delle indagini preliminari*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2001, II, pp. 15 ss.

una disciplina i cui elementi definitivi avrebbero dovuto essere stabiliti solo in un momento successivo.

Richiamando la sua formulazione originaria, l'art. 38 disp. Att. prevedeva che i difensori avessero la facoltà di porre in essere «investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possono dare informazioni», e dunque «sia attività di investigazione diretta, intese alla individuazione di tracce del reato, sia attività di investigazione indiretta, intese all'assunzione di informazioni da persone idonee»⁶.

Fu subito chiara la diversità di contenuto rispetto al testo del progetto preliminare delle norme di attuazione che dettava, in maniera più puntuale, le forme e le modalità di conferimento con le persone informate dei fatti⁷: la scelta di regolare la materia in termini generici e non anche analitici venne, perciò, valutata negativamente, nella convinzione che «una norma che non specifica contenuti di attività lecite e sbarramenti di confine di attività illecite non risponde appieno all'esigenza per la quale è concepita, che non era quella di dire che il diritto può essere esercitato cercando le prove, bensì di offrire all'interprete criteri positivi, per costruire, con una certa armonia e coerenza, gli strumenti concettuali operativi, indispensabili per la prassi giudiziaria»⁸.

6 A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2001, pp. 299 ss.

7 L'art. 33 del progetto preliminare delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale riconosceva al difensore la facoltà di conferire con le persone che possono dare informazioni, facendosi «rilasciare da esse dichiarazioni scritte»; era altresì stabilito che gli interpellati sarebbero stati avvertiti tanto della facoltà di rifiutare il colloquio quanto di quella di fare presenziare all'incontro una persona di loro fiducia, che avrebbe potuto sottoscrivere l'eventuale dichiarazione scritta; inoltre quella norma negava espressamente che la facoltà di conferire con la persona informata potesse essere esercitata nei riguardi di un soggetto la cui testimonianza fosse stata già ammessa nell'incidente probatorio, nell'udienza preliminare o nel dibattimento. Peraltro tale disposizione non andò esente da critiche per il fatto di regolare esclusivamente i casi di individuazione ed ascolto dei testimoni a discarico: tanto da indurre il Consiglio superiore della magistratura, nella formulazione del proprio parere sul progetto, a rilevare che «il detto articolo 33, pur costituendo, nell'ambito di un modello di stampo accusatorio, «il coerente sviluppo riconosciuto alla difesa, di ricercare di individuare e deliberare le fonti di prova per sostenere la ricostruzione dei fatti, quale affermata dall'imputato, o per contrastare quella maturata dall'accusa», nondimeno si segnalava per la mancanza di «indirizzi certi e sicuri», che dovevano riguardare «le modalità di documentazione delle dichiarazioni raccolte dai potenziali testimoni... la loro utilizzabilità processuale... le modalità di convocazione del testimone con la previsione che essa andava disposta per iscritto, con l'avviso che non vi era obbligo giuridico di comparire, e con l'indicazione della persona per conto della quale veniva richiesta e l'oggetto della stessa». Sul punto si veda A. Tronci, *La tutela del cittadino imputato: dalla Carta europea dei diritti fondamentali alle nuove disposizioni sulle indagini difensive. Linee guida della legge n. 397/2000 e modifiche al codice penale*, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 2262 ss.

8 A. Cristiani, *Sub art. 38 disp. Att.*, in F. Chiavario, *Commento del nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare. Norme di attuazione*, I, Giappichelli, 1992, pp. 153 ss.

Disposizione, quindi, dal tenore volutamente indeterminato per la quale, nel contesto generale del sistema codicistico, non era difficile rilevare una certa superfluità: tanto da spingere taluni ad asserire che «il legislatore non ha fatto altro che esprimere un'esigenza dalla quale nessun difensore serio e diligente avrebbe potuto esimersi. Il fatto che la norma tolga il difensore dall'area del rischio di accuse di scorrettezza e di comportamento non deontologico è, più che una necessità interpretativa delle norme del codice, un contributo testuale alla sicurezza giuridica»⁹.

2. Le incertezze applicative relative all'art. 38 disp. Att.

La costruzione normativa registrò una prima obiezione di fondo dalla Commissione parlamentare che, in sede di parere, propose di riformulare la norma nel senso di consentire al difensore di avvalersi - in alternativa all'investigatore privato - direttamente della polizia giudiziaria nell'espletamento dell'attività investigativa¹⁰.

Altra obiezione fondava, invece, sulla incompletezza della disciplina e sull'esigenza di rinviare ad una legge organica per regolamentare in modo esauriente in un settore così importante e così nuovo. Si rimproverava, inoltre, al legislatore l'inopportunità di interloquire in una materia così rilevante avvalendosi delle disposizioni di attuazione e, comunque, si poneva l'accento sull'ambito specifico e sulle finalità del potere investigativo del difensore che muovendosi nell'alveo del diritto alla prova costituivano la necessaria premessa per un corretto esercizio del diritto¹¹.

