

Collana diretta da **Giorgio Spangher**

Secondo le finalità della collana, il tema viene analizzato, dopo un breve inquadramento sistematico, attraverso l'esame dei profili controversi e problematici della disciplina e l'esposizione dei casi pratici evidenziati dalla giurisprudenza in materia.

Le investigazioni difensive costituiscono il fondamentale strumento di esplicazione della funzione difensiva nell'ambito del processo penale. Esso sono, allo stesso tempo, presupposto fondamentale per il corretto funzionamento di un modello processuale di tipo accusatorio e, altresì, fattore di riequilibrio dei modelli procedurali differenziati previsti dal codice del 1988. L'innegabile diffidenza che ha caratterizzato la fase di messa a punto della riforma attuata con la l. 7 dicembre 2000, n. 397 è stata la causa di qualche appesantimento il quale, giustificato sulla base di una logica di garanzia, pone seri problemi nel frangente applicativo, con il difensore investigante continuamente esposto al pericolo di soggiacere a sanzioni sul terreno procedimentale e disciplinare. Limiti strutturali e antiche remore fanno, poi, da sfondo a soluzioni che, chiamando in causa l'autorità giudiziaria nelle dinamiche interne alla funzione investigativa difensiva, rischiano di vanificarne la concreta fruibilità. Inquadrare sistematicamente le tematiche ed esaminare le questioni seguendo un approccio pratico può aiutare ad estendere i confini di impiego di un sotto-sistema che, sempre più spesso, assume un ruolo decisivo nella definizione di – anche significative – vicende processuali.

**Leonardo Suraci** ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma ed è ricercatore presso l'Università degli Studi di Firenze. È stato professore di procedura penale presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali delle Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria e "Magna Grecia" di Catanzaro. È autore di saggi e contributi pubblicati in diverse riviste specialistiche, oltre che di monografie sui temi delle investigazioni difensive, giudizio abbreviato, incidente probatorio, impugnazioni e atto irripetibile.

## Leonardo Suraci

# Le indagini difensive penali



€ 00,00

  
**Pacini  
Giuridica**





# *Quid Iuris*

1. Antonella Marandola, *La particolare tenuità del fatto*
2. Leonardo Filippi, *Le nuove norme su intercettazioni e tabulati*
3. Valeria Bove, *La messa alla prova*
4. Alessandro Trinci, *Il giudizio abbreviato*
5. Alberto Davico, *Stalking*
6. Pierangelo Cirillo, *Omicidio stradale*
7. Leonardo Suraci, *Le indagini difensive penali*

# LE INDAGINI DIFENSIVE PENALI

Leonardo Suraci

© Copyright 2021 by Pacini Editore Srl

ISBN 978-88-3379-xxx-x

*Realizzazione editoriale*



Via A. Gherardesca

56121 Pisa

*Responsabile di redazione*

*Gloria Giacomelli*

*Fotolito e Stampa*

**IGP** *Industrie Grafiche Pacini*

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

# Indice

## INQUADRAMENTO

Riferimenti normativi.....	pag.	9
Premesse generali.....	»	10
Uno sguardo retrospettivo .....	»	14
I principi generali.....	»	17
Inquadramento sistematico.....	»	18
Bibliografia.....	»	36

## QUESTIONI

1. Dovere di pluridirezionalità investigativa.....	»	43
2. Dovere del pubblico ministero di svolgere accertamenti anche su fatti e circostanze favorevoli alla persona sottoposta alle indagini.....	»	47
3. Legittimazione del sostituto del difensore .....	»	49
4. Profili temporali dell'investigazione difensiva .....	»	51
5. Potere del difensore di compiere atti di investigazione difensiva all'estero .....	»	56
6. Avvertimento previsto dall'art. 199 c.p.p. per i prossimi congiunti dell'imputato .....	»	57
7. Requisiti formali del verbale di assunzione di informazioni e estensione dell'obbligo di documentazione degli avvertimenti previsti dall'art. 391- <i>bis</i> c.p.p. ....	»	59
8. Il valore probatorio degli atti di investigazione difensiva.....	»	61
9. Presentazione di elementi probatori acquisiti nel corso delle investigazioni difensive anche a soggetti diversi dal pm e dal gip ed al di fuori delle indagini preliminari .....	»	62
10. Investigazioni difensive e procedura di riesame .....	»	63
11. Investigazioni difensive e giudizio abbreviato.....	»	65
12. L'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria in caso di mancata attivazione dell'atto investigativo a contenuto dichiarativo .....	»	70
13. L'intervento sostitutivo del pubblico ministero in caso di mancata attivazione dell'atto investigativo a contenuto dichiarativo .....	»	73
14. La qualificazione giuridica del difensore che verbalizza l'atto acquisitivo di dichiarazioni <i>ex art. 391-ter</i> c.p.p.....	»	74
15. Il potere del difensore di acquisire documenti da privati.....	»	78

**CASI**

Attendibilità delle dichiarazioni..... »	81
Audizione..... »	81
Avvertimenti e verbalizzazione..... »	81
Difensore..... »	82
Forme e termini..... »	82
Giudizio abbreviato..... »	82
Incidente probatorio..... »	83
Indagini preliminari..... »	83
Legittimazione..... »	84
Magistratura di sorveglianza..... »	84
Misure cautelari..... »	84
Pluridirezionalità investigativa..... »	84
Prova penale..... »	85
Territorialità e rogatorie internazionali..... »	85
Udienza preliminare..... »	85
Valore probatorio..... »	85

# INQUADRAMENTO



# Le indagini difensive penali

## Riferimenti normativi

Artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600-*quinqüies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinqüies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p.; artt. 90, 90-*bis*, 90-*quarter*, 120, 134, 191, 199, 326, 327, 327-*bis*, 335, 358, 391-*bis*, 391-*ter*, 391-*quater*, 391-*quinqüies*, 391-*sexies*, 391-*septies*, 391-*octies*, 391-*nonies*, 391-*decies*, 430, 648 c.p.p.; artt. 36, 125 disp. att. c.p.p.; legge 16 febbraio 1987, n. 81; d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge 7 agosto 1992, n. 356; legge 16 dicembre 1999, n. 479; legge 7 dicembre 2000, n. 397.

Le investigazioni difensive, come è noto, erano disciplinate in termini generalissimi dall'art. 38 disp. att. c.p.p., disposizione che, andando anche al di là della discutibilissima collocazione sistematica – comunque indicativa, a prescindere dal dato formale e dalla parità di “forza” scaturente dalla collocazione paritetica delle fonti nel sistema, di una visione distorta del ruolo della difesa nel processo penale – conteneva una norma di principio alla quale, tuttavia, non ha mai fatto seguito la predisposizione di una regolamentazione specifica che si occupasse dei diversi e complessissimi profili – sia generali che operativi – che caratterizzano la materia.

Eppure, il nuovo codice di procedura penale si connotava sul piano politico, giuridico e sistematico per il fatto che per il tramite di esso si sarebbe dovuto introdurre nell'ordinamento un innovativo modello processuale, ispirato ai principi del sistema accusatorio e dunque un sistema che, come è noto, colto nella sua essenza appare come una contesa tra due parti nettamente contrapposte – accusatore e accusato – definita da un organo al di sopra di entrambe e posto in una posizione di terzietà ed imparzialità, con conseguente, netta distinzione delle tre fondamentali funzioni processuali: accusa, difesa e giudizio.

Nonostante la intima connessione intercorrente tra il modello processuale introdotto con la nuova codificazione e la previsione di ampie facoltà investigative in favore della difesa – estese lungo tutto l'itinerario che caratterizza la presenza della difesa nel procedimento e, pertanto, concernenti i momenti della ricerca, della conservazione e dell'utilizzazione processuale – il silenzio legislativo ha determinato una situazione di evidente disparità che la dottrina ha ritenuto non più tollerabile, anche sul versante costituzionale, a seguito della normativizzazione dei principi del giusto processo nell'ambito dell'art. 111 Cost.

Appare evidente ed è comodamente percepibile, allora, il carattere profondamente innovativo – una sorta di ristrutturazione, si potrebbe dire – della riforma attuata mediante la legge 7 dicembre

2000, n. 397, la quale ha introdotto nel sistema processuale una serie di disposizioni – artt. 327, 391-*bis* ss. c.p.p. – finalmente regolative di un fondamentale profilo della funzione difensiva.

## Premesse generali

**I.** Con il nuovo codice di procedura penale, come già visto, si sarebbe dovuto introdurre nell'ordinamento italiano un modello processuale ispirato ai principi del sistema accusatorio ed emblematico appare, sotto il profilo programmatico, l'art. 2, comma 1, legge 16 febbraio 1987, n. 81, il quale dispone che il nuovo prodotto normativo deve attuare i principi della Costituzione ed adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona ed al processo penale, soggiungendo, inoltre, che esso deve improntare il nuovo rito ai "caratteri del sistema accusatorio", anche se secondo i principi ed i criteri indicati dalla delega.

La riforma in senso accusatorio del processo penale, come è oltremodo noto, venne motivata sulla scorta della tradizionale migliore rispondenza di siffatto modello, rispetto all'impianto inquisitorio, agli schemi tipici di una società democratica ed all'esigenza di trovare un soddisfacente equilibrio tra garanzie ed efficienza, nonché alla luce della convinzione che la giustizia della decisione fosse più compiutamente assicurata ogni qualvolta la prova scaturisse dalla dialettica processuale fra le parti piuttosto che dalla ricerca solitaria e necessariamente condizionata di un organo istruttore.

Si tratta di una impostazione sistematica la cui premessa assiologica si colloca nell'ambito delle conclusioni più accreditate dell'epistemologia contemporanea, secondo le quali lo scontro dialettico tra le parti rappresenta lo strumento più adeguato per fare emergere ogni sfaccettatura relativa alla realtà oggetto di giudizio ed offre dei vantaggi più considerevoli rispetto a quelli derivanti da un accertamento compiuto unilateralmente dal giudice.

Sullo sfondo di queste si pone, poi, la considerazione che i vari metodi di ricerca e formazione della prova si reggono su una diversa concezione della verità processuale e, conseguentemente, su un diversificato approccio alla ricostruzione della medesima.

Da un punto di vista epistemologico – è stato evidenziato nel rappresentare alla comunità (anche scientifica) una conclusione generalmente condivisa – è da tempo dimostrato come uno dei più gravi errori che si possano commettere sia quello di ritenere che esista una verità "sostanziale", "una assoluta verità" che conduca alla conoscenza di una altrettanto assoluta oggettività.

Ciò non significa, ovviamente, rimuovere i riferimenti al concetto di verità dai modelli di accertamento, poiché se si eliminasse in radice il concetto di "verità" – si è fatto notare – saremmo indubbiamente privi di un riferimento importante, di un dato che avvertiamo sotto molti aspetti come connaturato al nostro essere ed al nostro agire.

È, invece, l'idea del conseguimento di una verità assoluta ed oggettiva a costituire solo un'illusione, un'aspirazione che non trova alcun riscontro nella realtà scientifica e che è destinata a rimanere tale anche in campo filosofico e giuridico, essendo evidente che qualunque risultato di un'indagine fattuale dipende dal contesto in cui quest'ultima si svolge, dalla metodologia seguita e dalle finalità prefissate.

Appare chiaro, allora, che per intendere il carattere per certi aspetti rivoluzionario della riforma attuata mediante la legge 7 dicembre 2000, n. 397 occorre attingere a dati consolidati che connotano ogni settore della ricerca scientifica, così come è necessario acquisire la piena consapevolezza della portata caratterizzante di un determinato sistema processuale penale che assume il "diritto di difesa", considerato che il razionale collegamento del tema delle investigazioni con quello della difesa emerge con immediatezza dalla stretta correlazione che nella stessa locuzione investigazione difensiva traspare tra il ramo della investigazione ed il tronco della difesa giudiziale, sì

da desumersene che il progredire del secondo comporti necessariamente il consolidamento e lo sviluppo del primo.

La visione dell'attività difensiva come strumento di contrasto (per lo più) argomentativo dell'assunto accusatorio e la visione del ruolo del difensore quale semplice garante dei diritti dell'imputato purtroppo pregiudicati nell'ambito dell'indagine pubblica, quasi un convenuto semplicemente gravato dal compito di resistere alla pretesa punitiva formulata dal pubblico ministero, hanno per lungo tempo compresso il modo di operare dei difensori, troppo spesso ridotti a semplici "studiosi" di materiali da altri (pubblico ministero e polizia giudiziaria) formati, relegati a legittimi – ma passivi – contraddittori di allegazioni provenienti da figure investigative pregiudicate dalla preliminare adesione ad una ipotesi ricostruttiva.

Il contrasto delle risultanze conoscitive acquisite dagli altri protagonisti del procedimento costituisce soltanto l'aspetto "statico" della multiforme situazione giuridica identificata dalla formula di sintesi "diritto di difesa".

Nell'ambito di questa fondamentale situazione giuridica processuale, garantita a livello normativo primario in virtù di una scelta ideologica chiaramente orientata nel senso della tutela dei diritti della persona anche all'interno del processo penale, assume un rilievo affatto secondario l'attività di investigazione, costituendo essa, di quel diritto, l'aspetto più dinamico.

Anzi, come è stato acutamente rilevato da altra dottrina, il ruolo assunto dal difensore nel processo penale inaugurato dal codice vigente imponeva sin da subito di intendere l'attività di ricerca e verifica di prove a discarico non già come una semplice facoltà, ma come un obbligo scaturente dal mandato difensivo.

Ma, addirittura, già durante la vigenza del codice abrogato venne da più parti ribadita la necessità di prevedere e disciplinare in modo esaustivo e completo il settore dell'attività investigativa della difesa.

Si osservava, infatti, come l'esplicazione di una indagine parallela del difensore fosse doverosa sia perché la difesa non sarebbe libera se dovesse limitarsi alla valutazione degli elementi di prova ricercati o offerti dall'accusa, sia come conseguenza e compensazione della quasi totale esclusione del difensore dalla istruttoria condotta dal pubblico ministero o dal giudice istruttore.

L'immissione nel sistema legislativo del nostro Paese di una disciplina organica della materia delle investigazioni difensive, contribuendo a dare vita al presupposto indispensabile per la valorizzazione del secondo aspetto del diritto di difesa, ha rappresentato un momento di svolta culturale, avviando sulla via del tramonto quella tendenza di stampo neo-inquisitorio che, a partire dagli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice processuale, aveva prodotto come risultato la mortificazione del diritto di difesa nel suo stesso profilo statico.

Allo stesso modo, con l'innovazione legislativa in discorso viene sancito il definitivo ridimensionamento – che si tratti del tramonto di una teorizzazione è forse, ancora oggi, affermazione azzardata – di una prospettiva di processo di parti in cui il pubblico ministero fosse, allo stesso tempo, il portatore di una pretesa punitiva (accusatore) ed il tutore (difensore) della persona sottoposta alle indagini, strano ma geloso custode di un ruolo eccentrico che nella formula "parte imparziale" trova il proprio momento di sintesi estrema.

Era infatti questa l'illusione che aveva animato il legislatore delegante, il quale, in sede di elaborazione dei criteri direttivi che avrebbero dovuto guidare il futuro lavoro dei compilatori, aveva previsto con la direttiva n. 37 l'inserimento di una disposizione che compendiasse, tra i complessi meccanismi del codice, il potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale e dell'accertamento di fatti specifici, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato.

Tuttavia, la norma alla quale è stato attribuito l'onere di attuare la direttiva medesima, ossia l'art. 358 c.p.p., è sostanzialmente rimasta priva di una reale ed efficace incidenza pratica a causa di

una giurisprudenza di legittimità la quale, sviluppando un filone di riflessione poggiato sui principi ispiratori del codice di procedura penale, ha teorizzato l'irrelevanza processuale della sua inosservanza.

Soluzione ermeneutica, questa, carica di risvolti sistematici profondamente deformanti, perché la meccanica dei fenomeni umani non conosce strumenti attraverso i quali trasferire empiricamente ed acriticamente i dati della realtà nell'ambito del processo, ragione per la quale qualsiasi forma di indebolimento dei processi investigativi pubblici si traduce, in mancanza della previsione di analoghi percorsi di pertinenza privata, in una elevatissima possibilità di sviamento della funzione accertativa dei fatti penalmente rilevanti.

L'affermazione della verifica di un fatto – dunque, giammai il fatto in sé, oramai divenuto un accadimento storico imperscrutabile *ab intrinseco* – viene veicolata nel processo attraverso l'attivazione dei mezzi di prova ed il passaggio processuale esige la predisposizione di una situazione normativa che assicuri la parità delle parti.

Eguale, il giudizio sulla fondatezza di essa esige operazioni più complesse – di conferma e falsificazione in un primo momento, di valutazione in seguito – all'interno delle quali devono trovare esplicitazione le potenzialità conoscitive di tutti i soggetti processuali.

L'accoglimento di queste premesse ed il recepimento dei valori che in esse si trasfigurano svela il carattere fondamentale del legame esistente tra i caratteri dell'accertamento penale e la funzionalità delle indagini difensive.

Soltanto il soggetto dotato di un'effettiva legittimazione investigativa, e, quindi, del potere di ricercare, documentare, conservare e valutare materiali conoscitivi può, nella fase propriamente processuale come in ogni altro contesto di procedura destinato ad ospitare giudizi e correlate decisioni, compiutamente affermare fatti principali e probatori, con ciò soltanto realizzandosi quella parità – non assoluta ma, almeno, tendenziale – di diritti e di doveri tra accusatore e imputato che è carattere essenziale del processo accusatorio in quanto garanzia di formazione di convincimenti liberi ma, allo stesso tempo, giusti.

Di contro, la parte alla quale viene precluso lo svolgimento di una compiuta e generalmente spendibile – ovviamente, secondo modelli dinamici compatibili con quelli di ogni altra parte – attività investigativa non può raccogliere elementi a proprio favore, elaborarli e, a sua volta, offrirli alla valutazione giudiziale all'interno di una dinamica che soltanto con queste connotazioni può dirsi accettare forme avanzate di contraddittorio.

Se la parte spogliata di una reale legittimazione investigativa non può ricercare e, quindi, conoscere, il soggetto che non può acquisire ed utilizzare i risultati della propria ricerca non può proporsi di attivare o più semplicemente influire sui processi cognitivi altrui ed il giudizio che si fonda su quanto ricercato, reperito ed offerto esclusivamente dal pubblico accusatore è, nonostante l'esplicitarsi di una attività di verifica in contraddittorio sul prodotto di tale ricerca unilaterale, pur sempre un giudizio su elementi indotti da una parte, ricercati ed elaborati in funzione della verifica di una ipotesi di lavoro predefinita.

**II.** Ma l'introduzione di una disciplina organica delle facoltà investigative della difesa riveste una portata che va ben oltre la garanzia del regolare funzionamento del modello processuale accusatorio.

Essa è stata fondamentale, infatti, per assicurare la piena esplicitazione delle complessive potenzialità di un sistema processuale caratterizzato dalla previsione di una pluralità di procedure accertative, costituendo, in particolare, la premessa indefettibile per il definitivo decollo di un giudizio abbreviato che, a conclusione di un percorso segnato anche da una significativa sequenza di interventi della Corte costituzionale, è stato configurato come rito alternativo rimesso interamente alla disponibilità dell'imputato.

Come è noto, la riforma del giudizio abbreviato, attuata con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, è stata imposta, innanzitutto, dall'esigenza di adempiere alle pressanti richieste di adeguamento ai principi costituzionali provenienti dalla Corte costituzionale, la quale ha dapprima e progressivamente delineato un vero e proprio modello costituzionale di giudizio, quindi ha fatto ricorso all'impiego di minacciosi moniti nei confronti del legislatore al fine di assicurarne l'effettiva attuazione.

Sebbene la connessione esistente tra la riforma dell'istituto e le direttive della Corte costituzionale non possa essere sottaciuta, essendo innegabile che i profili di maggiore novità della disciplina del giudizio abbreviato traggono ragion d'essere e spessore di contenuti dalle vicende interpretative che, nel primo decennio di applicazione del modello codicistico, hanno preceduto e segnato le vigenti soluzioni legislative – lo ha messo in evidenza, per esempio, Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, *Wajib* – sarebbe un errore individuare nei pressanti moniti della Consulta la ragione esclusiva dell'intervento legislativo.

La premessa essenziale della riforma deve individuarsi, infatti, nella scarsa efficacia deflativa dei procedimenti speciali così come originariamente strutturati dal legislatore, essendo infatti fallita – nella prassi e a causa di evidenti carenze strutturali del rito – la prospettiva a cui si era lasciato andare il legislatore della riforma, allorquando aveva previsto che la stragrande maggioranza dei processi sarebbe stata definita mediante il ricorso ai riti alternativi, così da riservare al dibattimento la trattazione di una minima parte delle notizie di reato che avessero superato il preliminare vaglio di fondatezza imposto dall'art. 125 disp. att. c.p.p. e dalla previsione di una udienza (appunto) preliminare.

In relazione al giudizio abbreviato, la natura di rito “allo stato degli atti” determinava una situazione di stasi probatoria che costituiva un profilo di insuperabile rigidità, fino al punto di precluderne l'accesso tutte le volte in cui le indagini preliminari del pubblico ministero, per qualunque ragione, non avessero raggiunto un sufficiente grado di completezza.

Ma, sia pure in presenza di un quadro probatorio completo, rimaneva dubbio l'interesse della difesa a chiedere il giudizio abbreviato, posto che difficilmente dalle indagini preliminari dell'accusa – soprattutto seguendo l'impostazione originaria della fase – potrebbe emergere la prova dell'innocenza dell'imputato, scaturendo dall'unidirezionalità della fase investigativa la sollecitazione a rinunciare ad attivare una modalità processuale che, strutturalmente poco disposta ad ospitare momenti esplicativi di funzioni difensive, si dimostrava assolutamente impermeabile ad elementi di prova peraltro non acquisibili in fase d'indagine.

Merita di essere richiamato, per ragioni di completezza, l'ulteriore elemento che ha concorso a pregiudicare la diffusione del giudizio abbreviato, ossia l'involuzione in senso inquisitorio del rito ordinario e nelle conseguenze di essa sulla determinazione del pubblico ministero in ordine alla manifestazione del consenso, essendo indubbio che la possibilità di travasare nel contesto dibattimentale qualsiasi risultanza investigativa si traduceva in una semplificazione dell'istruzione dibattimentale che non incentivava l'adesione ad un giudizio speciale che, a quel punto, era sempre meno distinguibile dalla procedura ordinaria.

Sullo sfondo di un contesto già oltremodo ricco di elementi dotati di una indubbia efficacia dissuasiva si collocava, infine, l'eccessiva durata dei processi, non potendosi certo immaginare che l'imputato optasse per la definizione del giudizio nell'udienza preliminare quando, con il passaggio alle fasi successive, avrebbe avuto ragionevoli probabilità di essere prosciolto per estinzione del reato in virtù del decorso dei termini di prescrizione.

Se davvero si voleva conseguire il risultato di fare pervenire alla trattazione dibattimentale una percentuale relativamente esigua di imputazioni – questo sarebbe dovuto essere, come già visto, il profilo caratterizzante il sistema processuale a riti alternativi disegnato dal legislatore del 1989 – non rimaneva altra strada che quella di estendere quanto più possibile il potere delle parti – di

tutte le parti, ovviamente – di ricercare e sottoporre alla valutazione giudiziale elementi conoscitivi suscettibili di divenire “prova” per l’occorrenza dell’accesso ad un’alternativa processuale destinata a concludersi comunque con una decisione di merito idonea a divenire irrevocabile nell’accezione formale di cui all’art. 648 c.p.p.

Come si vede, la disciplina delle indagini difensive si inserisce lungo un solco tracciato già dal legislatore del codice processuale accusatorio e costituisce, potremmo dire, il crocevia del dipanarsi della trama riformistica degli ultimi anni, potendosi in essa intravedere lo sviluppo coerente – l’unico sviluppo coerente – delle innovazioni sistematiche – si pensi, in particolare, all’introduzione dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari, al rafforzamento dei meccanismi di integrazione istruttoria ed allo sviluppo delle opzioni decisorie interne all’udienza preliminare, all’attribuzione di carattere dispositivo al giudizio abbreviato ed alla previsione di poteri istruttori nell’ambito di esso – legate ai più volte richiamati interventi legislativi.

La legge sulle investigazioni difensive, formalmente diretta a regolare un preciso settore dell’ordinamento processuale penale, in realtà si presenta come un atto di rifondazione del processo penale italiano, ridisegnando gli equilibri tra modelli processuali alternativi e conferendo una nuova impostazione a ciascuno di essi.

## Uno sguardo retrospettivo

Con la riforma sulle investigazioni difensive è stata – coerentemente, bisogna dire – abrogata la norma alla quale il legislatore aveva affidato il compito di disciplinare la materia dell’attività investigativa del difensore.

L’art. 23, legge 7 dicembre 2000, n. 397, infatti, ha espressamente abrogato l’art. 38 disp. att. c.p.p., effettuando una scelta quanto mai opportuna e che, nella sua indispensabilità, è suonata come una ovvietà, anche se a ben ragione non si è mancati di attribuire alla stessa un – evidente, alla luce di quanto già detto – significato simbolico, come se il legislatore avesse voluto segnare con nettezza la rottura con un passato legato ad una visione oramai abbandonata del processo e delle sue dinamiche.

Fino a quando è rimasta racchiusa nella mortificante, per contenuti e (si è già visto) collocazione sistematica, previsione dell’art. 38 disp. att. c.p.p., la disciplina dell’indagine difensiva – è stato posto in rilievo, non senza un velato rammarico – si è risolta nella mera esplicitazione di un principio di per sé ovvio e a ben vedere superfluo in quanto connaturato all’impianto accusatorio della versione codicistica originaria.

Va dato atto al legislatore, tuttavia, di essere stato fin dal principio ben consapevole delle limitate pretese che il modesto riconoscimento ricavabile dall’art. 38 disp. att. c.p.p. avrebbe potuto avanzare in vista della realizzazione di un compiuto modello processuale di tipo accusatorio, al punto che nel corso dei lavori preparatori era stata posta in rilievo l’opportunità di limitare la portata della norma all’enunciazione del principio – si è trattato, dunque, di una scelta consapevole – essendo un siffatto passaggio, pur nell’estrema lacunosità della previsione normativa interessata, necessario per allinearsi al principio della parità tra accusa e difesa che la legge delega esige fosse affermato in ogni stato e grado del procedimento, riservando ogni futura disciplina sia ad una iniziativa legislativa *ad hoc*, sia ad interventi integrativi del disegno di legge sull’ordinamento forense per ciò che concerneva i doveri del difensore nel procedimento penale e, in particolare, nella fase delle indagini preliminari.

Ed anche se non sono mancati tentativi di enucleazione di profili positivi, in senso chiaramente accrescitivo dei poteri investigativi difensivi, proprio dalla scelta legislativa di privilegiare una for-

mulazione sintetica e generica in luogo di una descrizione analitica, alla luce di un ragionamento secondo il quale tutto ciò che non sia espressamente vietato è da ritenersi lecito e consentito da una disposizione che tende a dimostrare l'operatività – e a consentire l'attuazione in concreto – di un diritto processuale che altrimenti resterebbe sterile e privo di effettiva realizzabilità, è di immediata percezione l'arretramento della soluzione rispetto, finanche, al contenuto dell'art. 33 disp. att. prefigurato in sede di progetto preliminare, il quale conferiva ai difensori, avvalendosi anche di sostituti e di consulenti tecnici ed al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'art. 190 c.p.p., la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, conferire con le persone che possono dare informazioni e farsi rilasciare da esse dichiarazioni scritte.