In tale contesto, il legislatore ha ritenuto di stendere definitivamente la disposizione limitandola alla sola previsione del potere investigativo e di contatto con le «fonti» .

La ragione della definitiva scelta è attribuibile ad una serie di ragioni; da un lato, v'è stata sicuramente la volontà di lasciare la specifica regolamentazione, vista la delicatezza della materia, ad un successivo intervento legislativo e la constatazione che bisognava solo prevedere il «potere investigativo» del difensore; dall'altro, invece, ha prevalso l'idea che, essendo quel potere proiettato soprattutto verso l'esercizio del diritto alla prova nel dibattimento - dove le regole di assunzione della prova sono dettagliatamente disciplinate e valide per tutte le parti -, non era necessario prevederne specifiche modalità di esercizio e di documentazione.

9 *Ivi*, pp. 159 ss.

10 A. Cristiani, *Sub art. 38 disp. Att.*, cit, pp. 153 ss.

11 *Ibidem*.

In fondo, la sua (limitata) latitudine trovava la naturale interfaccia nella proiezione tipicamente probatoria del potere stesso e nella volontà di esaltare, per un verso, il principio della parità delle armi, inteso come «pari opportunità probatorie», nel dibattimento e, per altro verso, di affidare la realizzazione piena dello stile accusatorio ai principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio.

Nonostante questa indiscutibile proiezione, però, si notava come la struttura del nuovo sistema processuale ed in particolare l'opzione per la pluralità dei moduli procedurali¹² - fondata sulla necessità, da un lato, di deflazionare ampiamente il ricorso al dibattimento e, da altro lato, sull'attuazione del principio di adeguatezza¹³ - e la previsione di meccanismi di controllo sull'esercizio dell'azione penale¹⁴ avrebbe richiesto una maggiore ampiezza e concretezza delle indagini difensive per consentire l'utilizzazione del materiale raccolto anche in funzione della celebrazione dei procedimenti speciali c.d. deflativi e dell'udienza preliminare.

Invece, la lettera dell'art. 38 disp. att. e, soprattutto, l'interpretazione giurisprudenziale immediatamente prevalente¹⁵ sembrava non consentire di ampliare in tal senso la portata della disposizione.

Si contestava, ed a ragione, che la disposizione finiva per essere solo apparentemente una norma programmatica e che non consentiva la piena attuazione delle direttive 3 e 69 della legge delega¹⁶, inducendo, proprio a causa della sua genericità, una interpretazione che impoveriva completamente la sua portata.

Si avvertiva, cioè, la necessità di sviluppare la disciplina normativa delle indagini difensive per consentire all'attività investigativa del difensore di proporsi anche in proiezioni diverse dal dibattimento, quando lo richiedevano situazioni di compressione della libertà personale o, in prospettiva, scelte deflative.

12 G. Paolozzi, *Il giudizio abbreviato (nel passaggio dal modello «tipo» al modello pretorile)*, Cedam, 1991, pp. 7 ss.

13 G. Foschini, *Sistema di diritto processuale penale*, I, Giuffrè, 1965, p. 9, sottolineava l'importanza del principio di adeguatezza tra funzione e struttura del processo ed auspicava una molteplicità dei moduli connessi ad esigenze oggettive.

14 A. Scalfati, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Cedam, 1999, pp. 13 ss.

15 L'interpretazione dell'art. 38 disp. att. (precedentemente alla riforma del 1995) tendeva a negare la possibilità di presentare direttamente al giudice i risultati delle indagini e, consequenzialmente, negava valore agli stessi. Si vedano Cass., Sez. I, 31 gennaio 1994, Vincenti, in *Giust. pen.*, III, c. 223, 498 e 568 e Cass., Sez. VI, 8 maggio 1993, Minzolini, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 974, n. 586

16 G. Biscardi, *Investigazioni difensive tra attualità e prospettive future*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, II, pp. 1427 ss.

Consentire una compiuta difesa nel corso delle indagini preliminari è, peraltro, elemento essenziale per agevolare il ricorso ai riti alternativi.

L'interpretazione giurisprudenziale richiamata, però, poteva essere superata dalla lettura combinata e sistematica dell'art. 38 disp. att. con le disposizioni costituzionali ed internazionali e con le direttive 3 e 69 della legge delega. Da questo complesso normativo emerge, con chiarezza, che la finalizzazione delle indagini difensive all'esercizio del diritto alla prova non poteva limitare né, a maggior ragione, precludere la possibilità di utilizzare il contenuto dell'attività investigativa per esigenze connesse alla tutela della libertà personale o alla definizione anticipata della vicenda. La ratio dell'istituto, infatti, era quella di rendere concreto il diritto di difesa non solo in proiezione di una decisione conclusiva (e, quindi, anche dei procedimenti speciali deflativi) ma in tutti i momenti critici nei quali scattano - comunque eccezionalmente - meccanismi difensivi.

Sembra pacifico, dunque, che, anche in quel contesto, era possibile utilizzare le dichiarazioni assunte dal difensore o i documenti da questi acquisiti per le vicende di libertà, per l'udienza preliminare (quanto meno per mettere in moto il meccanismo dell'art. 422 c.p.p.) e, consequenzialmente, per la celebrazione del giudizio abbreviato. Né gli indubbi limiti nella disciplina positiva in relazione alle modalità di acquisizione degli elementi e di documentazione dell'attività costituivano ostacoli insormontabili all'utilizzabilità degli atti di indagine posti in essere dal difensore o da un suo sostituto.

3. La riforma delle investigazioni difensive ad opera della legge n. 332/1995

È notorio che le sentenze della Corte costituzionale del 1992¹⁷ hanno avuto un effetto «dirompente» nel sistema processuale penale, modificando, in modo radicale, alcuni segmenti del rito.

La conseguenza delle citate decisioni è stata, in estrema sintesi, quella di rendere utilizzabile nel dibattimento quasi tutta l'attività investigativa posta in essere dal p.m. e dalla polizia giudiziaria¹⁸, superando, così, il divieto precedente che limitava l'utilizzabilità solo alle dichiarazioni rese al pubblico ministero ed alla polizia

17 Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Giur. Cost.*, 1992, pp. 114 ss.; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254, in *Giur. Cost.*, 1992, pp. 114 ss.; Corte Cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. Cost.*, 1992, pp. 114 ss.

18 M. Nobili, *Scenari e trasformazione del processo penale*, Cedam, 1998, pp. 42 ss.

giudiziaria nel corso di perquisizioni e nell'immediatezza o sul luogo del fatto. Questo, però, non era solo un mero divieto normativa ma costituiva l'essenza del procedimento probatorio, la radice ontologica di fondo del nuovo rito penale.

Si comprende agevolmente, quindi, quale sia stato l'impatto di questa nuova filosofia - stranamente non di origine legislativa, ma giurisprudenziale (sia pur ai massimi livelli) - e quali le conseguenze sul piano delle prassi.

Il processo penale, senza avere avuto ancora la possibilità di esprimersi in modo sufficiente, si è immediatamente e radicalmente trasformato: da processo che collegava il versante probatorio interamente al dibattimento, ritenuto unico luogo per la formazione della prova secondo lo schema dialogico (tipico di un processo di parti), a processo nel quale è possibile utilizzare, attraverso meccanismi «contestativi», tutta l'attività investigativa. Conseguenza logica di questa impostazione è che le indagini preliminari non sono più esclusivamente finalizzate alle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale ma costituiscono il luogo in cui si confezionano anche (o prevalentemente) elementi utilizzabili nel dibattimento.

Muta completamente la prospettiva del rapporto indagini-processo e si opera un pericoloso avvicinamento culturale al processo con istruzione, che dimostra una malcelata nostalgia per l'istruzione garantita che sembra essere il modello di riferimento della Corte costituzionale¹⁹.

Nel contempo, si crea una sorta di ponte che emargina l'incidente probatorio, unico istituto pensato dal legislatore per consentire l'acquisizione probatoria anticipata - in situazioni eccezionali - nella fase delle indagini preliminari, tutelando, comunque, il contraddittorio anche se a discapito dell'oralità e dell'immediatezza.

In questo contesto, infatti, il legislatore invece di intervenire sull'incidente probatorio - come ha, poi, fatto nel 1997 - ha preferito, per non discostarsi dalle pronunzie della Corte costituzionale, modificare l'art. 500 commi 4 e 5²⁰, introducendo una regola

19 G. Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 1993 ss.

20 Con la l. 7 agosto 1992, n. 356 è stato, infatti, novellato l'art. 500 c.p.p. e con particolare riferimento al punto che interessa la nostra indagini è stato disposto, per un verso, che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni all'esame del testimone vengono acquisite al fascicolo del dibattimento e vengono valutate come prova dei fatti in esse affermati unicamente ad altri elementi che ne confermano l'attendibilità (art. 500 comma 4 c.p.p.); nel caso, invece, in cui risulta che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga o deponga il falso, le dichiarazioni acquisite ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p. vengono valutate come prova dei fatti in esse affermati prescindendo da ogni ulteriore conferma (art. 500

probatoria che non incide sul procedimento di formazione della prova ma sulla valutazione della stessa. Si tratta, peraltro, di una soluzione normativa equilibrata che riconosce prevalenza alla dichiarazione resa nelle indagini preliminari solo quando le stesse sono corroborate e confermate da ulteriori elementi probatori.