Come si può notare, l'originaria versione della proposta legislativa presentava una disciplina ben più articolata e completa, ma nel passaggio dal progetto preliminare a quello definitivo, si preferì abbandonare la prospettiva di una regolamentazione analitica dei poteri d'indagine del difensore accogliendo le osservazioni critiche espresse dal Consiglio Superiore della Magistratura, il quale aveva evidenziato, innanzitutto, l'insufficienza complessiva della normativa in tema di investigazione privata.

Nel contesto di una situazione normativa eccezionalmente deficitaria, il rapporto tra le indagini difensive ed il diritto alla prova non poteva non assumere un rilievo centrale e, per questo, ha rappresentato uno dei nodi più intricati che l'elaborazione – soprattutto dottrinale – si è proposta di sciogliere negli anni di vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p., nel tentativo di ampliare la portata della disposizione e così assicurare un rilievo processuale ai materiali acquisiti dalla difesa in fase d'investigazione.

Non può certo dirsi che fosse imprevedibile che uno sforzo in tale direzione avrebbe incontrato notevoli resistenze, poiché per lungo tempo si è dubitato addirittura del fatto che il materiale conoscitivo di provenienza difensiva fosse utilizzabile finanche nella fase delle indagini preliminari. Quella che ci si affrettò a chiamare indagine difensiva – è stato saggiamente detto – restava certamente fuori dal processo, come attività interna all'ufficio difensivo, utile e necessaria ad alimentare le sue "mosse" processuali (l'introduzione e l'escussione delle proprie prove, il contrasto di quelle *ex adverso*, le scelte tattiche o strategiche sul rito, ecc.), ma la soluzione poteva ritenersi coerente rispetto alla logica del processo di parti dal momento che a livello modellistico anche l'indagine del pubblico ministero restava fuori dal processo, con valenza essenzialmente "endofasica", funzionale alle determinazioni, positive o negative, sull'esercizio dell'azione penale.

Non si pose, tuttavia, attenzione al rischio che l'indagine difensiva restasse anche fuori del procedimento, del tutto "deritualizzata", priva di una diretta possibilità di incidere e di contrapporsi all'indagine del pubblico ministero anche in quegli "snodi" in cui era pur previsto che questa fosse in qualche misura utilizzabile: si pensi ai procedimenti in materia cautelare ovvero all'udienza preliminare, tanto più se trasformata in udienza per il giudizio abbreviato; si pensi all'uso degli atti di indagine a contenuto dichiarativo per le contestazioni, sia pure (allora) solo ai fini di valutare la credibilità del teste.

Un orientamento oltremodo restrittivo che veniva motivato con argomentazioni certamente non insuperabili da una giurisprudenza che, invece, si dimostrava particolarmente impegnata a sottolineare i (noti a tutti, d'altra parte) limiti strutturali della disposizione d'attuazione – basta pensare che, nella formulazione originaria dell'art. 38 disp. att. c.p.p., mancasse addirittura qualsivoglia riferimento alla destinazione materiale della documentazione delle indagini difensive – e poco propensa ad abbandonare gli schemi organizzativi formati nel corso dei decenni di vigenza del codice abrogato.

In particolare, quello che potrebbe definirsi il fronte conservatore faceva leva, innanzitutto, su una lettura del tutto originale del rapporto di strumentalità e per la quale al difensore non sarebbe sta-

to consentito raccogliere direttamente prove, bensì ricercarle e individuarle al fine di sollecitare il pubblico ministero alla raccolta o, in sede processuale, al fine di esercitare il diritto all'ammissione. Affermava l'esistenza di un principio siffatto – definito, appunto, di “canalizzazione” – Cass., Sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo, anche se poco prima, Cass., Sez. VI, 1° marzo 1993, Minzolini, con una evidente deformazione del concetto di “diritto alla prova”, sminuito al rango di strumento preparatorio di scelte pienamente rimesse alla compiacenza di un antagonista pubblico libero da qualsiasi vincolo, aveva affermato che l'art. 38 disp. att. c.p.p. è una norma strumentale all'esercizio del diritto alla prova, cioè per formare e definire il *thema probandum* da sottoporre da parte della difesa all'autorità procedente, onde contribuire all'accertamento della verità.

In secondo luogo, veniva posta in risalto l'assenza di una specifica disciplina dei profili formali dell'attività investigativa e, sulla base di siffatta lacuna normativa, in Cass., Sez. VI, 1° marzo 1993, Minzolini si riteneva che, per il carattere informale ed extraprocedimentale delle ricerche effettuate e delle risultanze acquisite, l'art. 38 disp. att. c.p.p. non avrebbe potuto costituire uno strumento surrogatorio della prova, la quale, per risultare idonea all'accertamento dei fatti, non può prescindere da forme volte a garantire genuinità e affidabilità sicura.

Talvolta faceva breccia il criterio ermeneutico legato al tenore letterale dell'art. 38 disp. att. c.p.p. ed alla *ratio* del complessivo sistema processuale, che, attraverso l'art. 358 c.p.p., si riteneva attribuisse esclusivamente al pubblico ministero il compito di compiere ogni attività necessaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale e di svolgere accertamenti su fatti o circostanze favorevoli all'indagato.

Così si esprimeva Cass., Sez. I, 31 gennaio 1994, Vicenti – e in termini analoghi, subito dopo, Cass., Sez. I, 16 marzo 1994, Cagnazzo – per le quali le indagini difensive possono essere finalizzate alla sollecitazione dell'attività investigativa del pubblico ministero, ovvero alla richiesta di incidente probatorio, mentre è esclusa una loro diretta utilizzabilità per le decisioni del giudice. Conclusione corretta, precisa la Suprema Corte nella medesima pronuncia, perché desumibile dal tenore letterale dell'art. 38 disp. att. c.p.p., oltre che dalla *ratio* del sistema processuale, il quale, attraverso l'art. 348 c.p.p., attribuisce esclusivamente alla polizia giudiziaria il compito di procedere all'assicurazione delle fonti di prova e, attraverso l'art. 358 c.p.p., attribuisce esclusivamente al pubblico ministero il compito di compiere ogni attività necessaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale, svolgendo accertamenti su fatti e circostanze a favore dell'indagato.

Infine, veniva posto l'accento sull'elemento costituito dal carattere non fidefaciente dell'attività di certificazione del difensore e così Cass., Sez. II, 16 marzo 1995, Marras, pronunciandosi ancora una volta sul potere del difensore di sottoporre gli elementi di prova acquisiti a seguito del compimento di proprie investigazioni al tribunale del riesame, affermava che quest'ultimo, se può valutare mezzi di prova precostituiti sottopostigli direttamente dall'indagato, non può, viceversa, utilizzare contributi dichiarativi acquisiti dal difensore, da un suo sostituto o da un investigatore – soggetti, questi, ritenuti privi di poteri fidefacienti – poiché queste sono mere scritture private, come tali carenti di forza probante sull'esistenza delle dichiarazioni e della provenienza di esse da parte di colui che ne appare l'autore, sicché viene meno il presupposto minimo perché possano formare oggetto di valutazione, nei contenuti, da parte del giudice.

Come può notarsi, l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità era generalmente improntato ad una visione che, sebbene in qualche modo suffragata dai limiti della disciplina positiva della materia, tendeva a chiudere qualsiasi spazio all'aspettativa di un rinnovato protagonismo che, nel sistema processuale di nuovo conio, avrebbe dovuto caratterizzare il ruolo del difensore.

## I principi generali

Per conseguire l'obiettivo generale di parificazione della posizione delle parti processuali l'ordinamento permette al difensore ed ai suoi ausiliari – l'art. 327-*bis*, comma 3 c.p.p. li individua nelle figure del sostituto, del consulente tecnico e dell'investigatore privato autorizzato – di svolgere – in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione, nonché, ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p., prima dell'instaurazione di un procedimento penale e per l'eventualità che ciò dovesse accadere – un'attività d'indagine connotata da caratteri essenziali che, per molti aspetti, la distinguono significativamente dall'investigazione del pubblico ministero.

Premesso che anche l'atto investigativo del difensore deve connotarsi della necessaria, rigorosa osservanza della prescrizione generale contenuta nell'art. 188 c.p.p. non essendo in nessun caso tollerabili forme di condizionamento della libertà morale delle persone interessate al compimento di esso, a differenza dell'attività d'indagine del pubblico ministero – la quale, essendo finalizzata al conseguimento di risultati di carattere pubblicistico, non può che essere “necessaria” – l'indagine privata presenta innanzitutto il carattere della “facoltatività”, nel senso che il difensore può compiere attività d'indagine in quanto lo ritenga necessario ed opportuno ai fini della tutela della posizione della persona assistita, la quale deve disporre, d'altra parte, delle risorse finanziarie necessarie per sostenere gli ingenti costi che essa comporta.

Tra l'altro, è stato evidenziato come il potere investigativo difensivo scaturisce dal conferimento dell'incarico, fermo restando che rientra fra le facoltà dell'assistito quella di rinunciare alle investigazioni, ossia di concordare con il difensore l'esclusione dall'oggetto del mandato professionale delle facoltà investigative.

Inoltre, l'attività investigativa del difensore è connotata – di regola, ma non necessariamente – dal requisito della “monodirezionalità”, nel senso che questi deve ricercare ed individuare elementi di prova “esclusivamente” a favore del proprio assistito, anche se non v'è ragione di escludere il riconoscimento, in particolare in capo al difensore della persona sottoposta alle indagini, di un potere di accertamento di elementi meramente dimostrativi della responsabilità di terzi e da canalizzare verso il pubblico ministero ovvero, una volta avviato l'itinerario processuale, in direzione del giudice.

L'investigazione difensiva può, altresì, presentare carattere di “frammentarietà”, il difensore essendo, infatti, libero nella scelta degli atti investigativi da compiere e, in assenza della previsione di un dovere generalizzato di ostensione, delle risultanze di essi da portare a conoscenza della controparte e, quindi, da sottoporre alla valutazione giudiziale.

Le uniche eccezioni a siffatto principio sono costituite dagli atti irripetibili compiuti con la partecipazione del pubblico ministero o della polizia giudiziaria all'uopo delegata e dagli accertamenti tecnici irripetibili compiuti a norma dell'art. 360 c.p.p.

In questi casi, infatti, l'art. 391-*decies* c.p.p. prescrive che la relativa documentazione sia depositata nel fascicolo del pubblico ministero ed in quello del difensore, divenendo così oggetto di una forma di acquisizione che la rende disponibile a tutti i soggetti coinvolti nel procedimento penale. Qualche motivo di perplessità ermeneutica potrebbe rinvenirsi, inoltre, nella previsione contenuta nell'art. 430 c.p.p., il quale, come modificato dall'art. 14, legge 7 dicembre 2000, n. 397, consente alla difesa di svolgere attività c.d. integrativa d'indagine, la cui documentazione, esattamente come quella costituita nell'ambito delle corrispondenti investigazioni del pubblico ministero, deve essere “immediatamente depositata” nella segreteria di quest'ultimo.

La disposizione, infatti, sembrerebbe configurare un obbligo di produzione delle risultanze investigative difensive esteso a tutti i dati acquisiti nella fase d'indagine successiva all'emissione del decreto di rinvio a giudizio.

Tuttavia, è stato persuasivamente rilevato come l'interpretazione letterale dell'art. 430, comma 2 c.p.p. non può accogliersi poiché se il pubblico ministero, che è la parte pubblica e persegue interessi di natura pubblicistica, con la chiusura delle indagini preliminari è chiamato a rendere noti gli elementi probatori a carico degli imputati – e a tale dovere non può sottrarsi nemmeno in relazione all'eventualità di svolgimento di indagini successive – la difesa, viceversa, ha il diritto di scegliere se e quando esternare i risultati delle proprie attività, anche quando si tratti di attività integrativa.

A ragionare diversamente, il difensore sarebbe tenuto rispetto ad un esiguo segmento del procedimento al deposito immediato della documentazione di ogni attività di investigazione difensiva, e non solamente dei risultati utili alla difesa.

Inoltre, merita di essere condivisa l'osservazione di chi fa notare come, qualora si aderisse ad una interpretazione letterale dell'art. 430 c.p.p., si dovrebbe riflettere anche sull'investigazione difensiva precedente e sui tratti caratterizzanti di essa, in quanto non si può immaginare che la documentazione delle indagini svolte (magari e per ipotesi) il giorno precedente il rinvio a giudizio possa liberamente prodursi se e quando il difensore lo ritenga utile e conveniente mentre quella successiva debba subire una così grave compressione delle opzioni difensive.

Chiarita definitivamente la capacità espansiva del principio di frammentarietà, dall'esame della disciplina complessiva delle investigazioni difensive sembra potersi acquisire, quale principio ispiratore ulteriore ma non di secondario rilievo, quello della "consensualità", non essendo conferita ai soggetti dell'investigazione privata la titolarità di poteri coercitivi in relazione ai casi in cui il compimento di un atto d'indagine – gli atti investigativi a carattere dichiarativo ne costituiscono l'esempio più evidente – richiede, in quanto si ponga in contrasto con i diritti di libertà di soggetti variamente coinvolti in essi, la necessaria adesione di essi e questa non venga prestata.

La giurisprudenza ha, poi, enucleato un principio che potremmo definire di "territorialità" delle investigazioni difensive, stabilendo che, in base ai principi generali del codice, l'unico strumento utilizzabile per la raccolta di elementi di prova situati all'estero è la rogatoria internazionale.

L'ovvia conseguenza è costituita dal fatto che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini *ex art. 391-bis* c.p.p. in territorio estero, di talché, volendolo fare, deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale.

## **Inquadramento sistematico**

**I.** La tecnica di normazione utilizzata dal legislatore rispetto alle investigazioni del difensore ripercorre, sul piano sistematico, le scelte che, nel codice, hanno caratterizzato la dislocazione della regolamentazione dell'attività investigativa del pubblico ministero.

Infatti, alla disciplina delle modalità attuative dell'attività d'investigazione difensiva si antepone una disposizione, l'art. 327-*bis* c.p.p., enunciante il fondamentale principio di libertà investigativa in funzione della realizzazione di obiettivi immediatamente inerenti alla tutela della posizione della parte privata coinvolta nel processo penale.

Non è casuale la considerazione di carattere sistematico che fa da sfondo alla collocazione della disposizione, poiché essa, nel tenere conto dell'ambito della disciplina delle indagini preliminari che delinea la legittimazione dei soggetti investiganti pubblici, vuole assicurare alla norma fon-

damentale in tema di investigazioni difensive una posizione di pari dignità formale e di eguale capacità espressiva rispetto agli artt. 326 e 327 c.p.p.

Un'ulteriore riflessione, di natura anch'essa squisitamente sistematica, impone di salutare con favore la scelta di collocare le norme sulle investigazioni difensive nel corpo del codice processuale. Si tratta di un risultato denso di significati innovativi sia rispetto alla scelta originaria di sistemare la disciplina delle facoltà investigative difensive in sede di normativa d'attuazione – pervenendosi, così, ad una collocazione già di per sé indicativa del marginale significato attribuito ad un profilo evidentemente non percepito come essenziale per il corretto funzionamento del modello accusatorio – sia in confronto con l'analoga opzione che era prevalsa in sede di elaborazione di entrambe le proposte di legge dalle quali aveva preso l'avvio il progetto riformatore, nessuna delle quali aveva colto l'importanza di una localizzazione diversa, nell'ambito del tessuto codicistico, della disciplina di un istituto complementare rispetto alla funzione investigativa tipica del pubblico ministero e della polizia giudiziaria.

Se da un punto di vista formale, e, dunque, sotto il profilo della forza normativa, non è dato registrare nessuna novità di rilievo, la scelta effettuata dal legislatore riveste una notevole forza emblematica poiché è diretta a rimarcare la posizione di pari dignità formale e sostanziale che le indagini difensive hanno assunto rispetto alle investigazioni della polizia giudiziaria e del pubblico ministero.

La norma generale consente di affrontare con sufficiente tranquillità i temi relativi ai soggetti e, come già detto, ai tempi dell'investigazione difensiva.

Se, in relazione al secondo profilo, il sistema normativo propende per una spiccata accentuazione del principio di continuità investigativa – il potere investigativo difensivo, infatti, è conferito in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione, nonché, ai sensi dell'art. 391-*nonies* c.p.p., prima dell'instaurazione di un procedimento penale e per l'eventualità che ciò dovesse accadere – per quel che concerne il primo aspetto, invece, l'art. 38 disp. att. c.p.p., come è noto, individuava i soggetti legittimati a svolgere attività d'indagine difensiva prevedendo che il difensore potesse svolgere siffatta attività personalmente ovvero a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici o, infine, conferendone incarico ad investigatori privati autorizzati.

Allo stesso modo, l'art. 327-*bis* c.p.p. prevede che l'attività di ricerca e individuazione di elementi di prova a favore dell'assistito venga esercitata dal difensore – fin dal momento dell'incarico professionale risultante, precisa la norma, da atto scritto – ovvero su suo incarico, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

La catalogazione contenuta nella disposizione induce ad escludere, da un lato, che le investigazioni difensive possano essere svolte direttamente dalla persona alla quale l'attività difensiva si riferisce, dall'altro, la configurabilità di un autonomo potere investigativo del sostituto, dell'investigatore privato ovvero del consulente tecnico, sulla base di un incarico direttamente conferito dall'assistito.

Anche se la giurisprudenza ha temperato la rigidità della strutturazione normativa generale stabilendo che è legittima ed utilizzabile l'attività svolta da un investigatore privato, prima della iscrizione della notizia di reato, al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 391-*nonies* c.p.p., atteso che l'attivazione dello statuto codicistico previsto per l'attività investigativa preventiva è rimessa alla volontà del soggetto, avendo natura del tutto facoltativa [Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2019, n. 13110]. La fonte genetica del potere investigativo difensivo risiede, come già detto, nell'incarico professionale, di talché la legittimazione al compimento di atti d'indagine da parte del difensore prescinde dal conferimento di specifici poteri in tal senso, costituendo implicito connotato del negozio di mandato sottostante alla nomina.

La prescrizione normativa secondo cui l'incarico professionale deve avere forma scritta è giustificata, invece, dalla necessità di disporre di uno strumento probatorio certo in punto di effettivo conferimento di un incarico difensivo costituente la premessa legittimante il compimento di atti d'indagine.

Detto questo, è stato fin da subito rilevata la laconicità dell'art. 327-*bis* c.p.p. in punto di individuazione dei soggetti legittimati a conferire un mandato difensivo efficace anche rispetto al profilo concernente la legittimazione al compimento di atti d'indagine difensiva.

La norma, infatti, utilizza una nozione – quella, cioè, di “assistito” – la cui portata deve essere delineata in maniera chiara poiché da essa dipende l'attribuzione o meno di poteri d'indagine al difensore di soggetti processuali diversi dall'imputato.

Orbene, il “difensore” al quale si riferisce l'art. 327-*bis* c.p.p. non è soltanto quello della persona sottoposta alle indagini, ovvero dell'imputato o condannato, ma anche quello delle altre parti del processo penale.

Al preciso riferimento normativo contenuto nell'art. 327-*bis*, comma 1 c.p.p., il quale utilizza, come appena detto, un'espressione ben estensibile a tutte le parti processuali, si affiancano gli inequivocabili spunti esegetici offerti, innanzitutto, dall'art. 512 c.p.p., il quale, nella versione modificata dall'art. 18 della legge sulle investigazioni difensive, indica espressamente tra gli atti d'indagine suscettibili di lettura dibattimentale, in caso di sopravvenuta irripetibilità, anche quelli assunti “dai difensori delle parti private”.

Seguendo la medesima direttrice generale, inoltre, l'art. 391-*octies* c.p.p., nel disciplinare la figura innovativa costituita dal fascicolo del difensore, contiene un espresso riferimento alla “parte privata”.

L'ampia modellabilità dell'espressione “assistito” contenuta nell'art. 327-*bis* c.p.p., nella lettura della quale si impone, d'altro canto, un puntuale riferimento ai principi costituzionali del giusto processo, permette, inoltre, di configurare senza particolari sforzi esegetici una legittimazione al compimento di atti investigativi in capo alla persona offesa dal reato.

Sul versante procedimentale complessivamente contrapposto a quello della persona sottoposta alle indagini, anzi, l'attribuzione di un potere investigativo alla persona offesa assume una rilevanza essenziale, posto che soltanto attraverso il compimento di specifici atti investigativi quest'ultima può porsi in una posizione qualificata nella fase del procedimento dedicata alla raccolta di elementi d'indagine, assumendo un ruolo di supplenza rispetto ad eventuali lacune che il pubblico ministero, per sottovalutazione o per qualsiasi altro motivo, non intende colmare nemmeno in accoglimento di puntuali sollecitazioni provenienti dalla vittima del reato.

Ed infatti, proprio in vista dell'esercizio compiuto delle facoltà difensive di cui è titolare, l'art. 335 c.p.p. autorizza anche la persona offesa dal reato a richiedere ed ottenere la comunicazione delle iscrizioni effettuate dal pubblico ministero nel registro delle notizie di reato, facoltà prodromica l'effettività della quale è presidiata da un obbligo di specifica informativa che l'art. 90-*bis* c.p.p., introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, pone a carico dell'autorità procedente e colloca, sul versante temporale, già al momento del primo contatto con essa.

Qualche dubbio potrebbe residuare in relazione alla persona danneggiata dal reato che non rivesta, allo stesso tempo, la qualifica di persona offesa.

Come è noto, il codice vigente ha operato una netta distinzione tra i soggetti portatori di pretese di natura non penalistica e quelli titolari, invece, di vere e proprie aspettative di carattere penale, configurandoli in modo del tutto autonomo sia per quanto concerne i tempi di intervento sia per quel che attiene ai loro poteri processuali.

Tuttavia, la funzionalizzazione delle attività difensive del danneggiato rispetto alla successiva costituzione di parte civile e, quindi, all'esercizio di poteri e facoltà processuali a quest'ultima riservati dall'ordinamento potrebbe, nel momento della formalizzazione del ruolo di parte processuale, tra-

durre un ipotetico limite di poteri d'indagine in un pericoloso vuoto di tutela, essendo l'effettività di tale ruolo svuotata dalla proiezione processuale del pregresso limite in relazione allo snodo fondamentale costituito dal diritto alla prova.

Ad uscire pregiudicato da un'esesesi restrittiva sarebbe, ancora una volta, il quadro dei valori e dei principi che la Costituzione ha delineato quali elementi strutturali di un processo penale giusto, poiché, se è vero che la persona danneggiata persegue un risultato squisitamente civilistico, è altrettanto vero che la realizzazione concreta della pretesa fatta valere in giudizio dipende inevitabilmente dal successo dell'iniziativa imputativa del pubblico ministero, di talché diviene, sul piano dei poteri investigativi, improponibile qualsiasi differenziazione rispetto alla posizione ed al ruolo della persona offesa dal reato.

**II.** La disciplina delle investigazioni difensive consente all'ufficio difensivo di svolgere attività finalizzate ad acquisire elementi di carattere dichiarativo.

Il codice, come interpolato dalla legge 7 dicembre 2000, n. 347, contempla tre diverse modalità di contatto tra gli organi dell'indagine privata e le "persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa": il colloquio, la ricezione di dichiarazioni e l'assunzione di informazioni.

Il colloquio informale è costruito dall'art. 391-*bis*, comma 1 c.p.p. come un atto finalizzato all'acquisizione di notizie e sostanziatesi nel "conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa".

Il colloquio è stato concepito, dunque, come un'attività del tutto informale – al punto che non è prescritto alcun obbligo di documentazione delle notizie riferite dalla persona intervistata, anche se ciò non esclude la possibilità che il soggetto procedente, successivamente al colloquio, preferisca riportare in appunti personali l'oggetto dell'informazione ed i dati essenziali, in modo da ricordarne l'autore e la rilevanza in vista delle valutazioni che determineranno l'indirizzo dell'attività successiva – e deritualizzata – secondo alcuni, infatti, il contatto potrebbe avvenire anche a prescindere da un incontro fisico, quindi anche a mezzo del telefono o mediante il ricorso ad altre vie telematiche di comunicazione – che non si pone in un rapporto di alternatività rispetto alla dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni, ma, al contrario, costituisce la premessa logica ed operativa di essi, dovendo servire, in altre parole, per valutare esistenza, portata e rilevanza del patrimonio cognitivo attribuito alla persona interpellata.

Non va dimenticato, infatti, che l'attività d'indagine difensiva è finalizzata ad acquisire elementi probatori a favore della persona assistita dal difensore procedente ed è ragionevole ritenere che i soggetti legittimati al compimento di essa, trovandosi di fronte ad una persona che dal colloquio emerge non essere a conoscenza di dati rilevanti ai fini investigativi, eviteranno di sviluppare ulteriormente il rapporto acquisitivo.

Si tratta, dunque, di uno strumento dotato di rilievo interno, funzionale all'orientamento, all'organizzazione ed alla predisposizione dell'eventuale, futura attività investigativa a valenza procedimentale.

Ovvio che, qualora il contatto informale dovesse produrre, in conformità con quanto astrattamente ipotizzato in sede di predisposizione del programma investigativo difensivo, risultanze favorevoli alla posizione dell'assistito, il difensore ed il sostituto si attiveranno al fine di instaurare un successivo momento acquisitivo che, potendo assumere la forma dell'assunzione di informazioni ovvero della ricezione di una dichiarazione, sarà produttivo di elementi i quali, se ritualmente documentati secondo lo schema rigido predisposto dal legislatore, saranno suscettibili di impiego nel prosieguo dell'*iter* procedimentale.

I due atti di natura formale, se sono equivalenti sotto il profilo della funzione, si distinguono sul piano dell'assetto strutturale poiché, mentre il primo è gestito dal soggetto procedente e si svi-

luppa secondo una dinamica che fa seguire alla domanda di questi una (pertinente) risposta da parte della persona intervistata, il secondo presenta una connotazione strettamente unilaterale dal momento che, posto dall'intervistante un determinato tema, il contenuto informativo dell'atto è interamente prodotto dal dichiarante, in assenza – si auspica – di qualsiasi interferenza esterna, ed assume veste procedimentale soltanto grazie all'intervento documentativo successivo del difensore.

La dichiarazione scritta costituisce, infatti, una dichiarazione di scienza proveniente dalla persona informata sui fatti, nella quale essa riferisce, in forma univoca ed unilaterale, le circostanze di cui è a conoscenza utili all'attività di indagine difensiva.

L'assunzione di informazioni, al contrario, vede nel difensore e nel sostituto gli indiscussi protagonisti dell'atto acquisitivo, trattandosi dei soggetti investigativi che, attraverso la formulazione delle domande, pongono sul tappeto i temi che costituiscono l'oggetto delle successive e correlate affermazioni probatorie, ossia degli elementi formativi del contenuto utilizzabile dell'atto.

L'art. 391-*bis*, comma 1 c.p.p. individua le persone contattabili nell'ambito dell'attività investigativa difensiva finalizzata all'acquisizione di dichiarazioni utilizzando la formula generica ed onnicomprensiva "persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa".

La formula è oltremodo ampia e consente di comprendervi qualsivoglia soggetto che appaia essere portatore di elementi conoscitivi che, allorché acquisiti, apportano un contributo positivo all'attività difensiva.

Sulla base di essa, dunque, deve ritenersi consentita un'attività acquisitiva che si espliciti sia nei confronti della persona offesa dal reato, sia rispetto ad un soggetto minorenni.

L'ampiezza della disposizione normativa è, però, temperata dalla previsione di una specifica fattispecie preclusiva, legislativamente configurata mediante il rinvio, contenuto nell'art. 391-*bis*, comma 1 c.p.p., alle situazioni di incompatibilità previste dall'art. 197, comma 1, lett. c) e d) c.p.p. rispetto all'ufficio di testimone.