Equilibrio che trova maggiore linfa e si consolida confrontando la soluzione adottata con la prassi che, consentendo la celebrazione dei processi penali a distanza di molti anni dal fatto, impone un meccanismo di recupero delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone.

Lo spessore dell'intervento non è, quindi, dovuto tanto alle conseguenze concrete - che si stimano, per certi versi, anche ragionevoli - ma quanto alla (inspiegabile) distanza «politica» della soluzione normativa imposta da un intervento giurisprudenziale (recepito, poi, dal legislatore) rispetto a quella originariamente prevista dal sistema processuale, frutto, peraltro, di una scelta politica ben precisa.

La situazione determinatasi a seguito delle sentenze del 1992, unicamente alle critiche mosse da più parti all'utilizzazione troppo ampia e spesso strumentale della custodia cautelare²¹, ha posto in luce la necessità, tra l'altro, di anticipare l'intervento del difensore, con i connessi poteri di investigazione, alla fase delle indagini preliminari per riequilibrare, in quella fase, la parità delle parti proprio in considerazione della valenza probatoria che l'attività ivi compiuta può avere e dell'ampiezza di alcune situazioni tipiche del momento investigativo, direttamente incidenti sui diritti e sulle libertà fondamentali dell'individuo.

In tale ambito è stata promulgata la l. n. 332 del 1995 che oltre ad intervenire in modo incisivo sulla disciplina della libertà personale nel processo penale²² si è anche occupata del versante delle investigazioni difensive introducendo nel corpo dell'art. 38 disp. att. due nuovi commi: il comma 2- bis che prevede la possibilità per il difensore del soggetto sottoposto ad indagini e della persona offesa di presentare al giudice gli

comma 5 c.p.p.).

21 A ridosso delle richiamate sentenze della Corte costituzionale e nel periodo c.d. di «tangentopoli» si sono verificate delle indubbe forzature nell'uso delle misure cautelari, qualche volta - se non frequentemente - applicate non in funzione di esigenze cautelari specifiche ma solo per necessità investigative o per ottenere la confessione e, possibilmente, qualche chiamata di correità. Questa situazione, oggetto di «anomale» frizioni tra «politica» e «magistratura inquirente», è stata la causa fondamentale dell'intervento legislativo richiamato; ad essa si è aggiunta l'anomala situazione conseguente alle sentenze della Corte costituzionale del 1992.

22 AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Cedam, 1995, p.p 113 ss.

elementi che ritiene rilevanti per la decisione da adottare; il comma 2-ter che stabilisce l'inserimento della documentazione prodotta nel fascicolo delle indagini in originale o in copia ove la persona sottoposta alle indagini ne richiede la restituzione.

Si è trattato di una modifica normativa che, in verità, ha inciso poco sui temi centrali del dibattito sulle investigazioni difensive, limitandosi a consentire al difensore (della persona sottoposta alle indagini ovvero della persona offesa) di produrre gli elementi, raccolti al giudice per le indagini preliminari, verosimilmente al fine di ottenere una «decisione» soprattutto in materia di libertà personale e patrimoniale, notoriamente in «fermento» proprio nella fase tipicamente investigativa o comunque per determinare una «decisione» di altra natura.

Restano inalterate le critiche di fondo mosse dalla dottrina alla disciplina delle investigazioni difensive²³.

La mancata tipizzazione dei comportamenti e delle modalità di documentazione degli atti e il conseguenziale profilo dell'utilizzabilità di essi²⁴ assumono ancor maggiore significato proprio per la dichiarata valenza delle investigazioni del difensore in una fase nella quale, invece, l'attività del pubblico ministero e della polizia giudiziaria sono sottoposte a rigida regolamentazione²⁵.

E la prospettiva di pari dignità in punto di utilizzabilità degli atti, ritenuta dalla dottrina l'auspicata meta interpretativa²⁶, propone l'esigenza di una complessiva e puntuale disciplina che risolva i nodi aperti - e sono tanti - del tema.

Ma, nonostante l'intervento legislativo, restano irrisolti i problemi di maggior rilievo e si continua a richiedere un intervento che dipani i pressanti interrogativi, qui solo sinteticamente richiamati.

23 P. Tonini, *Commento all'art. 22*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Cedam, 1995, pp. 296 ss.

24 *Ibidem*; G. Biscardi, *Investigazioni difensive tra attualità e prospettive future*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, II, pp. 1427 ss.

25 Gli artt. 347-378 c.p.p. (ma anche le disposizioni normative aderenti alla materia cautelare) indicano in modo eloquente la precisa disciplina dei poteri e dell'attività della polizia giudiziaria e del pubblico ministero e della documentazione di tale attività.

26 G. Giostra, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in E. Grevi (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Giuffrè, 1996, pp. 199 ss.

4. La riforma dell'art. 111 Cost. e delle indagini difensive

In questo contesto, sono stati esplorati dal legislatore due ambiti di particolare importanza che hanno condotto al varo di fondamentali novelle: la riforma dell'art. 111 Cost. e l'adeguamento delle strutture procedurali alla nuova norma della Carta costituzionale e la riforma dell'impianto delle investigazioni difensive; ambedue gli ambiti devono affrontare il reale nodo problematico del processo penale, ossia la necessità di recuperare una «concezione sostanzialistica» del contraddittorio inteso quale principio guida della giurisdizione penale.

Il percorso riformatore deve, cioè, aggredire i vari profili del contraddittorio recuperando, in tutte le ottiche, la logica sottesa alla formazione della prova secondo lo schema dialogico.

Diversamente, ogni ulteriore intervento sulla fase investigativa - pur se «nobilmente» teso ad ampliare il diritto all'investigazione difensiva - finisce per legittimare (o prestare il fianco a strumentali tentativi di legittimare) la situazione di «sconvolgimento» del contraddittorio stesso.

La previsione di due indagini parallele, ossia quella del pubblico ministero e quella del difensore, tra l'altro in assenza di una reale parità (basti pensare all'impossibilità, per il difensore di effettuare «intercettazioni di conversazioni telefoniche o di comunicazioni tra presenti» e perquisizioni), non favorisce un corretto contraddittorio, tuttavia può minarne i tratti essenziali, perché consente l'ingresso, mediante lo strumento delle contestazioni, di ulteriori elementi «preformati» dal difensore o da un suo sostituto, senza neppure la garanzia in qualche modo offerta dalla qualità soggettiva pubblica dell'organo dell'accusa e della polizia giudiziaria.

Al contrario, emerge un rischio: si avverte, cioè, il fondato pericolo di conferire maggior valore probatorio alla fase investigativa, che costituisce un «regresso» rispetto all'originaria impostazione che voleva questa fase solo deputata alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

L'essenza delle indagini difensive e del contraddittorio dimostra che, pur non essendovi una necessaria interrelazione tra i due profili, quello investigativo non è certamente relegato a parte residua del procedimento; anzi, si deve evidenziare che è essenziale incidere su entrambi i fronti per recuperare un modello processuale legalmente efficiente.

Sul versante del contraddittorio, il legislatore ha avvertito la necessità di un intervento forte e deciso che stabilisse i termini precisi del principio e ne delineasse un significato univoco per evitare interpretazioni «manipolative» incoerenti con le prospettive più volte delineate. In tal senso è stata disegnata la modifica dell'art. 111 Cost.²⁷, caratterizzata da una decisa presa di posizione per le garanzie del giusto processo ed in particolare indirizzata a dare rilievo centrale alla concezione sostanzialistica del contraddittorio ed alla ragionevolezza dei tempi processuali. Con essa il legislatore ha affrontato finalmente - e decisamente - il centrale problema dell'acquisizione della prova, anche se l'approccio al tema non è del tutto convincente e va comunque approfondito.

La nuova norma costituzionale si compone di una serie di indicazioni di principio che danno risalto al concetto di giusto processo ed al contraddittorio come valore cardine della giurisdizione e quale regola essenziale di formazione della prova; e, quindi, innanzitutto una direttrice politica della giurisdizione penale dove si colloca, in posizione centrale, anche la ragionevolezza dei tempi processuali.

Questi versanti di garanzia, in verità, erano in passato già oggettivamente rintracciabili, senza particolari sforzi, all'interno della Carta fondamentale²⁸; la loro «esaltazione» formale e la loro puntualizzazione si è resa necessaria per far fronte alle ripetute interpretazioni della Corte costituzionale in tema di contraddittorio che tradivano una concezione formalistica del principio.

La riforma dell'art. 111 Cost. va letta, quindi, non tanto nell'ottica del bisogno di riaffermare i valori del giusto processo - assolutamente scontati e adeguatamente già rappresentati nella Costituzione - e di alcuni suoi essenziali profili quali il metodo dialogico o la terzietà e l'imparzialità del giudice, ma in quella di recuperare una concezione del contraddittorio quale carattere della giurisdizione oltre che impedire al procedimento di «formazione della prova» una evoluzione verso linee direttrici che, in sostanza, surrettiziamente reintroducano species del tutto simili «all'istruzione garantita».

In questo nuovo ambito si inserisce anche la riforma delle investigazioni difensive.

Essa può introdurre un dato di coerenza se la si collega alla riforma dell'art. 111 Cost.

27 C. Conti, *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir.pen. e proc.*, 2000, p. 199

28 M. Nobili, *La disciplina costituzionale del processo*, Lorenzini, 1986.

perché acquista, in questa prospettiva, una valenza realmente destinata ad incidere positivamente sulla parità delle parti nell'esercizio del diritto alla prova.