Si tratta di un regime preclusivo assoluto e ineludibile sia sotto il profilo della legittimazione soggettiva al compimento di atti investigativi a contenuto dichiarativo che in relazione alla tipologia degli atti effettuabili.

Come già detto, il dato identificativo tipizzato dall'art. 391-*bis* c.p.p. ha, fin da subito, consentito di ritenere permessa un'attività acquisitiva che si esplicasse nei confronti di un soggetto minorenni. In relazione a quest'ultima evenienza, la disciplina originaria delle investigazioni difensive non prevedeva particolari cautele in ordine alla fase dell'assunzione di elementi dichiarativi, di talché non poteva che meritare condivisione la tesi secondo la quale doveva ritenersi applicabile l'art. 498, comma 4 c.p.p., laddove prevede che l'esame del testimone minorenni possa svolgersi con l'ausilio di un familiare o di un esperto di psicologia infantile.

Tra l'altro, il carattere facoltativo del ricorso a siffatta forma di assistenza nel corso dell'esame – carattere che, stabilito dalla Corte di cassazione in relazione all'esame testimoniale in Cass., Sez. III, 25 marzo 2003, n. 22066, non poteva non estendersi all'atto difensivo, soprattutto in assenza di specifiche disposizioni di segno contrario – era rafforzato dall'orientamento giurisprudenziale che riteneva le particolari cautele dettate dall'art. 498, comma 4 c.p.p. non applicabili alle dichiarazioni rese dal minore nel corso delle indagini preliminari, fermo restando che, da tale principio, sia Cass., Sez. IV, 9 novembre 2006, n. 3576, sia Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2000, n. 11615 avevano escluso che si potesse ricavare un divieto alla partecipazione del genitore all'assunzione delle dichiarazioni del minorenni nella fase investigativa, né un tale divieto era sancito in qualche altra norma dell'ordinamento.

Come si comprende da queste poche battute, il tema costituito dalla tutela dei minori fonte di prova nel procedimento penale era stato completamente ignorato con riferimento alla fase delle

indagini preliminari, durante la quale gli organi investigativi erano legittimati ad utilizzare, rispetto a siffatta categoria di dichiaranti, gli schemi e gli strumenti previsti per gli adulti.

L'esigenza esterna di salvaguardare l'integrità psico-fisica del minore coinvolto in peculiari e delicatissimi procedimenti penali, legata però anche alla necessità interna di assicurare la genuinità delle dichiarazioni acquisite, ha imposto una rivisitazione del quadro normativo, modificato dalla legge 1 ottobre 2012 n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007.

L'innovazione legislativa è molto complessa e, come è facilmente intuibile in considerazione delle esigenze di tutela che ne hanno determinato l'adozione, multidisciplinare.

Per quel che riguarda le forme acquisitive di contributi dichiarativi provenienti da persone minorenni, la legge si è preoccupata di salvaguardare, da un lato, la correttezza metodologica – sotto i profili dell'approccio, della comunicazione e della comprensibilità – dell'interrelazione che si genera tra il soggetto investigante e la persona intervistata; dall'altro, l'integrità psico-fisica di quest'ultima rispetto ai possibili turbamenti connessi all'inserimento nel circuito processuale.

Agisce su entrambi i versanti l'art. 5 della legge in discorso, il quale ha modificato gli artt. 351, 362 e 391-*bis* c.p.p. inserendo in ciascuno di essi uno specifico comma nel quale si stabilisce che l'autorità procedente – polizia giudiziaria, pubblico ministero ovvero difensore – in relazione ai delitti di cui agli artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p., deve avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, il quale, si può immaginare alla luce della chiara delimitazione delle funzioni processuali, deve limitarsi a mediare la relazione investigativa, senza potersi intrattenere in valutazioni concernenti l'affidabilità del dichiarante e la genuinità delle dichiarazioni, né sostituire l'autorità procedente nell'esecuzione effettiva dell'audizione.

Il contatto investigativo con le persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento ovvero in procedimento connesso o per reato collegato è disciplinato con tonalità garantistiche del tutto peculiari e non poteva essere altrimenti, considerata la particolare posizione che questa categoria di soggetti viene ad assumere nel procedimento a cagione di una specifica relazione che si instaura tra le diverse imputazioni e per la quale non possono essere obbligati – tanto meno, ovviamente, dalla difesa – a contribuire alla ricostruzione di fatti dai quali potrebbe derivare una loro responsabilità penale.

Il conflitto di valori che si costituisce nell'atto di acquisizione di elementi dichiarativi da soggetti processualmente qualificati non poteva, dunque, andare esente da un tentativo di equilibrata composizione normativa nell'ambito del procedimento definitorio del modello investigativo difensivo. Il legislatore, esercitando sul punto un potere limitatamente discrezionale, ha optato per una soluzione rigida, dotando l'atto acquisitivo di una spiccata connotazione garantista rispetto alla posizione dell'intervistato ed anche in relazione al profilo concernente la difesa tecnica, peculiarmente qualificata dalla previsione della necessaria partecipazione del difensore della persona esaminata, al quale l'investigante deve dare avviso almeno ventiquattro ore prima.

In mancanza del difensore di fiducia, l'art. 391-*bis*, comma 5 c.p.p. prescrive l'attivazione, a cura del difensore che procede alle investigazioni, di un momento di contatto con l'autorità giudiziaria finalizzato alla designazione di un difensore d'ufficio, ai sensi dell'art. 97 c.p.p.

Il difensore, il sostituto e gli altri soggetti dell'indagine difensiva che si accingono ad effettuare un atto investigativo a contenuto dichiarativo devono rivolgere alla persona contattata una sequenza di avvertimenti che, specificamente indicati nell'art. 391-*bis*, comma 3 c.p.p., costituiscono il presidio di garanzia della corretta instaurazione del rapporto difensivo.

La norma assume un rilievo centrale nell'itinerario attuativo del modello di contatto prescelto, dal momento che l'omissione dei prescritti avvertimenti rende l'atto acquisitivo inutilizzabile e costitu-

isce, altresì, ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 6 c.p.p., un'ipotesi di illecito disciplinare che l'autorità giudiziaria procedente ha l'obbligo di comunicare al titolare del potere disciplinare.

È imposto, dunque, un eccezionale scrupolo nell'esplicazione in concreto del momento informativo, della correttezza del quale occorre dare compiuta dimostrazione in sede di documentazione dell'atto acquisitivo.

L'art. 391-*bis*, comma 3 c.p.p. dispone che il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici devono avvertire le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa:

1. della propria qualità e dello scopo del colloquio;
2. se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione;
3. dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato;
4. della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione;
5. del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date;
6. delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione.

Di recente, come si avrà modo di vedere in seguito, il catalogo degli avvertimenti prodromici alla regolare effettuazione dell'attività acquisitiva di elementi dichiarativi è stato arricchito dalla Corte di cassazione mediante la previsione di un obbligo di informativa concernente la specifica facoltà di astensione in ragione della ricorrenza di un rapporto rilevante ai sensi dell'art. 199 c.p.p.

Il *deficit* che assiste l'atto d'indagine difensivo sul versante della previsione (assente) di poteri coercitivi del difensore è compensato – come avviene, d'altra parte, in relazione a tutti gli atti d'indagine difensiva che coinvolgono situazioni giuridiche soggettive riferibili a persone estranee alla vicenda investigativa – dalla predisposizione di strumenti, di pertinenza di soggetti pubblici e per questo da maneggiare con estrema cautela, che realizzano scenari alternativi rispetto all'omologo atto investigativo difensivo, comunque astrattamente idonei ad assicurare il medesimo risultato acquisitivo di dati conoscitivi rilevanti.

Entrambi compendiate nell'art. 391-*bis* c.p.p., la “audizione del pubblico ministero” e l'incidente probatorio (si potrebbe definire) “parainvestigativo” sono istituti che mantengono inalterata la loro tradizionale destinazione funzionale, essendo, la scelta tra i due, rimessa alla discrezionalità del difensore, il quale compirà le proprie valutazioni sulla base della strategia difensiva adottata e, conseguentemente, del tipo di atto ritenuto più idoneo a perseguirla, anche se non sfugge – da qui, appunto, l'invito alla cautela – come entrambi gli strumenti implicino per la difesa, sia pure in termini diversi, il rischio di una *discovery* anticipata delle proprie fonti, nella maggior parte dei casi neppure sostenuta da una precisa conoscenza circa il reale bagaglio di informazioni che queste possono apportare.

Il primo, quale atto d'indagine del pubblico ministero sebbene connotato da non trascurabili peculiarità sul piano strutturale, persegue e realizza finalità meramente investigative, mentre il secondo, costituente una parentesi processuale aperta nel contesto della fase investigativa, ha una funzione squisitamente probatoria, essendo finalizzato all'acquisizione anticipata di elementi di prova utilizzabili anche in sede dibattimentale e, pertanto, destinati a trovare ingresso fin dall'inizio nel fascicolo per il dibattimento, formato ai sensi dell'art. 431 c.p.p.

**III.** Uno dei limiti più significativi della disciplina delle investigazioni difensive contenuta nell'art. 38 disp. att. c.p.p. era costituito, come è noto, dalla mancanza di una qualsiasi regolamentazione dei mezzi di documentazione delle risultanze acquisite dal difensore ed il silenzio normativo aveva generato non poche incertezze e, in giurisprudenza, aveva concorso ad alimentare il dubbio circa

la sussistenza stessa di una legittimazione difensiva a porre in essere atti acquisitivi di elementi dichiarativi.

La legge 7 dicembre 2000, n. 397 non poteva, ovviamente, non occuparsi della questione e in relazione all'atto acquisitivo di elementi dichiarativi ha previsto due distinte modalità documentative, diverse per struttura e requisiti formali e correlate a ciascuna delle possibili forme di contatto con la persona informata sui fatti.

È da notare che la riforma ha affidato esclusivamente al difensore la funzione documentativa degli atti investigativi, seguendo una prospettiva diversa da quella costituita dall'etero-documentazione ad opera di soggetti esterni legalmente qualificati.

L'art. 391-*ter* c.p.p. – il quale, contenendo la disciplina della documentazione degli atti investigativi difensivi a contenuto dichiarativo, si pone come regola base del potere documentativo del difensore, del cui ruolo istituzionale determina un ulteriore e qualificante arricchimento – prevede, innanzitutto, che la dichiarazione di cui all'art. 391-*bis*, comma 2 c.p.p., redatta e sottoscritta dal dichiarante, deve essere autenticata dal difensore o da un suo sostituto: mediante siffatto adempimento formale, dunque, l'investigante certifica la provenienza soggettiva del contributo conoscitivo assicurando la riconducibilità dell'atto dichiarativo al soggetto che vi appone la sottoscrizione senza, però, attestare la veridicità della dichiarazione, ovvero, l'esattezza di essa sotto il profilo giuridico.

Il difensore deve, altresì, redigere una relazione nella quale sono riportati la data in cui ha ricevuto la dichiarazione, le proprie generalità e quelle della persona che l'ha rilasciata, l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dall'art. 391-*bis*, comma 3 c.p.p. e, infine, l'esposizione dei fatti sui quali verte la dichiarazione.

La dichiarazione è allegata alla relazione e costituisce, a tutti gli effetti, lo strumento documentativo dell'attività difensiva, l'atto mediante il quale, in altri termini, la risultanza dichiarativa preconstituita dall'intervistato – l'unica, ovviamente, utilizzabile come fonte informativa in ambito processuale, non essendo la relazione dotata di autonoma efficacia probatoria – assume la veste formale di atto di investigazione difensiva e di questa tipologia acquisisce la valenza ed efficacia.

Nonostante il rapporto di stretta complementarità esistente tra i due atti, sembra evidente che essi – dichiarazione e relazione – costituiscano il risultato di attività distinte sia per contenuto – a forma libera quello della prima, vincolato quello della seconda – che per provenienza e, pertanto, è necessario che essi mantengano un'autonomia anche fisica, caratteristica idonea, tra l'altro, a dimostrare l'autonoma predisposizione – nel senso dell'assoluta assenza di condizionamenti in funzione degli interessi e delle ragioni della difesa – della dichiarazione da parte della persona informata.

Le informazioni di cui all'art. 391-*bis*, comma 2 c.p.p. sono documentate dal difensore o da un suo sostituto, i quali possono avvalersi, per la materiale redazione del mezzo documentativo costituito dal verbale, di persone di loro fiducia.

Mediante siffatta proposizione l'art. 391-*ter*, comma 3 c.p.p. individua nel verbale, dunque, lo strumento documentativo necessario ed indefettibile dell'atto acquisitivo di informazioni e nel difensore – ovvero, nel suo sostituto – gli unici soggetti titolari della correlata funzione documentativa. La persona di fiducia è, invece, eventualmente incaricata di compiti di natura materiale ed esecutiva, probabilmente connessi alla necessità di disporre di specifiche competenze tecniche funzionali alla compiuta realizzazione dell'attività di documentazione mediante il ricorso a peculiari strumenti di riproduzione.

Per quel che concerne le modalità di documentazione dell'atto investigativo, la norma si limita ad un richiamo modulare – in quanto applicabili, precisa infatti – delle disposizioni contenute nel libro II, titolo III del codice processuale.

La tecnica di normazione utilizzata implica, dunque, che la documentazione dell'atto di assunzione di informazioni debba avvenire mediante uno strumento il quale, ai sensi dell'art. 134 c.p.p., può assumere forma integrale o riassuntiva – la prima consiste nella riproduzione completa dell'esame, nel senso che vengono riportate letteralmente le domande rivolte e le risposte date, mentre mediante la verbalizzazione riassuntiva viene riprodotta nell'originaria genuina espressione la parte essenziale delle dichiarazioni, con la descrizione delle circostanze nelle quali sono rese se queste possono servire a valutarne la credibilità – e deve essere redatto con la stenografia o ricorrendo ad altro strumento meccanico ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, utilizzando la scrittura manuale.

Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva ad esso deve affiancarsi, altresì, l'effettuazione della riproduzione fonografica e, allorché siffatte modalità di documentazione sono ritenute insufficienti, può essere aggiunta – nemmeno il ricorso ad essa può mai, quindi, avere funzione sostitutiva della verbalizzazione – la riproduzione audiovisiva, quale modalità considerata dal soggetto procedente assolutamente indispensabile e, quindi, nei casi in cui ricorre la necessità di conservare la cognizione visiva degli atti processuali ed i sistemi ordinari di documentazione si palesano come inadatti a tal fine.

Ovvio che il ricorso a siffatte tecniche di documentazione, dotate di una ben maggiore potenzialità di controllo e fissazione del contenuto dell'atto, non è precluso dalla redazione del verbale in forma integrale, costituendo, in questo caso, una facoltà documentativa che il difensore potrebbe, per ragioni di garanzia della genuinità della deposizione, comunque ed in ogni caso preferire.

Non sembra applicabile alla documentazione degli atti d'investigazione difensiva, ed in ogni caso appare essere una disposizione priva di significativo rilievo pratico, l'art. 140 c.p.p., il quale, spezzando il nesso apparentemente inscindibile intercorrente tra verbalizzazione riassuntiva e riproduzione fonografica stabilito dall'art. 134, comma 3 c.p.p., prevede che l'autorità procedente possa redigere soltanto verbale in forma riassuntiva quando gli atti da verbalizzare hanno contenuto semplice o limitata rilevanza – caratteri difficilmente configurabili in relazione agli atti acquisitivi di informazioni – ovvero quando si verifica “una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di ausiliari tecnici”.

Posto, infatti, che la norma venne introdotta al fine di permettere un passaggio graduale alle nuove tecniche di documentazione, onde evitare che l'attesa delle dotazioni strumentali potesse determinare una situazione di paralisi, garantendo il funzionamento dell'apparato giudiziario anche in assenza di un immediato intervento volto a fornire i supporti necessari, è immaginabile che il difensore che intenda svolgere la propria attività difensiva mediante il ricorso ad atti investigativi sia gravato dall'onere di dotarsi delle – peraltro esigue – strumentazioni tecniche necessarie, potendo d'altra parte ovviare a situazioni di contingente indisponibilità mediante la verbalizzazione in forma integrale.

In ogni caso, l'art. 139 c.p.p. precisa che la riproduzione fonografica o audiovisiva può essere effettuata da personale di fiducia dotato di particolari mezzi e competenze tecniche, fermo restando che siffatta attività deve comunque svolgersi sotto la costante direzione ed il rigido controllo del difensore, il quale deve altresì curare, nel caso in cui si proceda alla riproduzione fonografica, che nel verbale sia indicato il momento di inizio e di cessazione delle operazioni di riproduzione. L'indispensabilità del verbale, anche in concomitanza con l'impiego di strumenti documentativi ulteriori ma rispetto ad esso comunque complementari, è ribadita dalla previsione, contenuta nell'art. 139, comma 3 c.p.p., secondo cui, qualora la riproduzione fonografica, per qualsiasi motivo, non abbia avuto effetto o non sia chiaramente intelligibile in riferimento a singole parti, la funzione probatoria rispetto a queste è espletata dal verbale redatto in forma riassuntiva.

Norma, quella appena richiamata, di primissimo piano poiché, oltre a ribadire la centralità e l'irrinunciabilità della modalità documentativa costituita dal verbale, sottolinea la necessità che

il verbale riassuntivo, sebbene affiancato da un'altra metodologia di riproduzione, non possa comunque limitarsi all'indicazione dei confini temporali di essa, ma deve garantire un'effettiva documentazione, sia pur sintetica, volta a conservare traccia dei dati più significativi.

L'atto d'indagine che sia posto in essere nei confronti di persone in stato di detenzione, quanto meno per ragioni di convenienza e di opportunità, deve essere documentato mediante il ricorso alle forme rafforzate prescritte dall'art. 141-*bis* c.p.p.

**IV.** L'art. 391-*nonies* c.p.p. – la cui collocazione è stata ritenuta asistemica, in quanto per la cronologica e funzionale priorità della sua sfera applicativa, essa meglio avrebbe figurato in apertura degli spazi operativi scanditi dall'art. 327-*bis*, comma 2 c.p.p. – disciplina un istituto dai contorni non facilmente decifrabili.

Considerata portatrice di uno tra i congegni maggiormente discussi della riforma, è stato messo in rilievo il carattere di marcata pericolosità che connota la norma in questione, per le macroscopiche potenzialità inquinanti che il suo non corretto utilizzo comporta e per la rischiosa sovraesposizione cui essa esporrà il difensore integerrimo, specie nelle aree in cui più forte è il radicamento della criminalità organizzata.

Non sono mancati, inoltre, autori che hanno ritenuto la norma non soltanto ingiustificata sul piano dei principi costituzionali, ma in contrasto con l'art. 3 Cost., scorgendovi, addirittura, il pericolo di un inquinamento probatorio legalizzato, soprattutto in un Paese come il nostro, fortemente caratterizzato da fenomeni di criminalità organizzata, il cui potere di condizionamento e di pressione esterna potrebbe essere veicolato nell'ambito del procedimento penale addirittura prima ancora che questo nasca, con pregiudizi irreversibili per la genuinità della acquisizione e della formazione della prova.

L'attività investigativa preventiva è, sul piano empirico, costituita dalla medesima attività prevista dall'articolo 327-*bis* c.p.p., posta in essere, però, per l'eventualità che si instauri un procedimento penale.

Si tratta, dunque, di un'attività correttamente definita "pre-procedimentale", ovvero "preparatoria", in quanto finalizzata a ricercare ed individuare elementi di prova (sempre) a favore del proprio assistito ma destinati ad essere utilizzati soltanto nell'eventualità che si instauri un procedimento penale.

Orbene, la disposizione è chiara nel qualificare come preventiva esclusivamente l'attività d'indagine strumentale alla tutela di una posizione ancora priva di rilevanza nell'ambito di un procedimento penale.

Rileva, dunque, non soltanto il caso in cui alcuna iscrizione sul registro *ex art.* 335 c.p.p. sia stata effettuata in relazione al fatto al quale si riferisce l'investigazione, ma anche l'ipotesi di iscrizione di una *notizia criminis* soggettivamente non qualificata, ovvero, l'evenienza in cui l'attività d'indagine sia compiuta su mandato di una persona diversa da quella il cui nominativo sia stato iscritto nel registro medesimo.

Allo stesso modo, dovrebbe essere qualificata come preventiva l'attività investigativa compiuta dalla persona offesa dal reato al fine non soltanto di provocare l'avvio di un procedimento o la riapertura di un procedimento penale già archiviato, o, ancora, l'emissione di un provvedimento di revoca della sentenza di non luogo a procedere, ma anche per fare emergere siffatta qualità nell'ambito di un procedimento pendente.

Le attività investigative che il difensore ed i suoi ausiliari possono compiere in via preventiva sono, come già visto, individuabili facendo riferimento, innanzitutto, al rinvio che l'art. 391-*nonies* c.p.p. opera all'art. 327-*bis* c.p.p.

Si tratta, dunque, di attività coincidenti con quelle espletabili nell'ambito delle investigazioni difensive procedurali e ciò sia sotto il profilo finalistico, sia sul piano dei requisiti di struttura e di forma.

Proprio sul versante dei requisiti formali, infatti, Cass., Sez. I, 5 novembre 2003, Drozdik ha avuto modo di puntualizzare che la facoltà del difensore di svolgere attività investigative per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito al fine di promuovere il giudizio di revisione – si tratta, evidentemente, di attività investigativa di carattere preventivo, essendo svolta in vista della rimozione di un giudicato già formato – deve essere esercitata nel rispetto delle forme stabilite dagli artt. 391-*bis* ss. c.p.p., con la conseguenza che sono inutilizzabili le prove “nuove” raccolte senza rispettare le norme che regolamentano le indagini difensive.

Se, però, le attività investigative preventive coincidono con quelle compendiate dalla disposizione generale, rispetto allo speciale settore oggetto di analisi vige una regola delimitativa di carattere negativo, per la quale è precluso il compimento degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Il difensore non può, dunque, nell'ambito delle investigazioni preventive, chiedere l'autorizzazione di cui all'art. 233, comma 1-*bis* c.p.p., attivare i meccanismi sostitutivi delle attività acquisitive di elementi dichiarativi previsti dall'art. 391-*bis*, commi 10 e 11 c.p.p., rivolgere istanza al pubblico ministero ai sensi dell'art. 391-*quater*, comma 3 c.p.p., chiedere di essere autorizzato ad accedere ai luoghi privati o non aperti al pubblico *ex art.* 391-*septies* c.p.p., effettuare accertamenti tecnici irripetibili a norma dell'art. 391-*decies*, comma 3 c.p.p.

In ogni caso, Cass., Sez. IV, 14 ottobre 2005, Campa, occupandosi del profilo sanzionatorio, ha chiarito che è da considerarsi abnorme il decreto con il quale il giudice autorizzi, in sede di investigazione difensiva preventiva, il compimento di un atto necessitante del provvedimento assensitivo, poiché nell'ambito di siffatta categoria di investigazioni non è consentito al difensore lo svolgimento di atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, categoria generale nel cui ambito si collocano sia pubblico ministero che del giudice.

Al di fuori di siffatta, evidentemente patologica evenienza, è chiaro che il compimento di atti vietati dall'art. 391-*nonies* c.p.p. ne determina l'inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p.

**V.** Nell'ambito di un quadro legislativo complessivamente proteso verso la tendenziale assimilazione degli atti delle investigazioni difensive agli atti del pubblico ministero, è stata introdotta la possibilità che i soggetti dell'investigazione privata compiano atti di natura ispettiva, la cui regolamentazione è enucleabile mediante la combinazione sistematica delle norme contenute negli artt. 391-*sexies*, 391-*septies* e 391-*decies* c.p.p.

La prima delle disposizioni citate, introdotta dall'art. 11 della legge di riforma delle investigazioni difensive, disciplina – a dire il vero, la norma regola soltanto il profilo attinente alla documentazione dell'atto, il potere di compiere il quale è dato per riconosciuto ed acquisito – il c.d. “accesso ai luoghi”, prevedendo che il difensore, il sostituto e gli ausiliari indicati nell'art. 391-*bis* c.p.p. possono effettuare un accesso finalizzato a prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose, ovvero per procedere alla loro descrizione o, ancora, per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi.

Si tratta, è stato notato, di un potere simmetrico a quello attribuito al pubblico ministero dall'art. 359 c.p.p. ed in parte coincidente con quanto è consentito agli ufficiali di polizia giudiziaria, in situazioni di urgenza, dall'art. 354, comma 2 c.p.p., dando vita ad uno strumento di indagine molto prezioso perché permette di guardare e controllare direttamente l'ambiente e le cose in qualche modo collegate al reato, consentendo quindi di avere contezza dello scenario in cui si è svolta l'azione *de qua*.

I luoghi suscettibili di accesso difensivo, va subito precisato, non sono necessariamente quelli qualificabili come *locus commissi delicti*, ma può trattarsi di qualsiasi luogo in cui è possibile reperire elementi utili alla difesa dell'assistito in virtù del potenziale reperimento di elementi a discarico.

La documentazione dell'atto investigativo avviene, di regola, mediante la redazione di un verbale – previsto come una facoltà, esso diviene un adempimento necessario nella misura in cui l'atto ispettivo consegna elementi suscettibili di utilizzazione processuale che, pertanto, devono essere documentati – nel quale devono essere riportati in maniera fedele la data ed il luogo dell'accesso, le generalità dell'autore e quelle delle persone intervenute, la descrizione dello stato dei luoghi e delle cose e, infine, l'indicazione degli eventuali rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi eseguiti, che fanno parte integrante dell'atto e sono allegati al medesimo.

L'art. 391-*septies* c.p.p., introdotto anch'esso dall'art. 11 della legge n. 397 del 2000, puntualizza che, qualora sia necessario – ovviamente al fine di compiere le medesime operazioni enunciate dall'articolo precedente con riferimento ai luoghi pubblici ed aperti al pubblico, trattandosi di una figura sovrapponibile al modello generale per natura e finalità – accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico, occorre acquisire il preventivo assenso da parte di colui che ne ha la disponibilità.

In mancanza di un atto dispositivo – opportunamente documentata, quantomeno al fine di corredare adeguatamente la successiva richiesta di autorizzazione – l'accesso, su richiesta del difensore, deve essere, a pena di inutilizzabilità delle relative risultanze, autorizzato dal giudice mediante un decreto motivato, inoppugnabile e revocabile, nell'ambito del quale devono essere specificate le concrete modalità di effettuazione dell'atto, ossia i limiti temporali dell'accesso e le attività da svolgere.

In ogni caso, la persona che del luogo abbia la disponibilità, qualora presente al momento dell'accesso, deve essere avvertita della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 c.p.p.

Ci si è chiesti, in dottrina, se il diniego opposto dal privato costituisca un presupposto legittimamente la richiesta di autorizzazione giudiziale, di talché la relativa istanza sarebbe irricevibile se non corredata da adeguata documentazione attestante il veto del soggetto che abbia la disponibilità del luogo.

Sebbene la disposizione normativa sembri ricostruire in questi termini i rapporti tra le due forme di autorizzazione, sembra preferibile la tesi di chi ritiene che il difensore, per porre in essere un atto a sorpresa che non consenta a chi ha la disponibilità del luogo di opporre un dissenso strumentale al fine di fruire del tempo sufficiente ad occultare ovvero alterare le tracce del reato, sia legittimato a richiedere l'autorizzazione giudiziale a prescindere dal tentativo di previa acquisizione del consenso dell'interessato.

Siffatta impostazione, tra l'altro, consentirebbe di superare l'effetto paralizzante derivante da un'eventuale impossibilità di individuazione o di reperimento del soggetto che abbia la disponibilità del luogo, non essendo riconducibili, le situazioni appena richiamate, a quella costituita dalla mancanza di consenso, a rigore l'unica idonea a legittimare il ricorso all'autorità giudiziaria.