È possibile riconoscere nella l. n. 332 del 1995 essenzialmente tre linee guida²⁹.

In primo luogo va evidenziata la scelta del legislatore di optare per l'abrogazione dell'art. 38 disp. Att. c.p.p., ricostruendo organicamente la disciplina delle indagini difensive mediante l'introduzione di un titolo apposito (il VI bis), nel libro V del Codice: ciò appare una chiara espressione della volontà di mettere in risalto la correlazione tra l'attività di indagine del difensore e quella del pubblico ministero³⁰.

In secondo luogo, la l. 397/2000 si caratterizza per avere tipizzato gli atti di indagine difensiva, regolando i singoli atti di acquisizione diretta e indiretta di elementi di prova³¹. Del resto, tale testo di legge ha procedimentalizzato l'attività di investigazione del difensore prevedendo specifiche modalità per l'esplicazione di essa e forme documentali speciali per i risultati.

In terzo luogo, nella legge in commento risalta chiaramente l'intenzione del legislatore di eliminare qualsivoglia dubbio in relazione all'utilizzo dei risultati dell'attività di indagine difensiva, mediante una parificazione del valore probatorio degli atti difensivi agli atti espletati dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nella fase delle indagini preliminari.

Volendo esprimere un giudizio sulla l. 395/2000 non si può sorvolare sul fatto che il testo presenta, insieme a importanti soluzioni normative, una serie di disposizioni dal contenuto approssimativo o, quanto meno, conseguenza di un coordinamento difettoso³². A titolo di esempio si richiama il caso degli accertamenti tecnici non ripetibili per i quali il legislatore si è preoccupato di disciplinare la forma di documentazione e la relativa utilizzabilità (art. 391 commi 3 e 4 decies c.p.p.), senza però prevederne presupposti e modalità di esplicazione, apparentemente collegabile ai soli casi degli accessi in luoghi pubblici, privati o non aperti al pubblico (art. 391 sexies e 391 septies c.p.p.).

29 A. Cristiani, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Giappichelli, 2001

30 G. Spangher, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium juris*, 2001, pp. 530 ss.

31 P. Tonini, *Manuale di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, Giuffrè editore, 2001, pp. 44 ss.

32 E. Aprile, *Nuove prospettive nel processo penale dopo l'entrata in vigore della l. n. 397 del 2000 sulle indagini difensive*, in *Dir. Famiglia*, II, 2002, pp. 611 ss.

Più in generale, è possibile ravvisare nell'impostazione di fondo della l. n. 397 del 2000 una palese tendenza ad uniformare i poteri di investigazione del difensore a quelli, già notevolmente ampliati, della pubblica accusa. Sicché, in un contesto di interventi legislativi tesi a riaffermare il carattere accusatorio del processo penale e, conseguentemente, i principi di oralità e immediatezza della prova, in buona sostanza la centralità della fase dibattimentale (determinanti sono, al riguardo, le linee di indirizzo della l. Cost. n. 2 del 1999 che ha novellato l'art. 111 Cost., e della connessa legge di attuazione n. 63 del 2001 sul «giusto processo»), la legge sulle indagini difensive mostra di seguire una tendenza contraria, attribuendo al patrocinatore delle parti private una serie di poteri di investigazione da esercitare prevalentemente nella fase delle indagini preliminari, con la possibilità che i relativi risultati possano avere efficacia probatoria direttamente nella fase successiva del giudizio.

Sul punto autorevole dottrina ha osservato come si faccia «fatica a comprendere come mai siano state frustrate le aspettative di quanti confidavano in un'efficace e netta accentuazione dei moduli accusatori, ripensando l'intero meccanismo di recupero e impiego probatorio degli elementi acquisiti nell'indagine-investigazione preliminare e ripristinando con forza il principio della concentrazione delle prove nel dibattimento pubblico e orale (ed invece) l'intero intervento normativo si è mosso sullo sfondo del complesso dei poteri assegnati alla pubblica accusa e con affrettata manovra di novazione soggettiva se ne è incardinata la titolarità anche in capo ai difensori »³³.

Se in precedenza il pubblico ministero sedeva «alla destra del padre», ossia dell'autorità giudiziaria, mentre il difensore sedeva in basso, vicino alla platea, tra le modifiche introdotte si registra anche lo spostamento fisico del pubblico ministero, allocato adesso accanto al difensore, anche se tale parità di posizione, non sembra essersi concretizzata nell'iter processuale.

33 V. Santoro, *L'anomalia degli accertamenti tecnici irripetibili*, in *Guida al dir.*, 2001, 1, pp. 78 ss.

CAPITOLO II

L'impianto normativo della l. 397/2000

1. Premessa

L'intervento attuato con la l. 7 dicembre 2000, n. 397, in vigore dal 18 gennaio 2001, è stato molto articolato: a fronte dell'abrogazione dell'art. 38 disp. att. c.p.p., ad opera dell'art. 23 del medesimo testo di legge, ritroviamo ventuno articoli ridisegnati, vale a dire modificati, sostituiti o integrati con nuovi commi (per la precisione, sedici articoli nel c.p.p. e cinque nel c.p.) e ben tredici articoli del tutto nuovi (due dei quali nel c.p.), a riprova dell'intenzione del legislatore di dettare una disciplina organica e dettagliata delle investigazioni difensive.

Va subito evidenziata la nuova collocazione sistematica della materia, finalmente disciplinata all'interno del tessuto codicistico.

La norma fondamentale, in forza della quale è riconosciuto al difensore il diritto di esplicitare le investigazioni difensive, è stata inserita ad opera dell'art. 7 l. n. 397/2000 nell'ambito delle disposizioni generali riguardanti le indagini preliminari, mediante il nuovo art. 327-bis c.p.p., rubricato «Attività investigativa del difensore». Questa attività è definita come oggetto di una facoltà propedeutica all'esercizio del diritto di difesa e, nello specifico, alla ricerca e all'individuazione di elementi di prova favorevoli al proprio assistito, non solamente in ogni stato e grado del procedimento, bensì anche nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

L'espletamento dell'attività investigativa del difensore, le forme di documentazione e le condizioni per l'uso dei risultati dell'attività investigativa in tutte le fasi del procedimento, anche quella dibattimentale, sono stati attentamente regolati mediante l'introduzione di un nuovo titolo nel libro V del Codice di procedura penale, il titolo VI-bis, dedicato alle «Investigazioni difensive» e articolato in nove articoli (artt. 391-bis-391-decies).

La nuova collocazione delle disposizioni relative alle investigazioni difensive ha chiaramente il fine di evidenziarne la pari dignità formale e sostanziale in relazione alle investigazioni della polizia giudiziaria e del p.m.

Paradossalmente, già alla vigilia dell'entrata in vigore del c.p.p. del 1988, la dottrina

aveva evidenziato come sarebbe stato auspicabile chiarire immediatamente, nelle prime disposizioni del codice, il nuovo ruolo del difensore, non più semplicemente critico dell'attività del pubblico ministero, ma che contribuisce alla ricostruzione e all'accertamento del fatto penalmente rilevante, accanto a quello del p.m. e del gip, fissato, rispettivamente, dagli artt. 327 e 328 c.p.p.³⁴.

Dopo undici anni, quell'auspicio è stato accolto dal legislatore, che viene così a sottolineare la dimensione triadica anche della fase preliminare al giudizio.

L'art. 327- bis c.p.p. individua chiaramente i soggetti dell'investigazione difensiva, l'oggetto e la finalità di tale investigazione (attraverso un puntuale rinvio al nuovo titolo VI- bis del libro V del c.p.p.), nonché i limiti cronologici dell'investigazione, anche se, sotto questo profilo, la disposizione va raccordata con l'art. 391- nonies c.p.p., come vedremo meglio in seguito.

2. I soggetti delle investigazioni difensive

L'individuazione dei soggetti legittimati a svolgere investigazioni difensive non presenta, dunque, particolari difficoltà: l'art. 327- bis c.p.p. prevede ai commi 1 e 3 che la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito possa essere esercitata dal difensore ovvero, su suo incarico, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

Sebbene l'art. 327- bis c.p.p. non richieda espressamente l'atto scritto, è opportuno normalizzare l'incarico o la delega sostitutiva, al fine di estendere agli altri soggetti della difesa i diritti del difensore: non è da escludere, peraltro, che l'elaborazione giurisprudenziale riterrà implicito questo adempimento, che potrebbe quindi divenire necessario³⁵.

È appena il caso di rilevare che la riconosciuta possibilità per il difensore di avvalersi della collaborazione dei soggetti poc'anzi ricordati ha evidentemente la finalità di fornire alla difesa un ausilio, un ausilio che sopperisca, almeno in parte, alla disparità operativa con l'accusa, la quale, com'è noto, ha a disposizione ben altri mezzi e

34 V. Perchinunno, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Atti del Convegno (Ostuni, 8-10 settembre 1989), Giuffrè editore, 1991, pp. 153 ss.

35 R. Bricchetti, E. Randazzo, *Manuale dell'avvocato-investigatore: la difesa muove e vince in 39 mosse*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 47, pp. 22 ss.

strutture: basti soltanto pensare che il pubblico ministero, ex art. 327 c.p.p., ha la diretta disponibilità della polizia giudiziaria - vale a dire di un apparato quanto mai articolato ed efficiente, dotato di rilevanti risorse sul piano umano e tecnologico - praticamente su tutto il territorio nazionale.