Esigenze di tutela della riservatezza hanno imposto di vietare l'accesso ai luoghi di abitazione ed alle pertinenze di essi, con la sola eccezione costituita dalla necessità di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato.

In relazione a quest'ultima facoltà investigativa, la norma non chiarisce se le connesse attività debbano in ogni caso essere compiute previa autorizzazione del giudice, ovvero se, come sembra preferibile, sia possibile accedere al luogo privato anche sulla base del mero consenso della persona che ne ha la disponibilità.

La disciplina complessiva dell'istituto dell'accesso autorizza i soggetti dell'investigazione difensiva a "prendere visione" dello stato dei luoghi e delle cose, a "procedere alla loro descrizione" ed "eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi".

Si tratta di un'attività finalizzata alla constatazione e raccolta di dati che, per i limiti strutturali che la connotano sotto il profilo delle potenzialità invasive e manipolative, non potrebbe comportare alcuna alterazione della configurazione del luogo e delle cose ivi esistenti.

Se, dunque, la norma, in sé considerata, autorizza la difesa ad una mera osservazione esterna, constatazione, memorizzazione, ricerca e raccolta di dati materiali per poter compiere poi in una sede diversa lo studio e l'analisi, le potenzialità dell'azione ispettiva del difensore emergenti dall'art. 391-*sexies* c.p.p. devono essere opportunamente integrate, dal momento che la possibilità di compiere, in occasione dell'accesso ai luoghi, atti non ripetibili emerge da una disposizione apparentemente deputata a disciplinare, conformemente alla sua rubrica, l'utilizzazione della documentazione delle investigazioni difensive.

I riferimenti contenuti nell'art. 391-*decies* c.p.p. – non a caso ritenuta una delle disposizioni da cui più esplicitamente si coglie l'intensità della *voluntas legis* di ampliare fin dove possibile i poteri di investigazione difensiva, secondo la linea della par condicio – consentono, infatti, al difensore di superare i limiti imposti dalla disposizione sopra richiamata, autorizzando interventi molto più penetranti ed incisivi che, andando oltre la mera osservazione, si spingono fino all'accertamento di natura tecnica.

La situazione normativa appena esaminata apre le porte dell'investigazione difensiva alla c.d. "prova scientifica", ossia quella prova che, partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge tratta dalla scienza per accertare l'esistenza di un ulteriore fatto da provare.

Gli effetti, come è immediatamente percepibile, sono dirompenti e per rendersene conto è sufficiente considerare che, sempre più frequentemente, l'itinerario che conduce all'accertamento giurisdizionale dei fatti penalmente rilevanti e delle correlate responsabilità, soprattutto in relazione a settori nevralgici per la tutela di beni primari quali la vita, la salute ovvero l'ambiente, è incentrato sulle risultanze di siffatta tipologia di prova.

Il quadro complessivo emergente dal combinato disposto delle richiamate norme processuali è dotato, dunque, di una portata potenzialmente devastante rispetto agli equilibri che tradizionalmente connotavano la presenza difensiva sulla scena del crimine, di talché è stata fortemente avvertita l'esigenza di delineare criteri operativi da osservare a tutela dell'interesse pubblicistico alla conservazione dello stato dei luoghi in funzione delle esigenze investigative del pubblico ministero e della polizia giudiziaria.

Lo spazio che il legislatore ha lasciato vuoto, sebbene si tratti di situazioni altamente problematiche perché connesse ad una fase che consta essenzialmente di operazioni atipiche che, nella prassi, possono assumere i contenuti più vari in relazione alla tipologia delittuosa ed alle condizioni spazio-temporali in cui l'illecito si è realizzato, è tale che eventuali rischi di sovrapposizione sono stati fronteggiati riconoscendo che, in caso di contemporaneo intervento nello stesso luogo degli organi di investigazione pubblici e di quelli dell'indagine difensiva, debbano necessariamente prevalere le esigenze dei primi, alle disposizioni di tipo cautelativo ed alle direttive dei quali i secondi devono rigorosamente attenersi.

Pertanto, sebbene sia certamente da condividere l'auspicio di un coordinamento tra i contrapposti organi dell'investigazione, è innegabile che, in difetto di ciò, il carattere preminente di regolazione dell'accesso spettante alla polizia giudiziaria impone al difensore di posticipare l'esecuzione di autonomi accertamenti rispetto alla conclusione delle operazioni degli organi pubblici o, comunque, di sistamarle negli spazi operativi che questi riterranno di riconoscerli in base alle esigenze del caso concreto.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'accesso del difensore abbia luogo prima dell'intervento degli organi pubblici ed all'insaputa dei medesimi – tipicamente, nell'ambito di un'attività investigativa di tipo preventivo – l'obiettivo difficoltà di enunciare regole di condotta adeguate per simili evenienze investigative non consente di spingersi oltre il tenue suggerimento di porre in essere le operazioni investigative con estrema cautela, al fine di evitare accidentali, quanto irreversibili, manomissioni del quadro probatorio.

Il che non significa, ovviamente, che il difensore debba prospettarsi limitazioni – tra l'altro, dalla legge non previste – al fine di fare fronte alle ipotizzabili esigenze di una possibile, futura attività d'indagine del pubblico ministero.

Di talché, se la via dell'effettuazione di accertamenti tecnici irripetibili è sbarrata dal disposto dell'art. 391-*nonies* c.p.p., nulla vieta al difensore di procedere al compimento di atti irripetibili diversi dagli accertamenti, trattandosi di attività rispetto alle quali la partecipazione del pubblico ministero – ai sensi dell'art. 391-*decies* c.p.p. – non soltanto non è prevista come necessaria, ma nemmeno si richiede che venga in qualche modo provocata.

Sebbene, dunque, ci siano motivi per porsi in posizione critica rispetto ad una disciplina del sopralluogo difensivo preventivo che non compendia specifici meccanismi di garanzia della funzione delle indagini in relazione al compimento di atti irripetibili, essi non sono di per sé idonei a scalfire la legittimità di un'opzione investigativa che consti di attività particolarmente invasive e, eventualmente, modificative della fisionomia di luoghi e cose.

**VI.** L'art. 391-*quater* c.p.p. regola il profilo probabilmente meno innovativo della complessiva disciplina delle investigazioni difensive, attribuendo al difensore una debole e limitata facoltà di accesso agli atti della pubblica amministrazione che, interamente dislocata all'interno del procedimento penale, reperisce negli strumenti tipici di esso i rimedi all'insuccesso dell'iniziativa difensiva.

Prima dell'emanazione della legge sulle investigazioni difensive, la facoltà del difensore di accedere ai documenti in possesso della pubblica amministrazione era regolata dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, come è noto recante norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.

La disposizione processuale che si occupa della materia delinea una disciplina della fattispecie investigativa articolandola su di un duplice livello di rapporti, di cui il primo realizza una relazione diretta tra il difensore e la pubblica amministrazione, l'altro una connessione mediata dall'intervento dell'autorità giudiziaria.

Innanzitutto, l'art. 391-*quater* c.p.p. stabilisce che il difensore può chiedere, ai fini delle investigazioni difensive, i documenti in possesso della pubblica amministrazione ovvero di estrarne copia a sue spese, mediante un'istanza da rivolgere all'amministrazione che ha formato il documento o che, comunque, lo detiene stabilmente.

Volendo soffermarsi, in primo luogo, sui requisiti di tecnica normativa, v'è da rilevare come la locuzione iniziale dell'art. 391-*quater*, comma 1 c.p.p. sia connotata da una evidente imperfezione terminologica e stilistica, posto che la richiesta di documentazione costituisce essa stessa un atto d'indagine che, sul piano propriamente finalistico, si colloca lungo il versante degli obiettivi generali fissati dall'art. 327-*bis* c.p.p.

Un'altra improprietà lessicale è individuabile nella rubrica dell'art. 391-*quater* c.p.p., il quale fa riferimento ad un concetto, quello di documentazione, che come è noto è tecnicamente utilizzabile in maniera appropriata soltanto riguardo ai risultati dell'agire processuale condensati in atti procedurali.

Non sembra desumibile dalla legge un dovere di esplicitazione, in termini specifici e dettagliati, delle finalità investigative che l'atto acquisitivo persegue, fermo restando, ovviamente, che l'istanza

rivolta alla pubblica amministrazione – la quale deve avere forma scritta – deve contenere indicazioni sufficienti a fare emergere la funzionalità di esso rispetto alla realizzazione di obiettivi di tutela della posizione della persona assistita nell'ambito del procedimento penale.

Per quel che concerne la legittimazione alla proposizione dell'istanza, appare prevalente la posizione dottrina tendente a riconoscere al solo difensore – il quale, ovviamente, deve documentare siffatta qualità corredando la richiesta dell'atto di nomina – il potere di relazionarsi con la pubblica amministrazione per finalità acquisitive di documenti dalla stessa posseduti e, ciò, sia per ragioni connesse alla particolare natura dell'atto, sia sulla base di un'argomentazione fondata sul principio *ubi lex voluit, dixit*.

A siffatta posizione se ne affianca, tuttavia, una diversa, protesa ad attribuire il potere di compiere l'atto investigativo a tutti i soggetti dell'investigazione, in virtù della regola generale contenuta nell'art. 327-*bis* c.p.p.

Secondo una tesi intermedia, invece, soprattutto a seguito della modifica dell'art. 102 c.p.p., sarebbe da ritenere legittimato anche il sostituto.

La conformazione della disposizione contenuta nell'art. 391-*quater*, comma 1 c.p.p. consente di intravedere, in primo luogo, una struttura contenutistica dell'istanza più o meno complessa, potendo la stessa compendiare sia una mera richiesta di esame dei documenti in possesso della pubblica amministrazione, sia una richiesta di estrazione di copia.

La disposizione medesima fa emergere, in relazione all'oggetto dell'istanza, che esso può consistere non soltanto in documenti formati dalla pubblica amministrazione, ma in qualsiasi supporto documentale che, a prescindere dalla fonte di provenienza, sia dalla stessa stabilmente conservato. L'art. 391-*quater*, comma 2 c.p.p., invece, individua nell'amministrazione che ha formato il documento o che, comunque, lo detiene stabilmente, l'entità alla quale l'istanza deve essere rivolta.

Non potendo ricadere sull'assistito del difensore istante un'eventuale difficoltà circa l'individuazione dell'ufficio competente, merita di essere condiviso l'orientamento dottrinale che grava l'ufficio erroneamente investito dalla richiesta di un obbligo di trasmissione a quello che è chiamato a darvi corso.

L'inoltro dell'istanza di esame, ed eventualmente acquisizione di copia, dell'atto in possesso della pubblica amministrazione non determina in capo a quest'ultima un obbligo di accettazione, ben potendo l'ufficio di destinazione rifiutare l'accesso sia mediante l'adozione di un provvedimento espresso di diniego, sia mediante un comportamento concludente che, ovviamente, non può che consistere nel silenzio protratto per un certo periodo di tempo.

L'art. 391-*quater*, comma 3 c.p.p. disciplina gli effetti del rifiuto delineando una fattispecie incentrata sulle previsioni contenute negli artt. 367 e 368 c.p.p.

La prima disposizione stabilisce, come è noto, che, nel corso delle indagini preliminari, i difensori hanno facoltà di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero.

Mentre le memorie, è stato rilevato, mirano a puntualizzare dati aventi ad oggetto questioni di fatto – in particolare, quando il fatto risulti di peculiare complessità o sia necessario chiarire taluni rilevanti dettagli – o di diritto – qualora occorra richiamare l'elaborazione dottrinale o giurisprudenziale, o prospettare una certa interpretazione giuridica – oppure, ancora, tecniche – ove l'indagine richieda la soluzione di problemi tecnico-scientifici – le richieste tendono all'adozione di un'iniziativa o di uno specifico provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria.

Dunque, l'istante può rivolgersi al pubblico ministero, eventualmente per sollecitare – mediante una richiesta le cui motivazioni sono liberamente valutabili, quindi illimitatamente spendibili, dal destinatario – l'adozione di un provvedimento funzionale al raggiungimento dello scopo investigativo perseguito, anche se rimane non chiarito di che tipo di provvedimento potrebbe trattarsi – verosimilmente, di un ordine di esibizione ai sensi dell'art. 256 c.p.p. – e, soprattutto, se esso sia idoneo a provocare un effetto acquisitivo direttamente riferibile alla sfera del difensore oppure a quella del pubblico ministero richiedente.

Nonostante il tentativo di saldare, in chiave sistematica, l'art. 367 c.p.p. all'art. 358 c.p.p. – norma che obbliga il pubblico ministero a svolgere anche gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini – al fine di porre rimedio, in via esecutiva, alla lacuna derivante dal fatto che, a differenza dell'art. 121, comma 2 c.p.p., l'art. 367 c.p.p. non impone al destinatario di provvedere senza ritardo in relazione alle richieste ritualmente formulate dalla parte, sembra chiaro che l'eventuale inerzia del pubblico ministero è comunque priva di qualsivoglia sanzione processuale.

Qualsiasi tentativo, dunque, di fondare sul richiamo della disposizione predetta la potenziale instaurazione di un rapporto tra soggetti procedurali contrapposti, al fine di procurare alla parte privata un succedaneo idoneo ed efficace, ovvero uno strumento rafforzativo dell'efficacia persuasiva dell'istanza di accesso, proveniente dalla parte pubblica e dotato della forza di vaglio preliminare di legittimità, in chiave investigativa, della stessa – sotto forma, per esempio, di visto o di autorizzazione – è destinato a scontrarsi sia con il limite intrinseco ad un sistema sprovvisto della previsione di sanzioni, sia con le giustificate remore connesse alla necessità di dovere fare affidamento, al fine di sostituire o “blindare” l'istanza destinata alla pubblica amministrazione, all'accondiscendenza di chi, magari persuaso della possibilità di reperire utili spunti d'indagine, potrebbe essere indotto ad intraprendere un autonomo percorso acquisitivo.

Non rimane, allora, che saldare tra loro le due disposizioni richiamate dall'art. 391-*quater*, comma 3 c.p.p., la seconda delle quale prevede che, allorché la richiesta rivolta al pubblico ministero sia finalizzata ad ottenere il sequestro di un bene – nel caso che ci occupa, del documento di cui la pubblica amministrazione ha rifiutato la consegna – e questi ritenga di non procedere in conformità, deve trasmettere la richiesta, corredata di un suo parere, al giudice per le indagini preliminari. Sembra evidente che un eventuale parere negativo deve esporre argomentazioni pertinenti con la prospettiva investigativa tracciata dal difensore nella richiesta sotto il particolare profilo della finalità probatoria perseguita, esulando dalla meccanica dell'atto eventuali valutazioni riferite alle esigenze delle indagini preliminari e relazionate ad un eventuale giudizio, nell'ambito della correlata prospettiva, di inutilità probatoria.

Discorso diverso deve farsi, invece, in relazione alla richiesta di sequestro di documentazione in possesso di privati.

Come già visto, il codice non disciplina una facoltà di richiesta di documenti a soggetti diversi dalla pubblica amministrazione.

Tuttavia, la mancata previsione non implica che siffatta attività sia preclusa al difensore, fermo restando che il destinatario della richiesta stessa può disattenderla, anche tacitamente, e, in tal caso, il difensore potrà, soltanto, sollecitare il pubblico ministero utilizzando i medesimi strumenti previsti dall'art. 391-*quater*, comma 3 c.p.p.

Se non che, trattandosi di un'attività priva di specifica disciplina e non delineata chiaramente quale atto investigativo difensivo, o la si colloca nell'ambito delle attività investigative atipiche – di talché della categoria generale viene recuperata la funzione e, quindi, i modelli dinamici di sviluppo – oppure, di necessità, il difensore dovrà dimostrare che l'attività acquisitiva si pone in linea con le finalità delle indagini preliminari e dovrà, rispetto ad esse, argomentare circa l'utilità probatoria dell'atto richiesto.

Sulla richiesta di sequestro probatorio il giudice deve decidere – con gli stessi limiti valutativi tracciati in relazione al pubblico ministero – entro il termine di cui all'art. 121, comma 2 c.p.p., con ordinanza emessa *de plano*, la quale non è suscettibile di impugnazione.

Ovviamente, il sequestro probatorio che eventualmente consegue all'iniziativa difensiva produce un esito acquisitivo che, mancando qualsiasi specificazione, ha, come effetto, l'inserimento nel fascicolo del pubblico ministero del documento del quale è stata inizialmente rifiutata la consegna, fatta salva la facoltà di accesso disciplinata dall'art. 366 c.p.p.

**VII.** Il difensore che ha svolto attività d'investigazione – e ne ha documentato le relative risultanze in conformità con il dettato normativo – dispone di un'estesa facoltà di utilizzazione, potendo veicolare i propri atti nell'ambito del procedimento attraverso due distinti canali comunicativi.

Il primo ha come destinatario il pubblico ministero, al quale il difensore, ai sensi dell'art. 391-*octies*, comma 4 c.p.p., può presentare gli elementi acquisiti a favore del proprio assistito.

Si tratta di un itinerario acquisitivo noto al sistema processuale e, per certi versi, complementare ad esso, dal momento che, già prima della riforma attuata con la legge sulle investigazioni difensive, gli artt. 367 e 415-*bis* c.p.p. ponevano il difensore nelle condizioni di relazionarsi con il pubblico ministero al fine di presentare “memorie e richieste scritte” ovvero, ai sensi della seconda disposizione, “depositare documentazione relativa ad investigazioni” eventualmente compiute.

Sembra ovvio che, nell'ambito di un sistema in cui il difensore, come si vedrà, può scegliere di produrre i risultati delle proprie indagini direttamente al giudice, la veicolazione di essi verso il pubblico ministero costituisce uno strumento destinato ad operare esclusivamente nei casi in cui l'obiettivo perseguito sia quello di incidere direttamente sulle scelte di quest'ultimo, soprattutto in relazione alle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale.

Il secondo strumento di acquisizione delle risultanze delle investigazioni difensive nel contesto procedimentale consiste nella presentazione diretta al giudice, nel corso delle indagini preliminari ovvero dell'udienza preliminare.

La versione originaria dell'innovazione legislativa in materia di investigazioni difensive prevedeva che la facoltà di presentazione dei risultati delle indagini potesse essere esercitata “per l'udienza preliminare” e che la correlata documentazione avesse, quale compendio di destinazione, il fascicolo del pubblico ministero.

Si trattava, dunque, di un corredo documentale che, proiettato verso la fase processuale, trascurava di considerare una fase – le indagini preliminari – nell'ambito della quale, invece, vengono adottate importantissime decisioni per lo più incidenti su beni della persona costituzionalmente tutelati.

Nell'ambito delle predette fasi, dispone infatti l'art. 391-*octies*, comma 1 c.p.p., quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

La previsione presuppone, in relazione alla fase delle indagini preliminari, l'attivazione di un qualsiasi frangente in cui un soggetto del procedimento sia legittimato ad interloquire, in vista dell'adozione di un determinato provvedimento giurisdizionale.

L'assenza di specifici riferimenti soggettivi relativamente alla fase procedimentale richiamata – la norma, infatti, identifica nel giudice il destinatario degli atti investigativi, senza, però, specificare che debba trattarsi necessariamente del giudice per le indagini preliminari – consente, senza forzature di sorta, di ritenere che il difensore sia legittimato a produrre le proprie risultanze investigative a qualsiasi autorità giurisdizionale che intervenga nel corso del procedimento, incluso, quindi, il giudice del riesame e dell'appello in materia cautelare.

D'altra parte, la Suprema Corte ha ritenuto legittima la presentazione di elementi investigativi difensivi direttamente al giudice del riesame, puntualizzando che la nuova disciplina delle indagini difensive, nel prevedere un'amplissima possibilità, per i difensori delle parti private, di assumere prove, delinea per le stesse un'equiparazione, sotto i profili dell'utilizzabilità e della forza probatoria, a quelle raccolte dalla pubblica accusa nelle diverse fasi del procedimento – indagini preliminari, udienza preliminare e dibattimento – con la conseguenza che, allorché al giudice del riesame vengano dalla difesa della persona sottoposta alle indagini offerti elementi di prova in favore del proprio assistito, il tribunale ha l'obbligo di valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, attraverso argomentazioni logico-giuridiche adeguatamente corrette.

Nonostante la previsione normativa sembri limitare l'ambito operativo del meccanismo acquisitivo alla fase propriamente investigativa, la possibilità di attivare un procedimento incidentale anche successi-

vamente alla chiusura di siffatto segmento procedurale impone, per ragioni di coerenza sistematica e di ragionevolezza, di ritenere che la possibilità di presentazione di elementi a favore dell'assistito sia riconosciuta anche relativamente alle procedure incidentali instaurate nel corso del giudizio.

In questo senso, in ogni caso, è orientata la Suprema Corte, la quale ha chiarito che il giudice chiamato a provvedere sull'istanza di revoca di una misura cautelare personale, formulata da un imputato già condannato in primo grado, ha l'obbligo di valutare gli elementi nuovi emersi dalle investigazioni difensive anche successivamente alla sentenza di condanna.

L'art. 391-*octies*, comma 2 c.p.p. introduce un meccanismo acquisitivo di tipo diverso, perché sganciato dalla previa instaurazione di una fase specificamente caratterizzata dalla partecipazione del difensore e, quindi, da una finalizzazione delle risultanze investigative rispetto all'adozione di una determinata decisione.

La norma prevede, infatti, che, nel corso delle indagini preliminari, il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale possa presentare gli elementi favorevoli al proprio assistito direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita.

La disposizione, a differenza di quanto previsto dall'art. 38-*sexies* disp. att. c.p.p. del disegno di legge n. 2774, non impone che il difensore debba documentare le modalità di conoscenza "formale" della pendenza di un procedimento penale nei confronti del proprio assistito, di talché il dato legittimante la presentazione ed utilizzazione degli atti investigativi può essere costituito da qualsiasi notizia da cui si possa evincere, in maniera anche indiretta, la predetta pendenza.

È stata abbandonata, infatti, l'idea, recepita dall'originario disegno di legge, di condizionare l'acquisibilità degli atti investigativi all'allegazione della certificazione prevista dall'art. 110-*bis* disp. att. c.p.p. ed attinente all'esistenza di iscrizioni al registro notizie di reato, ovvero dell'informazione di garanzia o, comunque, di altri atti identificativi del procedimento penale.

Potrebbe rivelarsi sufficiente, quindi, una produzione che sia correlata ad un procedimento penale del quale vengano, semplicemente, esposti i dati di identificazione formale.

È chiaro che, una volta avvenuta, la presentazione rende gli elementi utilizzabili anche in contesti decisionali partecipati, ma la caratteristica essenziale del modello in esame consiste proprio nell'utilizzabilità generale degli atti nell'ambito del procedimento penale al quale accedono, estesa, dunque, a qualsiasi ipotetico ed in anticipo non pronosticabile intervento del giudice per le indagini preliminari.

Il giudice deve, ovviamente, tenere conto degli elementi presentati dal difensore in tutti i casi in cui sia chiamato a decidere una questione determinata, dando conto in motivazione dei criteri di valutazione adottati e dei risultati ai quali è, sulla base di essi, pervenuto.

Per quel che concerne l'udienza preliminare, invece, le risultanze dell'investigazione difensiva, acquisite successivamente alla conclusione delle indagini preliminari, ovvero, nel corso di esse ma non prodotte in precedenza, potranno essere presentate direttamente in udienza e sottoposte alla valutazione del giudice in vista dell'adozione del provvedimento acquisitivo previsto dall'art. 421, comma 3 c.p.p.

La facoltà, riconosciuta al difensore dall'art. 391-*octies* c.p.p., di presentare gli elementi di prova va, dunque, esercitata prima dell'inizio della discussione, non potendo il principio di continuità investigativa consentire di aggirare il disposto dell'art. 419, comma 3 c.p.p.: norma, quest'ultima, dalla quale si evince che, dopo l'inizio della discussione, le parti non possono più chiedere l'ammissione di atti o documenti non prodotti in precedenza.

La documentazione degli atti d'indagine difensiva, in originale o, se il difensore ne richiede la restituzione, in copia è inserita nel fascicolo del difensore, compendio formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari.

Con questa disposizione, l'art. 391-*octies*, comma 3 c.p.p. individua la sede materiale di custodia delle risultanze delle investigazioni difensive che il difensore ha ritenuto conveniente presentare direttamente al giudice durante le indagini preliminari ovvero nel corso dell'udienza preliminare. Il nesso di consequenzialità che lega la formazione del fascicolo alla produzione degli atti investigativi difensivi induce, ovviamente, a ritenere che può anche accadere che un fascicolo del difensore non venga mai formato nell'ambito di un determinato procedimento, non essendo immaginabile che la cancelleria del giudice per le indagini preliminari possa procedere alla formazione di un fascicolo senza che via sia stato il deposito di, quantomeno, un atto d'indagine difensiva. Sembra, questa, l'unica interpretazione possibile dell'art. 391-*octies* c.p.p., salvo voler riempire le cancellerie dei giudici per le indagini preliminari di migliaia di fascicoli "vuoti".

A voler ragionare diversamente, rimarrebbe comunque aperto il problema della conoscenza, da parte dell'ufficio, di un procedimento ancora mai pervenuto a fasi di contatto con il giudice per le indagini preliminari.

È, allora, facile ipotizzare che, nella prassi, sia il difensore a formare effettivamente il proprio fascicolo, ossia a confezionarlo materialmente depositando in cancelleria un compendio già strutturato e suscettibile di ulteriori immissioni, legate allo svolgimento di investigazioni difensive successive.

## Bibliografia

- E. AMODIO, *Le indagini difensive tra nuovi poteri del G.I.P. e obblighi di lealtà del P.M.*, in *Cass. pen.*, 1997, 2285; E. AMODIO, *Indagini difensive: un punto di "non ritorno" sulla strada del riequilibrio tra accusa e difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 667; E. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 17; M. ANDREANO, *La parte civile si impone nel processo sostenuta dalle indagini difensive*, in *Dir. e giust.*, 2001, 42, 46; R. APRATI, *Giudizio abbreviato ed "esercizio" del diritto al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2013, 564; G. BARBARA, *Investigazioni difensive*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 307; G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1973; F. BERNARDI, *Indagini difensive ed utilizzo degli elementi probatori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 121; F. BERNARDI, *Le indagini del difensore nel processo penale*, Padova, 1996; G. BIONDI, *Può sindacare il giudice la rilevanza investigativa della deposizione da assumere ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11, c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2012, 1779; G. BISCARDI, *Investigazioni difensive tra attualità e prospettive future*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1427; C. BONZANO, *Avviso di conclusione delle indagini: l'effettività della discovery garantisce il sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1281; C. BORTOLIN, *È rigettabile la richiesta di incidente probatorio avanzata nell'ambito di un'indagine difensiva, ex art. 391-bis, comma 11 c.p.p.?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1044; C. BOVIO, *L'attività espletabile*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 180; R. BRICCHETTI, *L'attività investigativa del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 111; R. BRICCHETTI, *Legali al battesimo delle regole di documentazione*, in *Guida al diritto*, 2001, 1, 46; O. BRUNO, *Indagini difensive: Il mancato rispetto delle "forme" rende inammissibile la revisione del processo*, in *Dir. pen., proc.*, 2004, 1131; P. BRUNO, *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 501; S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, Milano, 2000; I. CALAMANDREI, *Immediatezza*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 149; S. CAMPANELLA, *L'accesso ai luoghi nel quadro delle attività di investigazione difensiva*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, 164; F. CASSIBBA, *La «completezza» e la «concludenza» delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, 1230; C. CESARI, *Il "minore informato sui fatti" nella legge 172/2012*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 165; A. CIAVOLA, *Può il difensore essere autorizzato a compiere in occasione dell'accesso ai luoghi un accertamento*

tecnico non ripetibile se non sia anche indifferibile?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 919; L. P. COMOGGIO, *Contraddittorio*, in *Dig. disc. civ.*, IV, 3; A. CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 809; C. CONTI, *Due nuove ipotesi di incompatibilità a testimoniare: il difensore che ha svolto investigazioni difensive e l'ausiliario che ha verbalizzato l'intervista*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 40; C. CONTI, *Il processo si apre alla scienza. Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1205; A. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001; G. DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002, 204; A. DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3208; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, 2000; M. DEGANELLO, *Oralità*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 16; G. DE STEFANO, *Indagini difensive e pubblica amministrazione: «dimenticanze», incongruenze sistematiche e possibili «sterilizzazioni»*, in *Cass. pen.*, 2001, 3231; G. DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive*, in *Leg. pen.*, 2002, 1-2, 4; A. DI MAIO, *Le indagini difensive*, Padova, 2001; O. DOMINIONI, *Le investigazioni dei difensori, in Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 1997, 90; A. FAMIGLIETTI, *Dibattimento (principi teorici)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, t. I, 351; P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfofi del processo accusatorio*, Torino, 1992; P. FERRUA, *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, 468; L. FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 301; F. FOCARDI, *Più garantito il "diritto di accesso" agli atti di indagine*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 147; F. FOCARDI, *Estesa anche alle parti private la possibilità di compiere attività tecniche irripetibili*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 371; A. FOLLIERI, *Inoppugnabile l'ordinanza che nega l'incidente probatorio richiesto dal difensore ai sensi dell'art. 391-bis comma 11 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2003, 2713; A. FOLLIERI, *Sui limiti dell'attività investigativa preventiva*, in *Cass. pen.*, 2006, 4106; A. FRANCHINI, *L'indagine difensiva nel procedimento e nel processo. L'organizzazione degli studi professionali*, in *Fisco*, 1991, p. 4287; G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 168; G. FRIGO, *Indagine difensiva per il processo penale e deontologia*, in *Cass. pen.*, 2002, 2227; G. FRIGO, *Indagine difensiva per il processo penale e deontologia*, in *Cass. pen.*, 1992, 2231; G. FRIGO, *Avvocati pronti alle nuove responsabilità con le regole del «difendersi provando»*, in *Guida al diritto*, 2000, 44, 11; G. FRIGO, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 69; A. FURGIUELE, *Colloqui ed assunzione di dichiarazioni scritte e di informazioni nell'ambito dell'attività investigativa del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002, 138; P. GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 123; G. GALLUCCI, *Facoltà di astenersi dal deporre dei prossimi congiunti e investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2011, 221; P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2003; S. GIAMBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario tra la difesa e il giudice*, in *Cass. pen.*, 1994, 338; A. GIARDA, *"Astratte modellistiche" e principi costituzionali del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 889; P. GIORDANO, *Qualificata come atto pubblico la raccolta di dichiarazioni*, in *Guida al dir.*, 2006, 41, 46; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, VIII, p. 1; G. GIOSTRA, *I novellati artt. 335 e 369 c.p.p.: due rimedi inaccettabili*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3600; G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. Grevi, Milano, 1996, 221; V.

GREVI, *Ancora e sempre alla ricerca del “giusto processo”*, in *Leg. pen.*, 2001, 475; V. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671; V. GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, 1287; F. M. GRIFANTINI, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, 398; G. INSOLERA, *“L'innaffiatore innaffiato”, ovvero la tutela penale delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1417; L. KALB, *La documentazione delle indagini difensive*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002, 220; F. LAZZARONE, *Le indagini difensive*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Torino, 1999, 298; N. LIBERINI, *Le indagini difensive tra giurisprudenza promozionale e vuoti legislativi*, in *Ind. pen.*, 1994, 333; G. LOCATELLI, *La documentazione degli atti d'indagine del P.M. e delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 1997, 591; S. LORUSSO, *Investigazioni difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, III, Milanofiori Assago, 2009, 477; S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 270; G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 670; G. LOZZI, *La realtà del processo penale, ovvero il “modello perduto”*, in *Quest. giust.*, 2001, 1103; M. MADDALENA, *Per la difesa libertà di investigare, facoltà e diritti, nessun dovere*, in *Dir. e giust.*, 2000, 40-41, 8; M. MADDALENA, *Il potere di segretezza del pubblico ministero*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, p. 253; V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004; V. MAFFEO, *Investigazioni difensive e rito abbreviato ancora innanzi alla Corte costituzionale. Un'occasione mancata*, in *Giur. cost.*, 2007, 597; M. MANNUCCI, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 2951; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di G. Conso, G.D. Pisapia, II, Torino, 1968; A. MANNA, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controverse indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1276; V. MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?* in *Cass. pen.*, 1997, 2405; U. NANNUCCI, *False informazioni al pubblico ministero (art. 371 bis)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, Milanofiori Assago, 2008, 181; A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 163; M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 275; M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998; C. PAGLIUCA, *La cosiddetta inchiesta parallela del difensore dell'imputato e limiti deontologici nei rapporti con potenziali testimoni*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 17; S. PANAGIA, *Il diritto alla prova della difesa tra norme penali e codice di rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1249; M. PAPA, *False dichiarazioni al difensore*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, Milanofiori Assago, 2008, 207; P. PITTARO, *Le modifiche al diritto penale sostanziale*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 252; L. PARLATO, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive*, Torino, 2001; G. PECORELLA, *La deontologia del «nuovo» avvocato. L'inchiesta «parallela»*, in *Cass. pen.*, 1989, 1357; V. PERCHINUNNO, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Milano, 1991, 221; G. PIFFER, *Il delitto di false dichiarazioni al difensore*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, IV, Padova, 2005, 397; A. PISTOCHINI, *Natura e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Cass. pen.*, 1997, 3602; G. PIZIALI, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 217; D. POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, 2148; A. PRESUTTI, *Indagini difensive e «parità delle armi»*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, II, Milano, 2000, 609; A. PROCACCINO, *L'audizione “congiunta” ex art. 391-bis comma 10 c.p.p. tra discrezionalità del p.m. e strategie difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1326; A. PULVIRENTI, *Le indagini difensive: dal nuovo codice di rito alla legge di riforma n. 332/1995*, in *Cass. pen.*, 1996, 985; C. QUAGLIERINI, *Le indagini difensive: prassi giurisprudenziali e principi costituzionali non attuati*, in

*Cass. pen.*, 1993, 2306; E. RANDAZZO, *Le indagini difensive nel sistema normativo*, in *Cass. pen.*, 1994, 973; E. RANDAZZO, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida al diritto*, 2001, 1; E. RANDAZZO, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in *Dir. e giust.*, 2003, 44, 10; P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997; C. RIVIEZZO, *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, 199; N. ROMBI, *Nel fascicolo per il dibattimento gli atti irripetibili del difensore*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 439; N. ROMBI, *Le investigazioni difensive: la dichiarazione scritta*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1415; F. RUGGIERO, *Indagini difensive e verbalizzazione delle sole informazioni favorevoli*, in *Cass. pen.*, 2004, 69. G. RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003; A.A. SAMMARCO, *Tempo e condizioni delle investigazioni difensive. Un caso di inesistenza del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 525; S. SANDANO, *La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 451; C. SANTORIELLO, *Legalità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 324; C. SANTORIELLO, *La presenza dell'esperto nell'esame testimoniale del minore: dalla Convenzione di Lanzarote alla confusione del legislatore italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, II, 1; L. SAPONARO, *La ricerca dalla prova nelle indagini difensive*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, II, Milanofiori Assago, 2008, 175; A. SCELLA, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte della difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1171; M. SCILLITANI, *Il fascicolo del difensore*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di M. Ferraioli, Milano, 2002, 309; F. SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 499; F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005; G. SPANGHER, *Riprendere la "lunga marcia" verso il rito accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 923; G. SPANGHER, *Il processo penale dopo la legge Carotti. Artt. 17-18*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 186; G. SPANGHER, *La protezione processuale del minore nel procedimento ordinario ed in quello minorile*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, Milano, 2000, 703; G. SPANGHER, *Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 206; G. SPANGHER, *Investigazioni difensive: una partita che l'avvocato può vincere*, in *Corr. giur.*, 2001, 285; G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, 470; G. SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2009, 2064; E. STEFANI-F. DI DONATO, *L'investigazione privata nella pratica penale*, Milano, 1991; L. SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2004; P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 74; P. TONINI, *La prova scientifica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, II, t. 1, Milanofiori Assago, 2009, 85; F. TRIBISONNA, *Le modifiche al codice di procedura penale: regole processuali più severe per l'imputato e maggiore tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 274; F. TRIBISONNA, *Non è obbligatorio l'ausilio dell'esperto in psicologia infantile nell'esame del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 65; N. TRIGGIANI, *La l. 7 dicembre 2000, n. 397 («Disposizioni in materia di indagini difensive»): prime riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2001, 2273; N. TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2003, 7; G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 300; G. UBERTIS, *Prova (Teoria generale del processo penale)*, in *Enc. giur.*, XXV, 2; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, I principi generali*, Torino, 2007; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, 454; A. VALLINI, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 347; G. VARRASO, *Indagini difensive, giudizio abbreviato e diritto alla «prova contraria»*, in *Cass. pen.*, 2006, 437; G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3; P. VENTURA, *Indagini difensive e qualifica giuridica del difensore*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 214; M. VESSICHELLI, *Investigazioni difensive e falsità*, in *Cass. pen.*, 2006, 3990; G. VICCONTE, *Indagini difensive e accesso ai documenti della pubblica amministrazione*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, 241; G.P. VOENA, *Difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, 3; G.P. VOENA, *Attività investigativa e indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale* (atti del convegno tenuto a Perugia il 14-15 aprile 1988), Padova, 1989, 35; F. ZACCHÈ, *Il contributo dell'investigatore privato alle indagini difensive*, in *Cass. pen.*,

2002, 2556; F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004; F. ZACCHÈ, *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 3382.

# QUESTIONI



# 1. Doveri di pluridirezionalità investigativa

*Se il pubblico ministero è titolare di un dovere, processualmente sanzionato, di compiere atti d'indagine anche su fatti e circostanze favorevoli alla persona sottoposta alle indagini.*

La funzione che l'ordinamento processuale attribuisce all'art. 358 c.p.p. non compendia, la tutela della posizione della persona sottoposta alle indagini, ma inerisce esclusivamente al corretto funzionamento dei meccanismi che scandiscono il passaggio dalla fase del procedimento a quella in senso stretto processuale.

Chiario riflesso del conflitto tra ideologie che ha connotato la fase di elaborazione del nuovo codice, la norma è stata considerata una spia normativa, per nulla secondaria, del fatto che il legislatore della riforma aveva disseminato all'interno del codice "accusatorio" non poche regole più in sintonia con un impianto tendenzialmente inquisitorio che con la struttura di un autentico "processo di parti".

Era prevedibile, dunque, che la stessa avrebbe suscitato notevoli perplessità, talvolta sfociate in roventi polemiche, da parte di quanti vi hanno individuato il residuo di una concezione inquisitoria o, addirittura, la consapevole espressione di una persistente concezione paternalistica del pubblico ministero.

Essa, comunque, rappresenta una chiara e probabilmente superflua specificazione dei contenuti della funzione investigativa delineati

dall'art. 326 c.p.p., posto che se lo scopo delle indagini preliminari è di consentire le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale (art. 326), ne consegue che il pubblico ministero dovrà, comunque, accertare tutti i fatti necessari a verificare se la notizia di reato è infondata (art. 408) o se ricorrano altri casi di archiviazione (art. 411), essendo noto che la conferma di una ipotesi di accusa dipende principalmente dal fallimento dei tentativi di dimostrarne l'inattendibilità.

Riconoscere all'art. 358 c.p.p. carattere specificativo della norma deputata a delineare le "finalità delle indagini preliminari" non è mero adoperarsi sul piano teorico, poiché tale caratteristica chiama in causa altre norme, alla prima strettamente correlate e con la prima costituenti il momento forse più emblematico del passaggio dal vecchio al nuovo codice.

Il riferimento è agli artt. 50, 408 e 125 disp. att. c.p.p. ed è proprio considerando il complessivo sistema emergente dalla lettura coordinata di queste norme che è possibile chiarire la portata del dovere di svolgere attività investigativa su fatti e circostanze favorevoli all'indagato che l'art. 358 c.p.p. pone a carico del pubblico ministero.

Il pubblico ministero assume le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale sulla base della valutazione delle emergenze investigative (art. 326 c.p.p.), ossia verificando se gli elementi acquisiti durante le indagini prelimi-

nari siano o meno idonei a qualificare la notizia di reato in termini di “fondatezza” (art. 408 c.p.p., in relazione all’art. 125 disp. att. c.p.p.) e, dunque, se sussistano o meno i presupposti per una richiesta di archiviazione (art. 50 c.p.p.).

Come si vede, la sistematica codicistico-procesuale è studiata in vista della realizzazione di un vero e proprio sistema bifasico e solo inserendo l’art. 358 c.p.p. nel quadro logico-sistematico delineato dalle norme appena richiamate, sullo sfondo delle quali si colloca il principio di obbligatorietà dell’azione penale, se ne riesce a cogliere l’enorme carica significativa.

Infatti, come correttamente rilevato in dottrina, la matrice del dovere-potere di svolgere indagini a favore dell’indagato è data dal corretto esercizio dell’azione penale, la quale sarebbe vana se proprio l’emersione degli elementi a carico rendessero il materiale probatorio acquisito alle indagini come non idoneo a sostenere l’accusa in giudizio. Quindi, prima di determinarsi in ordine all’esercizio dell’azione penale, il pubblico ministero deve acquisire gli elementi favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, verso la quale assume un ruolo di garante in relazione al fatto che egli durante le indagini è *dominus*, unico titolare delle stesse e quindi soggetto deputato all’approfondimento della *notizia criminis* ai fini del corretto esercizio dell’azione penale.

L’esercizio dell’azione penale è, in altre parole, coerente rispetto alle premesse di sistema appena richiamate soltanto in quanto il pubblico ministero abbia indagato in maniera pluridirezionale, connotando la sua investigazione del carattere della “tendenziale completezza”, caratteristica funzionale che, nel sistema originariamente delineato dal legislatore, era da intendersi non già nel senso di realizzazione di un quadro di risultanze che profili un *thema decidendum* definibile “allo stato degli atti”, bensì nel senso di serio ed approfondito vaglio di tutto quanto si sia prospettato come rilevante al fine della verifica della fondatezza della *notizia criminis*.

In effetti, un’esigenza di completezza “in senso ampio” è stata più volte esclusa dalla Corte costituzionale sulla base della considerazione che

il parametro di riferimento delle investigazioni preliminari del pubblico ministero è costituito dalla predisposizione di un quadro probatorio idoneo a caratterizzare la notizia di reato in termini di fondatezza e gli elementi raccolti in termini di idoneità a sostenere l’accusa in giudizio. Tuttavia, le riforme con cui, negli ultimi anni, è stato modificato il meccanismo di accesso al giudizio abbreviato hanno fatto della completezza investigativa una “pietra miliare del sistema” ed hanno indotto la Corte costituzionale ad assegnarvi un valore più penetrante, sulla base del rilievo che l’esigenza di completezza delle indagini preliminari risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell’imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato. Il pubblico ministero dovrà infatti tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l’imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell’esercizio dell’azione penale [Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115].

Solo la completezza investigativa, requisito inscindibilmente vincolato alla pluridirezionalità delle indagini, consente in un primo momento all’alternativa decisoria archiviazione-azione penale e, successivamente, alle opzioni decisorie dell’udienza preliminare di assolvere alla propria funzione, cioè evitare l’instaurazione di processi oggettivamente superflui.

Il corretto funzionamento di un sistema accusatorio, soprattutto se oltremodo ricco sul versante degli strumenti di deflazione, pone, dunque, in capo al pubblico ministero il dovere di completezza delle indagini, finalisticamente inteso dalla Corte costituzionale come argine contro eventuali prassi di esercizio apparente dell’azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale [Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88] e la cui portata si caratterizza per la sussistenza in capo al suo titolare un insieme di obblighi qualitativamente accentuato rispetto al passato.

L'indicazione teleologica contenuta nell'art. 358 c.p.p. è componente essenziale di questo dovere poiché apre la strada verso la valorizzazione effettiva dell'atteggiamento collaborativo della persona sottoposta alle indagini, eventualmente interessata a chiarire fin dalle prime battute del procedimento la propria posizione rispetto ai fatti ipotizzati.

Sotto questo profilo è stato messo in evidenza il legame intercorrente tra l'art. 358 c.p.p. (e la norma generale di cui all'art. 326 c.p.p.) e gli artt. 367, 374 e 415-*bis* c.p.p., sottolineando come «[l]a seconda parte dell'art. 358 [...] può essere bene intesa soltanto se collegata all'art. 367, che consente ai difensori di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero, all'art. 374, che prevede la facoltà della persona sottoposta alle indagini di presentarsi al pubblico ministero per rilasciare dichiarazioni, e all'art. 415-*bis*, che implicitamente richiama queste norme, riconoscendone le facoltà all'indagato cui il pubblico ministero abbia comunicato la conclusione delle indagini preliminari. Questo raccordo lascia intendere, infatti, come gli accertamenti a favore della persona sottoposta alle indagini altri non siano che quelli dalla stessa persona richiesti direttamente o tramite il suo difensore. E ciò spiega anche perché nell'art. 358 si parli di “fatti e circostanze”, con un intento limitativo e specificante, che può giustificarsi solo se riferito ad una richiesta di indagine proveniente dall'interessato».

Disattendere la funzione di sistema assegnata all'art. 358 c.p.p. significa, innanzitutto, mortificare la *ratio* dei meccanismi che scandiscono in maniera significativa il passaggio dalla fase procedimentale a quella propriamente processuale, meccanismi che caratterizzano l'azione penale, in quanto opzione che si colloca al termine di una fase investigativa tendenzialmente completa, in termini di “concretezza” e la cui inosservanza determina una regressione verso modelli di azione meno assistiti sul piano delle garanzie e, per questo, abbandonati.

Allo stesso tempo, affrancarsi dal dovere di completezza significa mettere a repentaglio la funzione stessa del processo penale.

Infatti, un processo in cui non si è pervenuti alla condanna dell'autore del fatto criminoso a causa di una evidente lacunosità investigativa – dunque, una fase processuale alla quale non si sarebbe dovuti pervenire – è un processo che, una volta pervenuto all'esito assolutorio consacrato in una sentenza passata in giudicato, risulta irrimediabilmente compromesso nella possibilità di realizzare la funzione astratta di accertamento dei fatti di reato e di punizione degli autori.

Un pubblico ministero poco incline all'approfondimento potrebbe sempre fare affidamento sui meccanismi di integrazione probatoria attivabili dal giudice nella fase dell'udienza preliminare o in quella dibattimentale per scegliere la via del *relax* investigativo, ma questo modo di procedere, oltre a recare in sé il rischio di pregiudizievoli effetti sul versante dell'imparzialità di un giudice improvvisamente trasformato in istruttore, costituirebbe una grave forma di abdicazione dalle funzioni istituzionali tipiche. Significa, ancora, pregiudicare l'esercizio consapevole delle varie facoltà di carattere dispositivo che il sistema offre al pubblico ministero e, soprattutto, alla persona sottoposta alle indagini.

Rileva a tal proposito la Corte costituzionale, come «la completa individuazione dei mezzi di prova è [...] necessaria [...] per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, saltando l'udienza preliminare) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio» [Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88].

Significa, infine, aumentare il rischio di sottoporre ad attività investigativa pubblica e, eventualmente, ad un processo penale persone la cui innocenza sarebbe emersa qualora soltanto ci si fosse mossi in un'ottica di maggiore completezza investigativa, gravandole dei costi – umani ed economici – che inevitabilmente la vicenda processuale penale comporta.

Dunque, è il sistema ad esigere, sia pure in uno spazio caratterizzato dalla prevalenza dei poteri

del pubblico ministero, una rivisitazione della portata del dovere di svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

Si tratta di un'esigenza alla quale è estranea, come più volte ribadito, la funzione di tutela della persona sottoposta alle indagini, ma non

sembra negabile che, se correttamente soddisfatta, essa si traduce inequivocabilmente in una forma riflessa di garanzia perché previene la formulazione di imputazioni claudicanti e, quindi, l'assunzione, da parte della persona sottoposta alle indagini, della ben più gravosa qualifica processuale di imputato.

## 2. Doveri del pubblico ministero di svolgere accertamenti anche su fatti e circostanze favorevoli alla persona sottoposta alle indagini

*Se la violazione del dovere del pubblico ministero, che caratterizza l'intero corso delle indagini preliminari, di compiere accertamenti anche su fatti e circostanze favorevoli alla persona sottoposta alle indagini ex art. 358 c.p.p. (c.d. dovere di pluridirezionalità investigativa) è priva di sanzione processuale.*

La norma ha un rilievo centrale nella dinamica processuale penale e, *ab origine*, introduceva una prospettiva di processo di parti in cui il pubblico ministero fosse, allo stesso tempo, accusatore e tutore della persona sottoposta alle indagini, custode di un ruolo particolare e sintetizzato nella formula “parte imparziale”.

Era, questa, l'illusione che aveva animato il legislatore delegante, il quale, in sede di elaborazione dei criteri direttivi, aveva previsto nella dir. n. 37, l. 16 febbraio 1987, n. 81, l'inserimento di una disposizione che compendiasse, tra i complessi meccanismi del nuovo codice, il potere-dovere del pubblico ministero di compiere indagini in funzione dell'esercizio dell'azione penale e dell'accertamento di fatti specifici, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato.

Fin da subito, allora, si è posto il problema della connotazione funzionale e sistematica della norma alla quale è stato attribuito l'onere di attuare la direttiva n. 37, ossia l'art. 358 c.p.p., tra l'altro caratterizzata da un inedito silenzio

sul terreno sanzionatorio rispetto alle ipotesi di inosservanza.

D'altra parte, la Corte costituzionale ha in più occasioni – per esempio, in Corte cost. (ord.), 11 aprile 1997, n. 97 – ribadito come l'obbligo contemplato dall'art. 358 c.p.p. si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa, sospinta nella sua azione investigativa da un'esigenza di accertamento che si muove nell'ambito di un interesse pubblico costituzionalmente garantito.

Il disposto dell'art. 358 c.p.p. – il quale non è altro che una specificazione dell'art. 326 c.p.p., e dunque la sua osservanza è strettamente connessa alla correttezza e completezza delle determinazioni del pubblico ministero inerenti all'esercizio dell'azione penale, un'azione caratterizzata in termini di concretezza in quanto posta a valle rispetto alla fase investigativa – è sostanzialmente rimasto privo di una reale efficacia (anche semplicemente orientativa) a causa di una giurisprudenza che, sviscerando i meandri dei principi ispiratori del codice di procedura penale (tra i quali emerge, per esempio, il principio di tassatività delle nullità) e facendo tesoro del silenzio legislativo, ha sancito l'irrilevanza processuale della sua inosservanza. Una giurisprudenza, allo stesso tempo, profondamente persuasa dell'opportunità di conservare un sistema processuale a struttura investigativa monista, al punto da porsi all'avanguardia di opzioni esegetiche caratterizzate dall'utilizzo

di norme destinate, nell'ambito del sistema, ad altre finalità al fine di forgiare significative affermazioni di principio, salvo poi devitalizzarle non appena le contingenze avessero evidenziato l'improponibilità di commistioni fra segmenti normativi autonomi sia per finalità che per struttura.

È sufficiente richiamare i principi stabiliti dalla Suprema Corte per rendersi conto dell'evidente apparenza del profilo garantista che si affermava caratterizzasse la norma contenuta nell'art. 358 c.p.p.

In conformità alle direttive della legge delega, sosteneva infatti la Corte, il pubblico ministero è deputato ad assumere un ruolo di titolare esclusivo delle indagini preliminari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, comprese le indagini su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, poiché nell'ambito della fase predetta questi non è parte – non è, in effetti, ancora insorto alcun conflitto tra l'ordinamento ed un determinato soggetto privato come condensato nell'esercizio di un'azione – bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti a fatti di possibile rilevanza penale [Cass., Sez. fer., 18 agosto 1992, Burrafato].

Orbene, se la funzione che il sistema processuale intendeva attribuire all'art. 358 c.p.p. assumeva profili di così elevato spessore, v'era da attendersi la prospettazione di una conclusione ben diversa da quella a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità nella consequenziale opera di precisazione degli effetti dell'inosservanza, da parte del pubblico ministero, del dovere di pluridirezionalità investigativa.

Tanto più all'interno di un modello processuale oramai, in quella fase storica, profondamente deformato, caratterizzato da un inquietante stravolgimento della funzione delle indagini preliminari, trasformate in luogo privilegiato di formazione per la prova.

Tale strada sarà percorribile, tuttavia, solo se gli elementi di fatto che integrano la violazione della regola generale di cautela siano già ricompresi in contestazione o, quantomeno, siano emergenti dagli atti processuali e in relazio-

ni ad essi l'imputato sia stato in condizione di difendersi concretamente.

Infatti, le sentenze costituzionali 31 gennaio 1992, n. 24, 3 giugno 1992, n. 254 e 3 giugno 1992, n. 255, unitamente alle modifiche introdotte dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge 7 agosto 1992, n. 356, avevano messo in seria crisi il sistema bifasico, consentendo un progressivo ampliamento delle ipotesi di utilizzabilità in dibattimento, ai fini probatori, degli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, con una sensibile limitazione del principio della centralità del dibattimento come momento di formazione della prova.

L'assenza di poteri investigativi difensivi, inconcepibile all'interno di un modello processuale di tipo accusatorio, assumeva quindi connotati di drammaticità se relazionata al totale capovolgimento delle prospettive di impiego degli atti investigativi preliminari nella fase processuale. Si assisteva, dunque, ad una sequenza regressiva suscettibile di produrre non pochi pericoli per la tenuta del carattere di democraticità del modello processuale adottato nel 1988, capace di ospitare all'interno dell'orizzonte cognitivo del giudice atti formati – e questo è l'aspetto più inquietante che rendeva il sistema addirittura più involuto rispetto al modello abrogato – da una parte nell'ambito di una fase formalmente deputata all'acquisizione di elementi semplicemente idonei a sostenere l'accusa nel futuro giudizio.

Ritenere, nell'ambito di un modello stravolto nelle sue linee portanti, che la disposizione di cui all'art. 358 c.p.p. si traduce in un obbligo sprovvisto di sanzione processuale e non priva del carattere eminentemente discrezionale le scelte investigative del pubblico ministero è equivalso a fingere di attribuire alla norma una funzione centrale nell'apparato di garanzia della posizione della persona sottoposta alle indagini [Cass., Sez. II, 21 maggio 1997, Nappa. Il principio dell'irrilevanza processuale dell'inosservanza, da parte del pubblico ministero, del dovere di pluridirezionalità investigativa configurato dall'art. 358 c.p.p. è stato anche più tardi ribadito dalla Suprema Corte in Cass., Sez. III, 23 giugno 2010, n. 34615].

# 3. Legittimazione del sostituto del difensore

*Se il sostituto del difensore deve, al fine di poter compiere un atto investigativo difensivo, avere la stessa qualifica del titolare dell'ufficio difensivo.*

L'art. 38 disp. att. c.p.p., come è noto, individua i soggetti legittimati a svolgere attività d'indagine difensiva, prevedendo che il difensore potesse svolgere siffatta attività personalmente ovvero a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici o, infine, conferendone incarico ad investigatori privati autorizzati.

Allo stesso modo, l'art. 327-bis c.p.p. prevede che l'attività di ricerca e individuazione di elementi di prova a favore dell'assistito venga esercitata dal difensore – fin dal momento dell'incarico professionale risultante, precisa la norma, da atto scritto – ovvero su suo incarico, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici.