Dal comma 1 dell'art. 327- bis c.p.p. (e dalla stessa rubrica della norma) - come del resto già dal comma 1 dell'abrogato art. 38 disp. att. c.p.p. - emerge comunque chiaramente, nell'ambito dell'ufficio difensivo, la posizione di «supremazia» del difensore, nel senso per cui il difensore è il solo titolare del «diritto di investigazione», anche qualora ritenga opportuno avvalersi dell'opera di sostituti, investigatori privati o consulenti tecnici: in questa eventualità il difensore sarà chiamato, entro certi limiti, a rispondere del loro operato: in particolare, egli dovrà vigilare affinché i suoi ausiliari rispettino sia le regole normative e deontologiche in tema di investigazione difensiva, sia il segreto professionale.

Il difensore, insomma, dirige, controlla ed è responsabile delle indagini difensive, specularmente al pubblico ministero, il quale, a norma dell'art. 327 c.p.p., dirige ed è responsabile delle indagini preliminari.

Merita di essere ricordato che l'art. 334 bis c.p.p. - introdotto dall'art. 8 l. n. 397/2000 - dispone che il difensore e i suoi ausiliari «non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte»: l'avverbio «neppure» ha evidentemente la finalità di confermare l'insussistenza di un tale obbligo nell'attività difensiva in genere e di escludere quindi che il difensore possa assumere la qualità di pubblico ufficiale qualora svolga attività investigativa³⁶, restando comunque e sempre un soggetto privato esercente un servizio di pubblica necessità ex art. 359 c.p.

Quanto alla figura del sostituto del difensore, occorre subito segnalare un problema di coordinamento tra norme, già avvertito durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p. e non espressamente risolto neppure dalla novella del 2000.

L'art. 102 c.p.p. prevede che il difensore possa designare un sostituto «per il caso di impedimento e per tutta la durata di questo», precisando che il sostituto «esercita i diritti e assume i doveri del difensore».

³⁶ E. Randazzo, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, n. 1, pp. 40 ss.

Ora, secondo una parte della dottrina, che fa leva sulla formulazione letterale dell'art. 102 comma 1 c.p.p., il sostituto del difensore potrebbe svolgere le investigazioni soltanto in caso di impedimento effettivo e documentabile di questi: sarebbe dunque da escludere la delega «per comodità organizzativa».

Appare condivisibile un diverso orientamento interpretativo, secondo il quale, considerando la ratio che soggiace alla facoltà di svolgere investigazioni difensive, deve ritenersi che l'art. 327- bis c.p.p. comporti una deroga al limite posto dall'art. 102 comma 1 c.p.p. Deve, insomma, ritenersi che rivesta il ruolo di sostituto colui che abbia ricevuto l'incarico per lo svolgimento di alcune attività investigative, a prescindere dall'art. 102 comma 1 c.p.p. Alla pari di quanto previsto nell'art. 146- bis comma 4 disp. att. c.p.p. per la partecipazione «a distanza», il legislatore farebbe dunque riferimento ad un sostituto nominabile a prescindere da un qualsiasi impedimento; in entrambe le ipotesi siamo in presenza di una forma speciale di rappresentanza tecnica³⁷.

Per quanto concerne la figura dell'investigatore privato autorizzato, occorre anzitutto ricordare che la legge sulle investigazioni difensive non è intervenuta a modificare il procedimento autorizzativo: l'art. 222 comma 1 disp. att. c.p.p. continua quindi a prevedere che, «fino all'approvazione della nuova disciplina sugli investigatori privati», l'autorizzazione a svolgere le attività ora indicate nell'art. 327- bis c.p.p. debba essere rilasciata dal prefetto «agli investigatori che abbiano maturato una specifica esperienza professionale che garantisca il corretto esercizio dell'attività».

Com'è noto, con la circolare 20 ottobre 1989, n. 559/C./26410/10089.D.A. del Ministero dell'interno-Dipartimento della pubblica sicurezza, intitolata «Nuovo codice e investigatori privati», si è precisato che la valutazione dell'esperienza professionale richiesta può essere riconosciuta sia ai soggetti già autorizzati, a norma dell'art. 134 T.U.L.P.S., ad eseguire investigazioni o ricerche o a raccogliere informazioni per conto di privati, e sul presupposto dell'attività effettivamente svolta, sia ai soggetti che, pur non essendo in possesso della predetta licenza, possano dimostrare di possedere un'esperienza professionale nel settore investigativo (in quanto già appartenenti, ad esempio, alla Polizia di Stato, all'Arma dei Carabinieri o alla Guardia di Finanza).

Secondo i dati del Ministero dell'interno, al tempo erano 817 le licenze per svolgere

³⁷ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, ed. II, Giuffrè editore, 2000, p. 429, nota 7.