La catalogazione contenuta nella disposizione induce ad escludere, da un lato, che le investigazioni difensive possano essere svolte direttamente dalla persona alla quale l'attività difensiva si riferisce, dall'altro, la configurabilità di un autonomo potere investigativo del sostituto, dell'investigatore privato ovvero del consulente tecnico, sulla base di un incarico direttamente conferito dall'assistito.

La norma, infatti, utilizza una nozione – quella, cioè, di “assistito” – la cui portata deve essere

delineata in maniera chiara poiché da essa dipende l'attribuzione o meno di poteri d'indagine al difensore di soggetti processuali diversi dall'imputato.

La dottrina che si è occupata di siffatto profilo problematico, tuttavia, ritiene che il “difensore” al quale si riferisce l'art. 327-bis c.p.p. non è soltanto quello della persona sottoposta alle indagini, ovvero dell'imputato o condannato, ma anche quello delle altre parti del processo penale.

Al preciso riferimento normativo contenuto nell'art. 327-bis, comma 1 c.p.p., il quale utilizza, come appena detto, un'espressione ben estensibile a tutte le parti processuali, si affiancano gli inequivocabili spunti esegetici offerti, innanzitutto, dall'art. 512 c.p.p., il quale, come modificato dall'art. 18 della legge sulle investigazioni difensive, indica espressamente tra gli atti d'indagine suscettibili di lettura dibattimentale, in caso di sopravvenuta irripetibilità, anche quelli assunti “dai difensori delle parti private”. Seguendo la medesima direttrice generale, inoltre, l'art. 391-octies c.p.p., nel disciplinare il fascicolo del difensore, fa espresso riferimento alla “parte privata”.

L'ampia modellabilità dell'espressione “assistito” contenuta nell'art. 327-bis c.p.p., nella lettura della quale si impone, d'altro canto, un puntuale riferimento ai principi costituzionali del giusto processo, permette, inoltre, di configurare senza particolari sforzi esegetici una le-

gittimazione al compimento di atti investigativi in capo alla persona offesa dal reato.

Orbene, l'interrogativo che si pone riguarda la possibilità per il sostituto processuale del difensore di svolgere attività investigativa nell'ambito di un determinato procedimento pur non essendo titolare dell'abilitazione prevista per il patrocinio in relazione allo specifico reato contestato.

Occorre chiedersi, in altri termini, se l'abilitazione professionale del difensore sia l'unica rilevante ai fini della legittimità dell'atto ovvero se occorre che essa sia posseduta anche dallo specifico collaboratore delegato al compimento dell'atto investigativo.

La Corte di cassazione, a tale proposito, ha puntualizzato che gli atti riconducibili alla nozione di investigazioni difensive possono essere compiuti, a mente di quanto disposto dall'art. 391-*bis* c.p.p., anche dal sostituto del difensore, a condizione che anche costui sia in possesso, come il sostituto, della necessaria abilitazione professionale. Pertanto, la Corte ha ritenuto

inutilizzabile la documentazione di investigazioni difensive svolte, nell'ambito di un procedimento di competenza del tribunale in composizione collegiale, da un praticante avvocato non abilitato al patrocinio di fronte al predetto organo giudiziario. [Cass., Sez. III, 16 settembre 2015, n. 25431].

La stessa sentenza ha chiarito sul piano generale che, in merito all'individuazione dei soggetti abilitati allo svolgimento delle investigazioni difensive, nell'ambito di un sistema processuale di tipo accusatorio, a norma dell'art. 391-*bis* c.p.p. devono ritenersi abilitati, in linea generale, il difensore, il sostituto di questi, gli investigatori privati ove autorizzati ai sensi dell'art. 22, disp. att. c.p.p. ed i consulenti tecnici. Tuttavia ai soli difensori, in quanto titolari del relativo incarico professionale, ed ai loro sostituti, è riservato il potere di chiedere alle persone informate sui fatti dichiarazioni scritte, ovvero documentare, secondo le modalità fissate dall'art. 391-*ter* c.p.p. le informazioni da costoro rese.

## 4. Profili temporali dell'investigazione difensiva

*Se il difensore può compiere atti di investigazione difensiva a prescindere dall'osservanza dei termini di durata delle indagini preliminari – i quali, dunque, non vincolano anche l'attività diversa dalle indagini preliminari – e se, tuttavia, devono essere rispettati termini diversi previsti da specifiche norme processuali a garanzia dei diritti delle parti.*

L'attività investigativa del difensore non soggiace a limitazioni di carattere temporale, dal momento che l'art. 327-*bis*, comma 2 c.p.p. stabilisce che la facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito può essere attribuita in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.

Si tratta di un *range* temporale estremamente ampio il quale – è stato correttamente fatto notare – va integrato con la possibilità riconosciuta al difensore dall'art. 391-*nonies* c.p.p. di svolgere attività investigativa anche al di fuori e prima dell'instaurazione di un procedimento penale, nei limiti precisati dalla disposizione appena richiamata.

La soluzione normativa si fonda sul presupposto che l'indagine privata è del tutto estranea a qualsiasi profilo di coinvolgimento nel quadro dei valori ed interessi che entrano in gioco al-

lorquando prende avvio un'investigazione pubblica.

Infatti, il fondamento della previsione di termini ben definiti entro i quali il pubblico ministero deve assumere le proprie determinazioni in relazione all'esercizio dell'azione penale è stato, da sempre, individuato nell'esigenza di realizzare un soddisfacente equilibrio tra il valore costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale ed il diritto della persona sottoposta alle indagini ad una verifica in termini ragionevoli della fondatezza della notizia di reato a lui attribuita. La funzione di protezione della persona rispetto allo *status* di indagato è stata, d'altro canto, ribadita dalla Corte costituzionale, la quale ha da tempo avuto modo di affermare che la disciplina dei termini delle indagini preliminari risponde alla duplice esigenza di imprimere tempestività alle investigazioni e di contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a tali indagini è sottoposto [Corte cost., 15 aprile 1992, n. 174].

L'esercizio dell'azione realizza una vera e propria richiesta di condanna dell'imputato, una domanda di punizione sorretta da una valutazione di fondatezza della notizia pervenuta al requirente che a sua volta scaturisce dal reperimento, durante la fase investigativa, di elementi conoscitivi ritenuti – nella proiezione dibattimentale del loro valore, della loro efficacia, della loro evoluzione o involuzione – idonei a

condurre ad una decisione adesiva alla tesi ricostruttiva dell'accusa.

L'azione penale, ancorché concreta, è comunque una richiesta che il pubblico ministero, in virtù di una scelta costituzionale che attinge a piene mani dal principio di eguaglianza, è obbligato a rivolgere alla giurisdizione e la fissazione di una sequenza di termini entro i quali deve completare le indagini e sciogliere il nodo sintetizzato nel parametro ontologico previsto dall'art. 326 c.p.p., unitamente alla previsione di un contesto di procedura a sfondo (anche) deflativo destinato ad ospitare una verifica della bontà della determinazione accusatoria del requirente, sono fattori al servizio e non in antitesi rispetto alla garanzia di effettività del canone costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e il valore della necessaria, ma ragionevole, delimitazione temporale dello stato soggettivo di persona sottoposta alle indagini non intercorre una relazione antinomica che la previsione di termini di durata delle indagini preliminari mira a comporre secondo un modello di ragionamento in virtù del quale si arreca un *vulnus* al primo per assicurare un *quid* di tutela al secondo.

Al contrario, l'imposizione di limiti di ordine temporale al lavoro dell'investigante concorre alla realizzazione piena e completa di entrambi i valori, nessuno dei quali, in presenza di una scelta legislativa di segno opposto, troverebbe maggiore tutela.

Ma si tratta, evidentemente, di valori che sono di pertinenza esclusiva di una investigazione (quella pubblica) preordinata all'attuazione di una pretesa punitiva e che nell'ambito di essa – soltanto di essa – esigono tutela, così come è soltanto l'investigazione pubblica a rendere attuale e concreto l'interesse della persona sottoposta alle indagini alla rapida definizione della propria esperienza processuale, componendo il momento sostanziale di una pretesa che merita adeguata tutela in ragione dell'immediata ineranza di esso alla sfera dei diritti della personalità.

Infatti, il destinatario di un'accusa penale vede vulnerata la propria sfera giuridica da atti dell'autorità statale che, sebbene diretti alla repressione di condotte penalmente rilevanti e solo in ragione di ciò consentiti dall'ordinamento, realizzano comunque uno stato relazionale tra cittadino e autorità che, pur non arrivando ad alterare sempre e comunque la percezione che il soggetto ha del proprio patrimonio di valori, incrina sempre e comunque – anche in ragione della diffusione che i *mass media* assicurano alle informazioni afferenti a delicatissime vicende giudiziarie, dando avvio allo svolgimento i processi paralleli e mediatici il più delle volte privi di seri riferimenti alle emergenze delle indagini – la percezione che di quel patrimonio ha la comunità sociale di appartenenza.

Nei casi peggiori, anche in mancanza di una significativa esposizione mediatica della vicenda giudiziale, la mera consapevolezza dello stato di persona sottoposta alle indagini può sfociare addirittura in malessere psico-fisico.

Esiste, dunque, una connessione diretta tra intervento statale in funzione repressiva dei fatti di reato e pregiudizio di situazioni giuridicamente protette in quanto attributi della personalità dell'uomo.

Onore, reputazione, integrità psico-fisica sono beni che entrano in conflitto con il lavoro investigativo proteso alla ricerca e verifica di notizie di reato, materializzando il naturale contrasto che si produce tra la piena realizzazione della personalità dell'uomo, che la Costituzione assume a fine ultimo dell'ordinamento, e l'indagine penale, la quale aggredisce necessariamente attributi della personalità con una veemenza tale da produrre o alterare il rapporto con l'autorità statale o con il pubblico, a seconda che il privato sottoposto ad indagini avesse voluto evitare siffatto rapporto ovvero, pur volendolo, avrebbe preferito che si sviluppasse con forme e contenuto diversi.

Pertanto, quando l'evenienza dell'avvio di un procedimento penale si manifesta come inevitabile, la tutela della persona umana e le garanzie di libertà che siffatta tutela postula impongono che il naturale condizionamento esistenziale derivante dall'azione investigativa dello Stato

sia quanto più possibile limitato sotto il profilo temporale.

Come si vede, anche rispetto ai diritti fondamentali della persona l'esigenza di garanzia di cui si fa carico la previsione di una delimitazione temporale dell'attività investigativa sorge in relazione all'azione di accertamento intrapresa dai pubblici poteri, con esclusione di qualsiasi profilo di rilevanza rispetto all'attività d'indagine privata.

Esclusa, dunque, qualsiasi comparazione tra i due modelli sotto il profilo delle esigenze di contenimento temporale dell'azione investigativa ed alla luce dei valori costituzionali di rispettiva pertinenza, deve evidenziarsi come, in mancanza di una disciplina organica del profilo temporale dell'indagine difensiva, non è possibile, nemmeno, richiamare genericamente la regolamentazione codicistica dei termini di durata delle indagini preliminari per ritenerla comunque applicabile all'attività d'indagine privata.

Una operazione ermeneutica di questo genere implicherebbe, quantomeno, il coinvolgimento dei protagonisti dell'investigazione privata nella gestione dei tempi processuali, mentre, al contrario, i soggetti del procedimento diversi dal pubblico ministero non dispongono di alcun potere d'influenza sui tempi dell'indagine pubblica, addirittura potendo venire a conoscenza di essa soltanto nell'imminenza della sua conclusione ovvero, come tendenzialmente accade per le parti private diverse dall'indagato, in tempi successivi.

D'altra parte, è sintomatico che la legge sulle investigazioni difensive abbia lasciato inalterata la disciplina della proroga dei termini di durata delle indagini preliminari, precludendo al difensore qualsiasi potere di intervento relativamente ad un aspetto del procedimento che continua ad essere rimesso alla gestione esclusiva del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari.

Inoltre, un altro sintomo dell'incomunicabilità della previsione di termini di durata delle indagini preliminari emerge dal fatto che l'avvio di un procedimento penale non costituisce il presupposto necessario per l'attivazione di

una indagine difensiva perché, come è noto, l'art. 391-*nonies* c.p.p. consente lo svolgimento dell'attività investigativa prevista dall'art. 327-*bis* c.p.p. "per l'eventualità che si instauri un procedimento penale", salva la preclusione relativa al compimento di atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria.

La mancata previsione di limiti temporali diretti – la quale costituisce un ulteriore, fondamentale elemento di differenziazione rispetto all'attività investigativa preliminare del pubblico ministero, anche se il disegno legislativo di restringere temporalmente lo spazio investigativo preliminare del pubblico ministero rischia di essere posto nel nulla dall'orientamento giurisprudenziale, assolutamente prevalente, che non prevede conseguenze sanzionatorie di ordine processuale per il caso di inosservanza dell'obbligo di procedere con tempestività alla iscrizione nel registro delle notizie di reato *ex* art. 335 c.p.p. [V., tra le tante, Cass., Sez. IV, 22 giugno 2004, Kurtaj; Cass., Sez. V, 8 ottobre 2003, Liscai; Cass., Sez. VI, 11 marzo 2003, Fiumarola; Cass., Sez. V, 27 marzo 1999, Longarini. Si tratta di arresti che affidano ancora una volta ad improbabili sanzioni penali e disciplinari a carico del pubblico ministero il rimedio alla sistematica inosservanza della disposizione] – non priva di operatività, anche rispetto alle risultanze dell'azione investigativa difensiva, le norme che disciplinano il profilo temporale dei percorsi acquisitivi afferenti ai diversi momenti di intervento del giudice nella fase preliminare e tese ad assicurare, mediante la tempestiva *discovery*, l'effettività del diritto al contraddittorio di tutte le parti del processo.

In altre parole, e ferma restando la facoltà del difensore di presentare la documentazione relativa alle indagini espletate al di fuori ed a prescindere dai frangenti decisori stabiliti e previamente conosciuti (art. 391-*octies*, comma 2 c.p.p.), l'attività d'indagine difensiva può esplicarsi in ogni stato e grado del procedimento, ma la relativa documentazione non potrebbe essere utilizzata se prodotta in condizioni tali – evidentemente difformi dalle specifiche previsioni normative che riguardano singoli contesti utilizzativi – da pregiudicare, mediante l'impos-

sibile attivazione di una effettiva *discovery*, il diritto al contraddittorio delle altre parti interessate al provvedimento giudiziale sul cui contenuto si vorrebbe, tramite essa, influire.

Pertanto, il difensore che intende avvalersi della documentazione di atti d'indagine in un contesto di procedura disciplinato dall'art. 127 c.p.p. ha l'onere di depositare la stessa "fino a cinque giorni prima dell'udienza", mentre, qualora l'atto sia destinato all'utilizzazione in udienza preliminare, dovrà essere prodotto entro il termine stabilito dall'art. 421, comma 3 c.p.p., ossia "prima dell'inizio della discussione".

In ogni caso, devono essere sempre rispettati i principi connotativi del modulo processuale ed infatti, rispetto a siffatto profilo, la Corte di cassazione ha chiarito che il diritto del difensore di svolgere indagini difensive, pur esercitabile in ogni stato e grado del procedimento, deve tuttavia essere coordinato, affinché i risultati di dette indagini possano trovare ingresso nel processo, con i criteri ed i limiti specificamente previsti dal codice per la formazione della prova [Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 1400].

È stato, quindi, sottolineato che i risultati delle indagini difensive devono essere sottoposti alla valutazione del giudice secondo la scansione stabilita, nel dibattimento, dagli artt. 468 ss. c.p.p. e, in relazione al giudizio d'appello, dagli artt. 568 ss. c.p.p. [Cass., Sez. V, 1 aprile 2016, n. 21005].

Tornando alla fase dell'udienza preliminare, per quanto detto è chiaro che mentre per il pubblico ministero il deposito della documentazione relativa alle indagini espletate in vista dell'udienza preliminare può avvenire in due soluzioni, ossia unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio per quanto riguarda gli atti contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari e prima dell'inizio della discussione per gli atti relativi alle indagini suppletive, il difensore può depositare la documentazione relativa alle proprie indagini direttamente all'udienza preliminare, prima dell'inizio della discussione, a prescindere dalla circostanza che esse siano state espletate prima o dopo il deposito della richiesta del pubblico ministero.

Infatti, con la modifica dell'art. 419, comma 3 c.p.p., è stata espressamente riconosciuta la facoltà del difensore di svolgere investigazioni anche in un momento successivo rispetto al deposito dell'atto imputativo, in nome di una "continuità investigativa" che, assicurata originariamente al pubblico ministero al fine di garantire l'effettività dell'obbligatorietà dell'azione penale, è ora connotazione fondamentale dell'attività di indagine difensiva.

Si tratta di indagini che soltanto impropriamente possono definirsi "suppletive", poiché l'investigazione difensiva può essere preventiva, ma non è mai preliminare.

A voler ragionare diversamente, volendo ritenere anche l'attività investigativa difensiva espletata prima dell'esercizio dell'azione penale comunque finalizzata ad influire sulle determinazioni del pubblico ministero, non potrebbe individuarsi, per le relative risultanze, una destinazione diversa da quella costituita dalla trasmissione all'inquirente ai sensi dell'art. 415-*bis* c.p.p.

Dunque, la modifica dell'art. 419, comma 3 c.p.p., se considerata al di fuori delle mere esigenze di coordinamento, si dimostra obiettivamente superflua poiché l'effetto che alla stessa si vorrebbe attribuire in punto di legittimazione investigativa è già compreso nella disposizione fondamentale contenuta nell'art. 327-*bis* c.p.p.

Per ragioni di completezza, deve essere evidenziato che ai sensi dell'art. 416, comma 2 c.p.p. il pubblico ministero, contestualmente al deposito della richiesta di rinvio a giudizio presso la cancelleria del giudice per l'udienza preliminare, deve trasmettere il fascicolo dell'indagine preliminare contenente "la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari".

In proposito, la Suprema Corte ha da tempo precisato che l'inosservanza, da parte del pubblico ministero, dell'obbligo di trasmettere, unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, tutti gli atti noti al suo ufficio relativi alle indagini espletate per quel reato, attinenti all'imputato ed ai capi d'imputazione per i quali il giudizio è richiesto – pur se acquisiti quando ancora

si procedeva contro ignoti e anche quando il procedimento si era concluso, prima dell'identificazione dei responsabili, per essere rimasti ignoti gli autori del fatto – è sanzionata con la inutilizzabilità successiva degli atti non trasmessi [In questi termini, Cass., Sez. I, 23 dicembre 1999, Bracchi, la quale aveva ammesso la possibilità che l'omissione del pubblico ministero determinasse la nullità del decreto che dispone il giudizio, per violazione dell'art. 178, lett. c) c.p.p. ogni qual volta risultasse che l'attività difensiva fosse stata in concreto compromessa dalla mancata conoscenza di elementi d'indagine, conseguente alla mancata trasmissione di parte degli atti dal pubblico ministero al giudice con la richiesta di rinvio a giudizio. Tuttavia, Cass., Sez. I, 1° dicembre 1999, Giada, pur precisando che l'inutilizzabilità attiene tanto alla fase dell'udienza preliminare, tanto alla fase del giudizio, ha escluso che la mancata trasmissione possa determinare la nullità del decreto di rinvio a giudizio, non vertendosi in tema di inosservanza di norme concernenti l'intervento, l'assistenza o la rappresentanza dell'imputato]. Di recente, la Suprema Corte ha statuito che la violazione dell'obbligo di immediato deposito nella segreteria del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 430, comma 2 c.p.p., della documentazione relativa all'attività integrativa di indagine compiuta dal difensore dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio è priva di specifica sanzione processuale, essendo tuttavia demandato al giudice del merito il compito

di adottare gli opportuni provvedimenti che, se adeguatamente motivati, sono insindacabili in sede di legittimità, volti a reintegrare la pubblica accusa nelle prerogative di prendere visione degli atti ed estrarne copia. [Cass., Sez. III, 3 ottobre 2018, n. 51830, la quale ha ritenuto che correttamente il tribunale, rilevato il mancato deposito del verbale relativo alle dichiarazioni scritte di persona informata sui fatti raccolte dal difensore, aveva negato la loro utilizzazione ai fini delle contestazioni, non reputando sufficiente a garantire la parità delle parti la mera ostensione del verbale al pubblico ministero prima dell'utilizzo].

Già in precedenza, tuttavia, aveva chiarito che è illegittimo il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dichiara l'inutilizzabilità delle indagini difensive depositate il giorno successivo alla prima udienza, considerato che il principio della continuità investigativa trova applicazione anche con riguardo alla parte privata, con la conseguenza che – in virtù del combinato disposto degli artt. 327-*bis*, comma 2, 442, comma 1-*bis*, 419, comma 3, 421, comma 3 e 391-*octies* c.p.p. – le indagini difensive possono essere svolte in qualsiasi stato e grado del procedimento, costituire oggetto di indagini suppletive ed essere prodotte “in limine” e nel corso dell'udienza preliminare, fatto salvo il diritto delle controparti di esercitare il contraddittorio sulla prove non oggetto di preventiva *discovery* [Cass., Sez. V, 10 aprile 2006, n. 23706].

## 5. Potere del difensore di compiere atti di investigazione difensiva all'estero

*Se il difensore può compiere atti di investigazione difensiva anche al di fuori del territorio nazionale.*

La Corte di cassazione ha enucleato rispetto alle investigazioni difensive un principio che si potrebbe denominare di “territorialità”, stabilendo che, in base ai principi generali del codice di procedura penale, l'unico strumento utilizzabile per la raccolta di elementi di prova situati all'estero è la rogatoria internazionale.

L'ovvia conseguenza è costituita dal fatto che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini *ex art. 391-bis* c.p.p. in territorio estero, di talché, essendovi la necessità, deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale [Cass., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, Kaneva].

La Corte di cassazione, nella sentenza predetta, letteralmente afferma: «In relazione alla inutilizzabilità delle investigazioni difensive deve rilevarsi che la stessa discende dai principi ge-

nerali del codice di procedura penale e, pur non essendo esplicitamente affermato che il difensore non può recarsi all'estero a svolgere dette investigazioni, discende dall'ordinamento tale divieto, essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie. Poiché non è prevista la possibilità per il difensore di ricorrere alla rogatoria all'estero, ne discende che tale tipo di atto non è esperibile dal difensore mediante la disciplina prevista dall'*art. 391-bis* c.p.p. ed egli ha l'obbligo di passare attraverso la richiesta al P.M. o al GIP, affinché costoro attivino la procedura della rogatoria internazionale. D'altronde, tramite le indagini difensive non è esperibile ogni tipo di atto [in quanto] il legislatore ha limitato l'oggetto delle indagini all'assunzione di dichiarazioni, alla richiesta di documentazione, all'accesso ai luoghi, ma ad esempio non ha previsto la possibilità di effettuare accertamenti tecnici irripetibili, in relazione ai quali il difensore ha l'obbligo di inoltrare richiesta al P.M.».

## 6. Avvertimento previsto dall'art. 199 c.p.p. per i prossimi congiunti dell'imputato

*Se il difensore, in sede di investigazioni difensive finalizzate all'acquisizione di elementi dichiarativi, deve dare l'avvertimento relativo alla facoltà di astensione prevista dall'art. 199 c.p.p. a pena di nullità*

Il catalogo degli avvertimenti prodromici alla regolare effettuazione dell'attività acquisitiva di elementi dichiarativi è stato arricchito su iniziativa della Corte di cassazione, la quale ha prescritto anche rispetto agli atti di investigazione difensiva un generale obbligo di informativa concernente la specifica facoltà di astensione in ragione della ricorrenza di un rapporto rilevante ai sensi dell'art. 199 c.p.p. [V., in particolare, Cass., Sez. III, 6 ottobre 2009, Tornello. In senso conforme v., più tardi, Cass., Sez. III, 25 settembre 2013, n. 41484].

Come è noto, la norma – richiamata dagli artt. 362 e 351 c.p.p. – dispone che i prossimi congiunti dell'imputato – è opinione largamente diffusa, in dottrina, che al fine di individuare siffatta categoria occorre fare riferimento alla previsione generale contenuta nell'art. 307 c.p. – non sono obbligati a deporre, salvo che abbiano presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato.

La garanzia è estesa, inoltre, a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione, nonché, ma limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale,

a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso, al coniuge separato dell'imputato e, infine, alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato.

Il fondamento teorico della previsione di un siffatto diritto è stato individuato, da un lato, nell'esigenza di preservare il processo dal pericolo di introdurre prove che potrebbero essere facilmente inquinate per via della delicata situazione psicologica in cui versa il prossimo congiunto dell'imputato e degli effetti che essa produce sulla sua serenità e sull'equilibrio della sua deposizione; dall'altro nell'esigenza di rispettare determinati doveri morali che naturalmente il prossimo congiunto chiamato a deporre sente di avere nei confronti dell'imputato in virtù del vincolo di solidarietà che lega tra di loro gli appartenenti ad una determinata cerchia familiare.

Al fine di assicurare l'effettività della garanzia, l'art. 199, comma 2 c.p.p. prevede che il giudice, a pena di nullità, debba avvisare le figure soggettive tutelate dalla norma della facoltà di astenersi, chiedendo altresì loro se intendono avvalersene.

Il dubbio circa l'operatività della previsione garantistica contenuta nell'art. 199 c.p.p. nell'ambito del sistema delle investigazioni difensive si reggeva sulla previsione di una generale facoltà

di astensione attribuita alla persona contattata dal difensore, facoltà assistita, come abbiamo visto, da un preciso e puntualmente sanzionato – sul duplice versante, processuale e disciplinare – dovere di informativa.

La decisione della Corte ha preso le mosse dalla premessa secondo cui la *ratio* degli avvertimenti previsti dall'art. 391-*bis* c.p.p. è diversa da quella che sorregge la specifica disposizione contenuta nell'art. 199 c.p.p., dal momento che «[i] primi attengono al rapporto tra il difensore e la persona sentita e si collegano alle specifiche modalità e cautele con cui il difensore deve procedere all'effettuazione delle indagini difensive [...]. La cautela prevista dall'art. 199 c.p.p., invece, si collega al rapporto che lega le persone sentite all'indagato e mira a rendere le prime edotte dell'obbligo di verità e della possibilità

loro concessa, solo in virtù del citato legame personale, di astenersi dal rispondere quando ritengano che il rispetto dell'obbligo di verità possa dare origine a situazioni sotto qualsiasi profilo pregiudizievoli» [V., in particolare, Cass., Sez. III, 6 ottobre 2009, Tornello].

Evidenziata la diversità di *ratio* tra i due istituti, la Corte ha esteso la garanzia nella sua più elevata conformazione, ponendo anche in relazione all'atto investigativo difensivo lo specifico obbligo di informazione – da tenere distinto, quindi, dall'avvertimento generalmente previsto dall'art. 391-*bis*, comma 3 lett. d) c.p.p. – con l'ovvia conseguenza, tipica del meccanismo disciplinato dall'art. 199 c.p.p., che l'eventuale inosservanza di esso renderà nullo l'atto d'indagine.

# 7. Requisiti formali del verbale di assunzione di informazioni e estensione dell'obbligo di documentazione degli avvertimenti previsti dall'art. 391-bis c.p.p.

*Se gli avvertimenti previsti dall'art. 391-bis, comma 3 c.p.p. devono essere documentati in maniera puntuale ed analitica ovvero è sufficiente un'indicazione generica dell'adempiimento dell'obbligo imposto dalla disposizione normativa.*

La questione afferente al livello di rigore richiesto dalla norma in relazione alle formalità di documentazione degli avvertimenti previsti dall'art. 391-bis, comma 5 c.p.p. è stata risolta dalla Corte di cassazione in termini molto rigorosi.

La norma, come è noto, ha incontrato un generale sfavore della dottrina poiché ritenuta suscettibile di incidere negativamente sulla condizione psicologica dell'interpellato ma assume un rilievo centrale nell'itinerario attuativo del modello di contatto investigativo avente per oggetto l'acquisizione di contributi dichiarativi, dal momento che l'omissione dei prescritti avvertimenti rende l'atto acquisitivo inutilizzabile e costituisce, altresì, ai sensi dell'art. 391-bis, comma 6 c.p.p., un'ipotesi di illecito disciplinare che l'autorità giudiziaria procedente ha l'obbligo di comunicare al titolare del potere disciplinare.

È imposto, dunque, un eccezionale scrupolo nell'esplicazione in concreto del momento informativo, della correttezza del quale occorre

dare compiuta dimostrazione in sede di documentazione dell'atto acquisitivo.

In un primo momento la Suprema Corte, occupandosi della questione, aveva assunto una posizione indulgente, ritenendo che gli avvertimenti di cui all'art. 391-bis, comma 3 c.p.p. non richiedessero forme particolari, dal momento che l'art. 391-ter, comma 3 c.p.p. non impone un'attestazione formale, né richiede che i verbali redatti dai difensori contengano l'analitica enunciazione dei singoli avvertimenti [infatti, Cass., Sez. II, 14 novembre 2002, Mancuso, facendo applicazione di siffatti principi, aveva ritenuto sufficiente un'allegazione informale e del tutto generica quale, in conformità con il contenuto dei verbali redatti dal difensore, quella emergente dall'impiego di formule del tipo: "il dichiarante viene edotto delle facoltà di legge e di quanto disposto con gli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p., di cui si dà lettura e che ha facoltà di non rispondere"].

Poco più tardi, invece, la Corte ha mutato radicalmente atteggiamento, in più occasioni puntualizzando che, in tema di dichiarazioni ed informazioni raccolte dal difensore, l'avvenuta effettuazione degli avvisi che devono, a pena di inutilizzabilità, essere rivolti al dichiarante va documentata in modo analitico, non essendo sufficiente che il difensore, nella relazione predisposta ai sensi dell'art. 391-ter c.p.p., abbia

dato genericamente atto d'aver rivolto all'interessato gli avvertimenti indicati dall'art. 391-*bis*, comma 3 c.p.p.

La Corte ha rilevato, infatti, come la verbalizzazione analitica sia richiesta per l'attività del pubblico ministero e del giudice, di talché non vi sarebbe ragione per differenziare il regime di documentazione degli atti difensivi, posto che la legge assegna loro la stessa rilevanza processuale [Cass., Sez. feriale, 25 luglio 2003, Javanovic].

In sede di investigazioni difensive, pertanto, gli avvertimenti che il difensore deve rivolgere al soggetto dichiarante, a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni, devono essere specificamente verbalizzati, essendo insufficiente una generica attestazione circa l'avvenuta effettuazione degli stessi [Cass., Sez. III, 15 luglio 2003, n. 2017, L.L. Nello stesso senso può vedersi, più di recente, Cass., Sez. I, 28 novembre 2013, n. 36036, la quale ha altresì ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – per contrasto con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e con il principio di parità delle parti processuali di cui all'art. 111, comma 2 Cost. – del combinato disposto degli artt. 391-*bis*, comma 6 e 391-*ter*, comma 1 lett. c) c.p.p., nella parte in cui sancisce l'inutilizzabilità delle investigazioni difensive in caso di omessa specifica elencazione degli avvisi a chi rende dichiarazioni scritte, in assenza di ana-

loga previsione e sanzione per le informazioni assunte dalla pubblica accusa, attesa anche la diversità dei ruoli, sotto il profilo istituzionale e funzionale, del pubblico ministero e del difensore].

Sotto altro e differente profilo, la Corte di cassazione ha puntualizzato che in tema di indagini difensive, le informazioni assunte che sono documentate in un verbale mancante delle generalità della persona che le riceve, della sottoscrizione, nonché dell'autenticazione della stessa, sono da considerarsi inutilizzabili [Cass., Sez. II, 16 gennaio 2013, n. 20460].

Sempre sul versante dei requisiti formali, sono state ritenute inutilizzabili, perché assunte in violazione delle modalità previste dall'art. 391-*ter*, comma 3 c.p.p., le informazioni documentate nel verbale mancante di sottoscrizione alla fine di ogni foglio [Cass., Sez. II, 20 gennaio 2011, n. 6524. Ma è orientata diversamente, invece, Cass., Sez. III, 2 ottobre 2018, n. 2049, per la quale l'atto redatto dal difensore, *ex artt.* 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p., ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero e può ritenersi nullo solo se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione del difensore o del sostituto che lo ha redatto, e non anche se l'informatore dichiarante non ha sottoscritto l'atto foglio per foglio].

## 8. Il valore probatorio degli atti di investigazione difensiva

*Se gli atti delle investigazioni difensive hanno la stessa forza probatoria degli atti del pubblico ministero.*

Il codice processuale non si occupa del profilo concernente la valenza probatoria degli atti di investigazione difensiva, ma la Corte di cassazione ha fin da subito chiarito che gli elementi di prova raccolti dal difensore ai sensi dell'art. 391-*bis* c.p.p. sono equiparabili, quanto ad utilizzabilità e forza probatoria, a quelli raccolti dal pubblico ministero e, pertanto, il giudice al quale essi siano stati direttamente presentati ai sensi dell'art. 391-*octies* c.p.p. non può limitar-

si ad acquisirli, ma deve valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, spiegando – ove ritenga di disattenderli – le relative ragioni nell'ambito di un adeguato apparato argomentativo [Cass., Sez. II, 30 gennaio 2002, *Pedi*, la quale, in applicazione dei predetti principi, ha annullato con rinvio, per mancanza di motivazione, l'ordinanza di un tribunale del riesame il quale, a fronte di dichiarazioni prodotte dalla difesa a conferma di un alibi, si era limitato ad osservare che la loro effettiva attendibilità avrebbe dovuto essere verificata dall'autorità giudiziaria precedente. Negli stessi termini si è espressa, più tardi, Cass., Sez. II, 27 maggio 2008, n. 28662].

## 9. Presentazione di elementi probatori acquisiti nel corso delle investigazioni difensive anche a soggetti diversi dal pm e dal gip ed al di fuori delle indagini preliminari

*Se il difensore può presentare gli elementi acquisiti nel corso delle investigazioni difensive a soggetti diversi dal pm e dal gip ed anche dopo la conclusione delle indagini preliminari.*

Rispetto alle problematiche sopra indicate, v'è da dire che la Suprema Corte ha ritenuto legittima la presentazione di elementi investigativi difensivi direttamente al giudice del riesame, puntualizzando che la nuova disciplina delle indagini difensive, nel prevedere un'amplissima possibilità, per i difensori delle parti private, di assumere prove, delinea per le stesse un'equiparazione, sotto i profili dell'utilizzabilità e della forza probatoria, a quelle raccolte dalla pubblica accusa nelle diverse fasi del procedimento – indagini preliminari, udienza preliminare e dibattimento – con la conseguenza che, allorché al giudice del riesame vengano dalla difesa della persona sottoposta alle indagini offerti elementi di prova in favore del proprio assistito,

il tribunale ha l'obbligo di valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, attraverso argomentazioni logico-giuridiche adeguatamente corrette [Cass., Sez. II, 30 gennaio 2002, n. 13552. Nello stesso senso v., inoltre, Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 19502].

Inoltre, la possibilità di attivare un procedimento incidentale anche successivamente alla chiusura della fase investigativa impone, per ragioni di coerenza sistematica e di ragionevolezza, di ritenere che la possibilità di presentazione di elementi a favore dell'assistito sia riconosciuta anche relativamente alle procedure incidentali instaurate nel corso del giudizio.

In questo senso, infatti, è orientata la Suprema Corte, la quale ha chiarito che il giudice chiamato a provvedere sull'istanza di revoca di una misura cautelare personale, formulata da un imputato già condannato in primo grado, ha l'obbligo di valutare gli elementi nuovi emersi dalle investigazioni difensive anche successivamente alla sentenza di condanna [Cass., Sez. V, 10 aprile 2003, n. 21713].

# 10. Investigazioni difensive e procedura di riesame

*Se il difensore può efficacemente presentare le risultanze delle proprie investigazioni direttamente al tribunale del riesame e se, avendole invece depositate presso la segreteria del pubblico ministero, vi è un obbligo di trasmissione ai sensi dell'art. 309, comma 5 c.p.p.*

Uno degli strumenti di acquisizione delle risultanze delle investigazioni difensive nel contesto procedimentale consiste nella presentazione diretta al giudice, nel corso delle indagini preliminari ovvero dell'udienza preliminare.

La versione originaria dell'innovazione legislativa in materia di investigazioni difensive prevedeva che la facoltà di presentazione dei risultati delle indagini potesse essere esercitata "per l'udienza preliminare" e che la correlata documentazione avesse, quale compendio di destinazione, il fascicolo del pubblico ministero.

Si trattava, dunque, di un corredo documentale che, proiettato verso la fase processuale, trascurava di considerare una fase – le indagini preliminari – nell'ambito della quale, invece, vengono adottate importantissime decisioni per lo più incidenti su beni della persona costituzionalmente tutelati.

Nell'ambito delle predette fasi, dispone infatti l'art. 391-octies, comma 1 c.p.p., quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può

presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito.

La previsione presuppone, in relazione alla fase delle indagini preliminari, l'attivazione di un qualsiasi frangente in cui un soggetto del procedimento sia legittimato ad interloquire, in vista dell'adozione di un determinato provvedimento giurisdizionale.

L'assenza di specifici riferimenti soggettivi relativamente alla fase procedimentale richiamata – la norma, infatti, identifica nel giudice il destinatario degli atti investigativi, senza, però, specificare che debba trattarsi necessariamente del giudice per le indagini preliminari – consente, senza particolari forzature anche sul versante sistematico, di ritenere che il difensore sia legittimato a produrre le proprie risultanze investigative a qualsiasi autorità giurisdizionale che intervenga nel corso del procedimento, incluso, quindi, il giudice del riesame e dell'appello in materia cautelare.

D'altra parte, la Suprema Corte ha ritenuto legittima la presentazione di elementi investigativi difensivi direttamente al giudice del riesame, puntualizzando che la nuova disciplina delle indagini difensive, nel prevedere un'amplissima possibilità, per i difensori delle parti private, di assumere prove, delinea per le stesse un'equiparazione, sotto i profili dell'utilizzabilità e della forza probatoria, a quelle raccolte dalla pubblica accusa nelle diverse fasi del procedimento – indagini preliminari, udienza preliminare e

dibattimento – con la conseguenza che, allorché al giudice del riesame vengano dalla difesa della persona sottoposta alle indagini offerti elementi di prova in favore del proprio assistito, il tribunale ha l'obbligo di valutarli unitamente a tutte le altre risultanze del procedimento, attraverso argomentazioni logico-giuridiche adeguatamente corrette [Cass., Sez. II, 30 gennaio 2002, n. 13552. Nello stesso senso v., inoltre, Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 19502].

Nonostante la previsione normativa sembri limitare l'ambito operativo del meccanismo acquisitivo alla fase propriamente investigativa, la possibilità di attivare un procedimento incidentale anche successivamente alla chiusura di siffatto segmento procedurale impone, per ragioni di coerenza sistematica e di ragionevolezza, di ritenere che la possibilità di presentazione di elementi a favore dell'assistito sia riconosciuta anche relativamente alle procedure incidentali instaurate nel corso del giudizio.

In questo senso, in ogni caso, è orientata la Suprema Corte, la quale ha chiarito che il giudice chiamato a provvedere sull'istanza di revoca di una misura cautelare personale, formulata da un imputato già condannato in primo grado, ha l'obbligo di valutare gli elementi nuovi emersi dalle investigazioni difensive anche successivamente alla sentenza di condanna [Cass., Sez. V, 10 aprile 2003, n. 21713].

Rispetto al secondo profilo problematico, la Corte di cassazione ha precisato che l'obbligo dell'autorità procedente di trasmettere al tribunale del riesame, oltre agli atti di cui all'art. 291, comma 1 c.p.p., anche "tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini" va circoscritto a quegli atti, documenti

o risultanze acquisiti dalla stessa autorità e di cui la difesa non ha l'immediata disponibilità. Non rientrano in tale novero, quindi, i risultati favorevoli acquisiti nel corso delle investigazioni difensive, i quali, essendo nella piena disponibilità del difensore, possono essere presentati direttamente al giudice, secondo l'espressa previsione dell'art. 391-*octies* c.p.p., con l'effetto che la rappresentazione delle ragioni fondate su detti risultati investigativi finisce con il trovare, comunque, compiuta realizzazione nel procedimento di riesame, dove ha piena applicazione il principio del contraddittorio processuale [Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2003, n. 19502. Nello stesso senso si sono espresse, più tardi, Cass., Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 10276; Cass., Sez. IV, 3 dicembre 2014, n. 9892].

Da ultimo, però, la Suprema Corte sembra avere mutato orientamento, avendo statuito che l'obbligo dell'autorità procedente di trasmettere al tribunale del riesame gli atti di cui all'art. 291, comma 1 c.p.p. riguarda anche i risultati delle investigazioni difensive posti a disposizione del giudice per le indagini preliminari all'atto dell'emissione dell'ordinanza cautelare, in quanto formati anteriormente alla richiesta di applicazione della misura e già contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Con la conseguenza che la loro omessa trasmissione al giudice del riesame determina la caducazione del provvedimento impugnato qualora essi incidano in modo decisivo sul quadro cautelare, spettando all'indagato l'onere di indicare le ragioni per le quali gli atti in questione rivestano tale carattere [Cass., Sez. I, 28 giugno 2018, n. 50906].

# 11. Investigazioni difensive e giudizio abbreviato

*Se il difensore può efficacemente presentare le risultanze delle proprie investigazioni direttamente nell'ambito dell'udienza preliminare in vista dell'instaurazione del giudizio abbreviato e secondo quali scansioni cronologiche deve avvenire la predetta produzione.*

Il tema del rapporto tra le investigazioni difensive ed il giudizio abbreviato presenta profili di problematicità dotati di significativo rilievo anche sul versante dei principi costituzionali, legati per lo più al combinarsi di due settori del sistema processuale penale sorretti dal principio dispositivo.

L'investigazione privata, come è stato già messo in evidenza allorquando sono stati esaminati i principi generali del sistema investigativo difensivo, presenta il carattere della "disponibilità", nel senso che il difensore non è gravato da un dovere investigativo, ma compie atti d'indagine soltanto in quanto li ritenga funzionali alla piena attuazione della propria strategia difensiva. Essa può, inoltre, presentare carattere di "frammentarietà", da intendersi come libertà del difensore di scegliere gli atti investigativi da compiere e le risultanze da portare a conoscenza dell'antagonista pubblico e, quindi, da sottoporre alla valutazione giudiziale.

Il giudizio abbreviato, a sua volta, è divenuto, a seguito della riforma attuata con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, una modalità proces-

suale suscettibile di essere attivata su iniziativa dell'imputato, secondo uno schema introdotto nell'ambito del quale il pubblico ministero è stato privato di qualsiasi funzione ed il giudice, qualora si tratti di una richiesta semplice, di un effettivo spazio di delibazione.

La previsione di un meccanismo che rimette all'imputato la formazione diretta della prova da utilizzare nell'ambito di un modello processuale al quale ha il diritto di accedere ha posto al centro dell'attenzione i problemi connessi ad una soluzione normativa che, in termini assolutamente innovativi, pone l'attività d'indagine difensiva al centro del sistema processuale.

Orbene, non può revocarsi in dubbio che il sistema legittimi la piena utilizzabilità degli atti dell'indagine difensiva – da qualsiasi parte provengano – nell'ambito del rito speciale e, in questo senso, è orientata la giurisprudenza di legittimità, la quale ritiene pienamente utilizzabili, nell'ambito del giudizio abbreviato, le dichiarazioni assunte dai difensori della persona offesa e depositate prima dell'udienza preliminare [Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 33898].

Deve osservarsi, però, che l'estromissione del pubblico ministero dalla dinamica probatoria interna al giudizio abbreviato, soprattutto in relazione ai casi in cui la produzione delle risultanze investigative acquisite dall'imputato è contestuale al deposito dell'istanza di ammissione, ha posto problemi di coerenza sistema-

tica e uno stato di tensione con il principio di parità delle parti al quale si è, in un primo momento, cercato di porre rimedio ipotizzando di assimilare la richiesta di giudizio speciale semplice accompagnata dal contestuale deposito di risultanze investigative difensive ad una richiesta condizionata, in modo da consentire al pubblico ministero di recuperare il diritto alla prova contraria previsto dall'art. 438, comma 5 c.p.p. in relazione a questo tipo di richiesta.

La proposta è stata formulata prospettando quale alternativa possibile quella di imporre alla difesa il deposito della documentazione delle investigazioni svolte in concomitanza delle indagini preliminari appena conclusa tale fase. La soluzione non poteva, però, essere accolta in quanto è incompatibile con la disciplina del profilo temporale dell'investigazione difensiva, la quale non contempla termini perentori assimilabili a quelli delle indagini preliminari.

La possibilità offerta alla difesa dell'imputato di influenzare, con atti formati unilateralmente, la decisione conclusiva del giudizio abbreviato, accompagnata dalla mancanza di strumenti attuativi del "diritto alla prova" a favore del pubblico ministero – il quale, estromesso dalla fase introduttiva del giudizio speciale, non ha spazi per interloquire sulle scelte difensive implicanti la trasformazione funzionale del materiale investigativo – ha quindi indotto autorevoli voci dottrinarie ad individuare nel binomio indagini difensive-giudizio abbreviato una combinazione notevolmente pregiudizievole del valore della parità delle parti, questa volta incrinato, nel suo equilibrio, a vantaggio della difesa.

Ne è scaturita l'insorgenza di dubbi circa la legittimità costituzionale di una disciplina che non contempla reciprocamente la necessità del consenso di tutte le parti processuali ai fini dell'inserimento dei rispettivi atti d'indagine nel fascicolo utilizzabile dal giudice nell'ambito della fase propriamente processuale.

L'impostazione dottrinale contraria all'utilizzo delle risultanze dell'investigazione difensiva nell'ambito del rito speciale secondo una dinamica introduttiva che prescindendo dal consenso del pubblico ministero è stata definitivamente censurata dalla Corte costituzionale, sulla base

di una ricostruzione della relazione sussistente tra il profilo oggettivo del contraddittorio e il diritto di difesa secondo la quale il primo costituirebbe soltanto un aspetto di quest'ultima [Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184].

«È necessario anzitutto precisare» – chiarisce la Corte quanto al *thema decidendum* – «che la censura di incostituzionalità mira ad estromettere in radice dal materiale utilizzabile ai fini decisori nel giudizio abbreviato tutte quante le risultanze delle indagini difensive [...] salve le fattispecie impeditive dell'acquisizione della prova in contraddittorio previste dall'art. 111, comma 5 Cost. ("impossibilità di natura oggettiva" e "provata condotta illecita")». Il quesito viene prospettato, invero, in termini generali, indipendentemente dalle modalità con le quali le investigazioni difensive siano portate alla cognizione del giudice del rito speciale (sono, dunque, comprese nella censura – che ne implicherebbe l'inutilizzabilità – anche quelle la cui documentazione fosse già nel fascicolo presentato dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 416, comma 2, c.p.p.). Il rimettente prescinde, poi e in particolare, dall'eventualità, verificatasi nel giudizio *a quo*, che la documentazione difensiva venga prodotta "a sorpresa" immediatamente prima della richiesta di giudizio abbreviato.

Il passaggio assume un rilievo tutt'altro che secondario, dal momento che, nell'apparenza di una funzione meramente descrittiva, serve a puntualizzare che la soluzione offerta è dotata di una portata generale, così come richiesto dal carattere onnicomprensivo del quesito di costituzionalità.

Quindi, la Corte passa ad illustrare il nucleo essenziale della propria impostazione, incentrato sull'esatta individuazione dei connotati relazionali delle diverse traduzioni del principio del contraddittorio.

Esaminando siffatto versante, essa evidenzia che «la constatazione che il principio del contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dal primo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., si traduca in un "metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio" – così da evocare, secondo quanto affermato [...] all'indomani della legge costituzionale 23

novembre 1999, n. 2, la “dimensione oggettiva” del contraddittorio stesso [...] – non è, di per sé, dirimente circa le prospettive di salvaguardia sottese alla garanzia in parola, configurata dal dettato costituzionale come tipica ed esclusiva del processo penale».

Infatti, «a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio» – continua la Corte – «l’enuciamento del quarto comma dell’art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale “la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio”, non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa, come attesta eloquentemente la circostanza che il successivo quinto comma, nell’ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell’imputato [...] Catalogare i diritti sanciti dall’art. 111 Cost. in due classi contrapposte – ora, cioè, tra le “garanzie oggettive”, ora tra quelle “soggettive” – risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell’efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell’imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani».

La pronuncia della Corte costituzionale, come si vede incentrata fondamentalmente su una sorta di reimpostazione dei rapporti tra concezioni diverse del principio del contraddittorio nella formazione della prova, avrebbe potuto esaurire in siffatto profilo la propria struttura argomentativa, essendo talmente chiara e ricca di forza persuasiva da renderne autosufficiente l’architettura motivazionale.

Ma la Corte si è spinta oltre, nell’evidente intento di scongiurare il pericolo di dover affrontare ulteriori questioni sul medesimo tema, magari costruite su profili diversi ovvero in relazione a diversi parametri.

Pertanto, nel tentativo di non volere lasciare terreni argomentativi inesplorati, la Corte chiarisce che «[l]a fase delle indagini preliminari è [...] caratterizzata da un marcato squilibrio di partenza

fra le posizioni delle parti, correlato alla funzione istituzionale del pubblico ministero: i poteri e i mezzi investigativi di cui dispone la parte pubblica restano – anche dopo gli interventi operati dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397, in tema di disciplina delle investigazioni difensive – largamente superiori a quelli di cui fruisce la difesa. Se, dopo una fase così congegnata, viene offerto all’imputato uno strumento che, nel quadro di un’acquisizione globale dei risultati di tale fase, renda utilizzabili ai fini della decisione anche gli atti di indagine della difesa, non può dunque ravvisarsi alcuna compromissione del principio costituzionale in questione».

Messa in rilievo la funzione riequilibratrice del sistema formativo della prova nel rito speciale, la Corte non manca di sottolineare come «prospettare che, in questa situazione, il consenso dell’imputato possa operare solo verso i risultati delle indagini del pubblico ministero (definiti come “potenzialmente a carico”) e non anche verso quelli delle proprie (assumendosi illogico, perché ovvio e implicito, un tale consenso), contrasta non solo, come detto, con il chiaro dettato costituzionale, ma con il sistema e con la stessa configurazione del rito speciale. In primo luogo, dovere specifico del pubblico ministero è quello della completezza delle proprie indagini, che, dunque, dovrebbero includere anche la puntuale e rigorosa verifica e “tenuata” degli elementi “a carico” nel riscontro con quelli eventualmente “a discarico”. In secondo luogo, non è di per sé accettabile la frammentazione dei risultati dei singoli atti di indagine, una volta che la richiesta di giudizio abbreviato implica accettazione complessiva di tutti e rinuncia del pari complessiva, in relazione a tutti, all’assunzione dialettica in contraddittorio dei dati di rilievo probatorio da essi recati. In questa prospettiva lo stesso imputato, rinunciando al contraddittorio nell’assunzione anche dei dati a sé favorevoli, rinuncia a consolidarne la valenza probatoria ad un livello più alto e certo, quale è indubbiamente quello appunto del contraddittorio».

Ha destato non poche perplessità, dunque, la modifica dell’art. 438 c.p.p. realizzata con la l. 23 giugno 2017, n. 103, per effetto della quale

la richiesta di giudizio abbreviato immediatamente preceduta dal deposito dei risultati delle investigazioni difensive – eventualità che, si badi, si era verificata nel giudizio in cui era stata sollevata la questione di costituzionalità risolta dalla Corte, ove la documentazione difensiva era stata prodotta “a sorpresa” immediatamente prima della richiesta di giudizio abbreviato – rimette in termini – sessanta giorni, si legge nella norma modificata – il pubblico ministero che ne faccia richiesta per l’espletamento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa.

La riforma si presenta come una concessione gratuita ad una parte che, per dirla usando la terminologia della Corte, dispone già di poteri e di mezzi investigativi che restano – anche dopo gli interventi operati dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397, in tema di disciplina delle investigazioni difensive – largamente superiori a quelli di cui fruisce la difesa nell’ambito di una fase che è caratterizzata da un marcato squilibrio di partenza fra le posizioni delle parti.

Né può dirsi che la situazione di squilibrio – che è marcato e tale rimane a prescindere dai successivi sviluppi del procedimento – sia ridimensionabile alla luce della facoltà concessa all’imputato di revocare la richiesta di giudizio abbreviato.

L’ipotesi, a dire il vero, non tranquillizza affatto in quanto, al contrario degli auspici del legislatore, amplifica le conseguenze di quella che può a tutti gli effetti definirsi una rottura interna al sistema delle investigazioni difensive, vanificandosi gli equilibri su cui lo stesso si regge anche a prescindere dalla relazione privilegiata che si instaura con il giudizio abbreviato.

Infatti, la lesione di una prospettiva certa di utilizzazione delle investigazioni difensive secondo un modello che il difensore programma, attua e presceglie pone in discussione i fondamenti del sistema investigativo difensivo e, sia consentito, del modello processuale che si è andato costruendo nel corso del tempo secondo una logica di pesi e contrappesi nei rapporti tra rito ordinario e rito differenziato. Il difensore che indaga, acquisisce e offre elementi conoscitivi alla cognizione del giudice attua una preci-

sa scelta strategica che deve reggersi su solidi ed indiscutibili sbocchi processuali, impermeabili rispetto a qualsivoglia iniziativa successiva: la scelta, cioè, di contrastare le risultanze delle indagini, preliminari o suppletive che siano, mediante la produzione immediata e diretta di elementi ricercati e formati tramite un’autonoma attività investigativa, secondo una soluzione che ha come scopo quello di arricchire direttamente la piattaforma conoscitiva del giudice. Altrimenti la prospettiva d’impiego di materiale investigativo difensivo si risolve in una mera – ma, allo stesso tempo, subdola perché non programmabile in anticipo sul terreno dell’efficacia – operazione di canalizzazione in favore di un pubblico ministero che, con le sue scelte discrezionali, diviene arbitro di una partita che il difensore intendeva giocare secondo equilibri diversi ed in rapporto diretto con il giudice.

La revoca della domanda, infatti, realizza non già una semplice via d’uscita, ma molto di più e di più grave, essendo il prodotto finale dello scompaginamento di una strategia difensiva che, sorreggendosi su un programma di utilizzazione diretta dell’elemento conoscitivo a tal fine costruito, si trova costretta a ripiegare verso forme di utilizzazione indiretta in una sede – quella dibattimentale – diversa da quella prescelta ed aperta agli apporti probatori di tutte le parti.

Il che equivale a trasformare l’indagine difensiva in una sorta di informativa rivolta al pubblico ministero, soggetto legittimato ad utilizzare materiali di provenienza difensiva andando anche oltre e, perché no, contro i programmi dell’autore.

La giurisprudenza ha, in chiave restrittiva, precisato che in tema di rito abbreviato, il termine “indagini difensive” di cui all’art. 438, comma 4 c.p.p. si riferisce esclusivamente alle attività di cui agli artt. 391-*bis* e ss. c.p.p., poiché solo il deposito dei “risultati” dell’attività di indagine difensiva può giustificare l’assegnazione al pubblico ministero di un termine per svolgere ulteriori attività investigative al fine di contrastare i suddetti risultati onde riportare le parti su un piano di parità [Cass., Sez. V, 7 marzo 2019, n. 20802].

Ha anche precisato, però, che sono utilizzabili nell'ambito del rito speciale le dichiarazioni rese in sede stragiudiziale, ancorché non siano state assunte con le forme previste dall'art. 391-*bis* c.p.p., trattandosi di documenti acquisiti al di fuori delle indagini difensive, che assumono valore probatorio per effetto della richiesta di celebrazione del processo nelle forme del rito alternativo [Cass., Sez. VI, 12 giugno 2019, n. 5218].

Allo stesso modo, alla luce del disposto dell'art. 391-*bis*, comma 6 c.p.p., il quale vieta, a pena di inutilizzabilità, solo richiedere alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero notizie sulle domande formulate o sulle risposte date, la Corte di cassazione ha stabilito che le dichiarazioni rese al proprio difensore nell'ambito di indagini difensive dalla persona offesa esaminata in precedenza nel corso di un incidente probatorio sono utilizzabili ai fini della decisione, ove depositate prima dell'ammissione del rito, non sussistendo alcun divieto che precluda lo svolgimento di tale attività investigativa [Cass., Sez. III, 20 settembre 2018, n. 2341. Nello stesso senso si era espressa, in precedenza, Cass., Sez. III, 21 aprile 2010, n. 33898].

Sul versante cronologico, è stato ribadito che i risultati delle investigazioni difensive sono utilizzabili ai fini della decisione nell'ambito del giudizio abbreviato a condizione che i relativi atti siano stati depositati nel fascicolo del pubblico ministero prima dell'ammissione al rito speciale, con la conseguenza che nell'ipotesi di giudizio abbreviato a seguito di udienza preliminare, tali atti possono essere prodotti anche nel corso dell'udienza preliminare e sino alla scadenza del termine per la richiesta del rito abbreviato, a norma dell'art. 438 c.p.p. [Cass., Sez. II, 16 febbraio 2017, n. 9198].

Allo stesso modo, ovviamente, poiché la richiesta di giudizio abbreviato c.d. "secco", di cui all'art. 438, comma 1 c.p.p., comporta la definizione del processo allo stato degli atti, nessuna prova, documentale od orale, può essere successivamente acquisita – e questo vale anche per la richiesta di produzione dei verbali delle indagini difensive – salva la facoltà dell'imputato, ammesso al giudizio abbreviato, di sollecitare il giudice all'esercizio dei poteri di cui all'art. 441, comma 5 c.p.p. [Cass., Sez. IV, 15 novembre 2016, n. 51950].

## 12. L'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria in caso di mancata attivazione dell'atto investigativo a contenuto dichiarativo

*Se il difensore può impugnare il provvedimento di rigetto della richiesta di intervento del giudice ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11 c.p.p. e se l'autorità giudiziaria è gravata da un obbligo di instaurazione dell'incidente probatorio ovvero dell'audizione. Infine, quali caratteristiche deve presentare la richiesta di audizione ovvero di incidente probatorio sotto i profili espositivo ed argomentativo.*

Come già visto, il difensore non è dotato dal sistema normativo di poteri autoritativi nello svolgimento degli atti d'investigazione difensiva, di talché costui è costretto a provocare forme tipizzate di intervento dell'autorità giudiziaria tutte le volte in cui l'atto di matrice investigativa privata sia insuscettibile di svolgimento in ragione del rifiuto opposto dalla persona contattata anche al fine di acquisire contributi dichiarativi.

I problemi che si sono posti in relazione a siffatto meccanismo surrogatorio hanno riguardato l'esistenza e l'entità dello spazio valutativo rimesso all'autorità adita e la possibilità di impugnare il provvedimento di diniego dell'instaurazione (in particolare modo) dell'incidente probatorio.

Una volta presentata l'istanza, l'autorità da essa investita dovrebbe considerarsi priva di significativi margini di valutazione costituendo il relativo provvedimento di ammissione – e fatta

salva la possibilità di un controllo meramente formale teso ad escludere eventuali ipotesi di inammissibilità per ragioni connesse a difetti di legittimazione ovvero a violazioni di norme *perfectae* (si pensi, per esempio, all'utilizzo della posta elettronica certificata quale veicolo di trasmissione dell'istanza, la cui legittimità ai fini della trasmissione di memorie, istanze o richieste di provenienza difensiva è stata esclusa, da ultimo, da Cass., Sez. I, 22 luglio 2020, n. 21981) – un atto dovuto in quanto qualunque sindacato di merito sulla necessità o opportunità dell'assunzione delle dichiarazioni costituisce un'indebita ingerenza dell'autorità giudiziaria sulle scelte del difensore riguardanti la linea difensiva.

E' importante, tuttavia, rilevare come, fin da subito, la Corte di cassazione ha adottato un orientamento teso a ridimensionare la portata dell'obbligo del giudice per le indagini preliminari di aderire alla richiesta della difesa in ordine all'attivazione dell'incidente probatorio, avendo innanzitutto stabilito, sebbene si trattasse di una richiesta di incidente probatorio avanzata ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11 c.p.p., che avverso l'ordinanza con la quale il giudice accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio non è prevista impugnazione e, ciò, sia in ragione del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p., sia per la natura dell'incidente probatorio, caratterizzato dall'esigenza di spe-

ditezza con cui tale fase deve essere espletata e che è incompatibile con i tempi necessari per il procedimento di impugnazione [Cass., Sez. III, 23 maggio 2002, n. 20130. Negli stessi termini, successivamente, Cass., Sez. VII (Ord.), 25 maggio 2017, n. 30471].

D'altro canto, continua la Suprema Corte, rimane altresì esclusa la qualificabilità dell'ordinanza di rigetto quale provvedimento abnorme, e, quindi, la possibilità di impugnazione mediante ricorso in cassazione, dal momento che essa, a prescindere dalla eventuale erroneità della decisione o della relativa motivazione, non può dirsi avulsa dall'intero ordinamento processuale (c.d. abnormità strutturale) né adottata al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, tanto da determinare una stasi irrimediabile del procedimento (c.d. abnormità funzionale).

Occupandosi direttamente della questione afferente all'estensione del vaglio di ammissibilità della richiesta, inoltre, la Suprema Corte ha, poco più tardi, statuito che la richiesta medesima non presupponga alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza, ai fini investigativi, delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita [Cass., Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 1399].

La Corte medesima ha, in un'occasione poco risalente, delineato il quadro dei doveri esplicativi del difensore istante e, correlativamente, i caratteri della situazione giuridica che grava sul pubblico ministero investito da una richiesta di audizione e lo ha fatto seguendo un approccio nel quale prevale, ed in modo anche marcato, il profilo efficientistico, al cui cospetto si disperdono le esigenze di garanzia coerenti con i connotati funzionali ed i requisiti strutturali dell'atto in questione.

La Corte si è spinta oltre un proprio precedente in materia, occasione nella quale aveva statuito che, ai fini della richiesta prevista dall'art. 391-bis, comma 10 c.p.p., per l'audizione di persone che hanno esercitato la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione, è necessario che il difensore specifichi l'oggetto dell'audizione, indicando gli argomenti sui quali deve

vertere l'esame [Cass., Sez. VI, 13 maggio 2004, Barone].

Infatti, ha fornito un dato che, troppo attento a salvaguardare presunte esigenze di economia connesse al carattere eventualmente pretestuoso di richieste difensive di audizione ex art. 391-bis, comma 10 c.p.p., accentua i profili di inadeguatezza della disciplina complessiva degli atti investigativi a contenuto dichiarativo, offrendo lo spunto per talune riflessioni problematiche e l'occasione, soprattutto, per verificare gli spazi di una possibile revisione della disciplina degli effetti del rifiuto del contatto investigativo difensivo.

Il difensore – è l'assunto della Suprema Corte – non può limitarsi a rappresentare l'avvenuta regolarità della convocazione e l'esercizio, da parte della persona convocata, della facoltà di cui all'art. 391-bis, comma 3 lett. d) c.p.p., ma, allorquando propone istanza di audizione, deve indicare al pubblico ministero le circostanze in relazione alle quali vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali ritiene che esse siano utili ai fini delle indagini [Cass., Sez. II, 6 dicembre 2006, n. 40232, O.M.].

La richiesta di audizione che sia priva di siffatte indicazioni non è qualificabile nemmeno come inammissibile, poiché in questa evenienza non sorge, in capo al pubblico ministero, addirittura alcun obbligo di provvedere in quanto – si legge nella citata sentenza – la norma fa esplicito riferimento ad un altro elemento, vale a dire che la persona debba essere “in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa”, sicché, nel momento in cui il difensore propone la richiesta, il pubblico ministero deve essere posto in condizioni di valutare la ricorrenza di tale requisito.

Poco più tardi, l'orientamento giurisprudenziale è stato esteso – ma non poteva, a questo punto, essere altrimenti – all'incidente probatorio, in relazione al quale è stato puntualizzato che la proposizione della relativa richiesta non presupponga alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza, a fini investigativi, delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita [Cass., Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 1399].

Coerentemente, la Suprema Corte ha escluso che la mancata effettuazione di esso determini, sul piano sanzionatorio, la nullità dell'udienza preliminare e del decreto che dispone il giudizio.

In relazione ad un versante diverso ma che comunque chiama in causa i rapporti tra difensore investigante e autorità giudiziaria, la Corte di cassazione ha precisato che la richiesta di autorizzazione a ricevere dichiarazioni o ad assumere informazioni da un detenuto, di cui all'art. 391-*bis*, comma 7 c.p.p., deve contenere, ai fini della sua ammissibilità, le indicazioni relative all'addebito per cui si procede nei

confronti della persona assistita dal difensore che intende esaminare il detenuto e del legame di quest'ultimo con il tema d'indagine, in modo da consentire al giudice, e prima ancora al pubblico ministero e al difensore della persona detenuta, di apprezzare l'esistenza di un interesse concreto, diretto ed attuale al compimento dell'atto. In motivazione, tuttavia, la Corte ha affermato che siffatta valutazione non comporta alcun sindacato sul merito dell'atto ed ha, pertanto, escluso che la richiesta debba illustrare le ragioni dell'utilità dell'atto istruttorio [Cass., Sez. I, 7 giugno 2019, n. 28216].

# 13. L'intervento sostitutivo del pubblico ministero in caso di mancata attivazione dell'atto investigativo a contenuto dichiarativo

*Se l'atto disciplinato dall'art. 391-bis, comma 10 c.p.p. costituisca atto di pertinenza del pubblico ministero oppure conservi le caratteristiche intrinseche e funzionali dell'atto investigativo difensivo, con chiari riflessi sui contenuti informativi, sulla destinazione e sulla titolarità della funzione documentativa.*

Lo strumento dell'audizione è utilizzabile esclusivamente per acquisire elementi conoscitivi di natura dichiarativa da persone informate sui fatti, poiché l'art. 391-bis, comma 10 c.p.p. esclude che l'istituto possa operare rispetto a persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, nonché nei confronti delle persone sottoposte ad indagini o imputate in un diverso procedimento nelle ipotesi previste dall'art. 210 c.p.p.

Esso è attivabile ad istanza del difensore, istanza che – si legge nella norma – obbliga il pubblico ministero a provocare il momento di contatto investigativo entro sette giorni.

Termine, quest'ultimo, meramente ordinatorio la cui inosservanza non produce altre conseguenze se non quelle previste dall'art. 124, comma 2 c.p.p., fermo restando che il difensore potrebbe avviare alla condotta omissiva del pubblico ministero mediante la proposizione di una richiesta di incidente probatorio, ai sensi dell'art. 391-bis, comma 11 c.p.p.

Siamo in presenza di un atto investigativo difficilmente riconducibile alle categorie tradizio-

nalmente note al nostro sistema processuale e del quale appare quanto mai problematico identificare la natura.

Infatti, esso presenta i tratti esteriori tipici dell'atto previsto dall'art. 362 c.p.p. – norma, peraltro, richiamata dall'art. 391-bis, comma 10 c.p.p., al fine di estenderne l'applicazione alle informazioni richieste dal difensore – e, in questi termini, viene comunque qualificato dalla Corte di cassazione, la quale ha chiarito che le dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero, ai sensi dell'art. 391-bis, comma 10 c.p.p., da colui che si sia rifiutato di rispondere al difensore, costituiscono a tutti gli effetti atti del pubblico ministero [Cass., Sez. III, 27 febbraio 2007, n. 21092. Di recente v., negli stessi termini, Cass., Sez. III, 14 dicembre 2011, n. 1399].

L'ovvia conseguenza che è stata desunta da un siffatto inquadramento dell'atto è che gli avvertimenti preliminari – che devono essere rivolti al dichiarante e analiticamente verbalizzati, ai sensi dell'art. 391-bis, comma 3 c.p.p., a cura del difensore procedente – non riguardano l'atto sostitutivo del pubblico ministero, come può evincersi in maniera evidente dalla stessa formulazione testuale della norma, che pone i relativi obblighi a carico esclusivamente del difensore, sostituto, investigatori privati autorizzati o consulenti tecnici. Inoltre, e coerentemente, la giurisprudenza ha nelle medesime occasioni ribadito che l'atto investigativo deve confluire direttamente nel fascicolo del pubblico ministero.

# 14. La qualificazione giuridica del difensore che verbalizza l'atto acquisitivo di dichiarazioni ex art. 391-ter c.p.p.

*Se il difensore, nell'esercizio della funzione di verbalizzazione dell'atto di assunzione di informazioni, è un esercente di servizio di pubblica necessità ovvero un pubblico ufficiale, con conseguenti ripercussioni sulla qualificazione giuridica delle ipotesi di falsità nell'attività di documentazione.*

La legge sulle investigazioni difensive ha affidato esclusivamente al difensore la funzione documentativa degli atti investigativi, seguendo una prospettiva diversa da quella costituita dall'etero-documentazione, modalità consistente nella possibilità di far documentare le dichiarazioni rilasciate dalle persone informate sui fatti da soggetti terzi – in particolare, notai – dotati di particolari qualifiche di rilievo pubblicistico, in grado di renderli garanti della fedeltà della documentazione, e, nello stesso tempo, funzionalmente estranei alla gestione penale.

Sul punto, la Corte di cassazione ha, sia pure implicitamente, chiarito che i requisiti di forma prescritti dagli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p. sono vincolanti ed inderogabili e, per quel che concerne più da vicino gli adempimenti documentativi, ha precisato che un atto di investigazione difensiva attuato a mezzo di una telefonata registrata tra il difensore dell'imputato e la persona offesa – quest'ultima inserita nelle liste testimoniali di cui all'art. 468 c.p.p. – si pone in radicale contrasto con la disciplina sulle investigazioni difensive, anche perché non vi sarebbe

alcuna possibilità di identificare l'interlocutore e si registrerebbe un'assoluta e irrimediabile carenza degli avvertimenti prescritti dall'art. 391-bis, comma 3 c.p.p. [Cass., Sez. II, 20 gennaio 2011, n. 6524].

Tra l'altro, la Corte di cassazione non aveva mancato di precisare, in precedenza, che anche la facoltà del difensore di svolgere attività investigative per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito al fine di promuovere il giudizio di revisione deve essere svolta nelle forme prescritte dagli artt. 391-bis e ss. c.p.p. [Cass., Sez. I, 5 novembre 2003, n. 45612].

L'art. 391-ter c.p.p. – il quale, contenendo la disciplina della documentazione degli atti investigativi difensivi a contenuto dichiarativo, si pone come regola base del potere documentativo del difensore – prevede, innanzitutto, che la dichiarazione di cui all'art. 391-bis, comma 2 c.p.p., redatta e sottoscritta dal dichiarante, deve essere autenticata dal difensore o da un suo sostituto.

Mediante siffatto adempimento formale, l'investigante certifica semplicemente la provenienza soggettiva del contributo conoscitivo senza entrare nel merito dei contenuti della dichiarazione.

La disposizione prevede inoltre che il difensore debba, altresì, redigere una relazione nella quale sono riportati la data in cui l'ha ricevuta, le proprie generalità e quelle della persona

che ha rilasciato la dichiarazione, l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dall'art. 391-*bis*, co. 3 c.p.p. e, infine, l'esposizione dei fatti sui quali verte la dichiarazione.

Le informazioni di cui all'art. 391-*bis*, comma 2 c.p.p. sono documentate dal difensore o da un suo sostituto, i quali possono avvalersi, per la materiale redazione del verbale, di persone di loro fiducia.

Mediante siffatta proposizione l'art. 391-*ter*, comma 3 c.p.p. individua nel verbale lo strumento documentativo necessario dell'atto acquisitivo di informazioni – è espressamente esclusa, dunque, la possibilità di documentare l'atto mediante "annotazione" – e nel difensore o nel suo sostituto gli unici soggetti titolari della funzione documentativa.

La persona di fiducia è, invece, eventualmente incaricata di compiti di natura materiale ed esecutiva, probabilmente connessi alla necessità di disporre di specifiche competenze tecniche funzionali alla compiuta realizzazione dell'attività di documentazione mediante il ricorso a peculiari strumenti di riproduzione.

Subito dopo l'entrata in vigore della legge sulle investigazioni difensive si era affacciata, nell'ambito della giurisprudenza di merito, la tesi secondo la quale il difensore, nel momento in cui documenta i risultati dell'attività d'investigazione, assume la qualifica di pubblico ufficiale ed il verbale dallo stesso formato acquisisce la natura di atto pubblico, con la conseguenza che, in caso di falsa o incompleta verbalizzazione delle dichiarazioni ricevute, lo stesso avrebbe dovuto rispondere del reato di falsità ideologica in atto pubblico ai sensi dell'art. 479 c.p. L'argomento fondante l'orientamento giurisprudenziale in discorso era costituito dall'indiscutibile e tanto auspicata eguale valenza probatoria degli atti d'indagine difensiva rispetto a quelli posti in essere dal pubblico ministero, dato, d'altro canto, sottolineato fin dall'inizio ed in maniera chiara dalla Suprema Corte laddove ha avuto modo di precisare che la nuova disciplina delle indagini difensive, nel prevedere un'ampissima possibilità per i difensori delle parti private di assumere prove, delinea per le stesse un'equiparazione quanto ad utilizzabilità e

forza probatoria a quelle raccolte dalla pubblica accusa, sia nella fase delle indagini e dell'udienza preliminare che in quella dibattimentale [Cass., Sez. II, 30 gennaio 2002, *Pedi*].

Facevano da sfondo a siffatta argomentazione le conclusioni alle quali era pervenuta la giurisprudenza in tema di elementi qualificativi dell'attività svolta dai privati ed in punto di connotazione concettuale dell'atto pubblico.

In relazione al primo aspetto, come è noto, la Suprema Corte ha precisato che al fine di stabilire se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 357 e 358 c.p., è necessario verificare se essa sia o meno disciplinata da norme di diritto pubblico, quale che sia la connotazione soggettiva del suo autore, distinguendosi poi – nell'ambito dell'attività definita pubblica sulla base del richiamato parametro oggettivo – la pubblica funzione dal pubblico servizio per la presenza nell'una o la mancanza nell'altro dei poteri tipici della potestà amministrativa, come indicati nell'art. 357, comma 2 c.p. [Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, *Citaristi*].

In ordine al secondo profilo, invece, si è affermato che agli effetti delle norme sul falso documentale il concetto di atto pubblico è più ampio rispetto a quello che si desume dalla definizione contenuta nell'art. 2699 c.c., in quanto comprende non soltanto i documenti che sono redatti con le richieste formalità da un notaio o da un altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, ma anche i documenti formati dal pubblico ufficiale o dal pubblico impiegato incaricato di un pubblico servizio nell'esercizio delle sue funzioni o del suo servizio, attestanti fatti da lui compiuti o avvenuti in sua presenza ed aventi attitudine ad assumere rilevanza giuridica [Cass., Sez. un., 11 aprile 2006, n. 15983].

Il quadro giurisprudenziale appena delineato ha costituito il retroterra culturale ed argomentativo dell'intervento con il quale la Corte di cassazione, occupandosi direttamente della tematica in questione, ha statuito che integra il reato di falsità ideologica in atto pubblico, ai sensi dell'art. 479 c.p., la condotta del difensore che documenta e poi utilizza processualmente

le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili alla attività investigativa, verbalizzate in modo incompleto o non fedele, in quanto l'atto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero [Cass., Sez. un., 27 giugno 2006, Schera].

Le Sezioni unite hanno, così, superato il contrasto giurisprudenziale che si era ingenerato tra la tesi della prevalenza, nella funzione del difensore, della cura e degli interessi processuali dell'imputato e l'opposta tesi della riconoscibilità, in capo allo stesso difensore, della qualità di pubblico ufficiale quando svolge la funzione certificatrice, redigendo il verbale di dichiarazioni raccolte, in sede di investigazioni difensive, ai sensi degli artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p. Il supporto argomentativo predisposto dalla Suprema Corte è complesso e muove dal presupposto secondo il quale se è vero che il legislatore, nell'ambito dell'art. 359 c.p., qualifica il difensore come soggetto privato esercente un servizio di pubblica necessità, deve, tuttavia, ritenersi che egli rediga un atto pubblico allorché proceda alla formazione del verbale in cui convergano le informazioni ricevute ai sensi degli artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p.

La sentenza si sofferma sull'attenta analisi del potenziamento che il ruolo del difensore ha conseguito in virtù dell'introduzione di una disciplina organica delle indagini difensive, prevedendo come atto tipizzato espletabile dal difensore il colloquio con persone informate sui fatti e configurando, all'art. 391-*bis* c.p.p., ben tre diverse metodologie utilizzabili nell'effettuazione dell'atto acquisitivo di notizie rilevanti.

Nel caso di documentazione diretta da parte del difensore di dichiarazioni rese nel corso di investigazioni difensive, egli è tenuto all'obbligo di fedeltà e completezza nella verbalizzazione e nella documentazione delle dichiarazioni in forma integrale, come affermato, mette in rilievo la Corte, anche nelle "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive", approvate il 14 luglio 2001 dall'Unione delle camere penali, e nel Codice deontologico forense, a seguito delle modifiche apportate dal Consiglio Nazionale Forense il 26 ottobre 2002.

Secondo la Corte, peraltro, l'esistenza di siffatti obblighi è desumibile, oltre che dalla *ratio* complessiva della legge sulle investigazioni difensive – la quale ha introdotto un complesso di regole volte a garantire la genuinità della dichiarazione e finalizzate ad attribuire alle indagini difensive la stessa valenza probatoria dell'attività del pubblico ministero, compendianti avvisi, avvertimenti, un dovere di verbalizzazione integrale e specifiche conseguenze penali in caso di falso – da precise indicazioni normative, quali, innanzitutto, la previsione dell'art. 371-*ter* c.p.p., la quale stabilisce a carico della persona informata sui fatti un dovere di veridicità penalmente sanzionato e che verrebbe del tutto vanificato qualora il difensore potesse non riportare compiutamente o modificare arbitrariamente le dichiarazioni ricevute. Ma la Corte sottolinea, altresì, il rilievo da attribuire all'art. 391-*bis*, comma 9 c.p.p., norma che prevede l'obbligo di sospensione dell'atto acquisitivo qualora la dichiarazione appaia assumere carattere autoindiziante e l'inutilizzabilità contro il dichiarante delle medesime dichiarazioni eventualmente rese in precedenza.

La sentenza non nega l'evidente differenza funzionale tra il pubblico ministero e la difesa – sottolineando che il primo è tenuto a svolgere ogni attività di indagine ai fini indicati nell'art. 326 c.p.p., ivi inclusi gli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, mentre al difensore sono attribuiti poteri dispositivi in relazione alla tutela del suo assistito – ma precisa come il difetto di simmetria non pregiudica comunque l'attribuzione di una veste pubblica al difensore verbalizzante, non avendo egli il diritto di manipolare le informazioni ricevute, ovvero di selezionarle verbalizzando solo quelle favorevoli, tanto più in un sistema che gli attribuisce la facoltà di non utilizzare processualmente l'atto e che, soprattutto, parifica gli atti acquisitivi del difensore e del pubblico ministero sotto il profilo della valenza processuale.

Ulteriore argomento utilizzato dalle Sezioni unite è quello connesso al contenuto del rinvio operato dall'art. 391-*ter* c.p.p. alle disposizioni del codice attinenti alla documentazione degli

atti processuali, tra le quali si inserisce l'art. 136 c.p.p., norma che impone al redigente di riportare tutto quanto avvenuto in sua presenza e che implica, dunque, l'emergenza di un dovere di fedeltà e completezza che vale a qualificare in termini particolarmente rigorosi l'atto, sotto il duplice profilo soggettivo ed oggettivo. Il nucleo essenziale della motivazione è costituito dal passaggio, alquanto sbrigativo, in cui

si evidenzia che il verbale nel quale il difensore raccoglie le informazioni è destinato a produrre gli stessi effetti processuali dell'omologo verbale redatto dal pubblico ministero, di talché, siccome non si pone in dubbio che quest'ultimo sia un atto pubblico, la stessa natura deve attribuirsi anche al verbale redatto a cura del difensore.

# 15. Il potere del difensore di acquisire documenti da privati

*Se il difensore può, nell'esercizio della propria funzione investigativa, acquisire documenti in possesso di privati.*

Il codice di procedura penale, come è noto, non disciplina una facoltà di richiesta di documenti a soggetti diversi dalla pubblica amministrazione.

La mancata previsione non implica, tuttavia, che siffatta attività sia preclusa al difensore, fermo restando che il destinatario della richiesta stessa può disattenderla, anche tacitamente, e, in tal caso, il difensore, il quale in generale non dispone di poteri coercitivi, può sollecitare il pubblico ministero utilizzando i medesimi strumenti previsti dall'art. 391-*quater*, comma 3 c.p.p.

Infatti, la Corte di cassazione ha puntualizzato che è da escludere che l'art. 391-*septies* c.p.p., nel prevedere la possibilità di accesso del difensore, su motivato decreto di autorizzazione del giudice, a luoghi privati o non aperti al pubblico, conferisca al medesimo difensore anche il potere di prendere visione e trarre copia di atti o documenti ivi custoditi, potendo il difensore avere accesso, ai sensi dell'art. 391-*quater* c.p.p., solamente alla documentazione in possesso della pubblica amministrazione mentre, con riguardo a quella detenuta da privati di cui questi rifiutino l'esibizione, può soltanto avanzare richiesta, ai sensi dell'art. 367 c.p.p., per l'adozione di un provvedimento di sequestro [Cass., Sez. II, 12 ottobre 2005, n. 42588].

CASI



# Casi

## Attendibilità delle dichiarazioni

La Corte di cassazione ha messo in rilievo che in tema di indagini difensive – nell’occasione prodotte nel corso del procedimento di riesame – l’attendibilità delle dichiarazioni rese dalla persona informata sui fatti non può essere data per presupposta, ma deve essere valutata in concreto, tenendo conto del suo grado di coinvolgimento nei fatti di causa, del conseguente interesse rispetto all’esito del procedimento, del se, nel momento in cui ha reso le dichiarazioni, fosse o meno a conoscenza che l’ordinanza cautelare era stata emessa anche valorizzando sul piano accusatorio i suoi rapporti con l’indagato. Nell’evenienza concreta, l’ordinanza cautelare impugnata aveva evidenziato il fatto che l’indagato aveva esercitato pressioni nei confronti del dichiarante, al fine di favorire l’assunzione in una cooperativa di pulizie di persone legate all’associazione mafiosa. **[Cass. Sez. VI, 14.12.2017, n. 9386].**

## Audizione

La Corte di cassazione ha chiarito che le dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero, ai sensi dell’art. 391-*bis*, comma 10 c.p.p., da colui che si sia rifiutato di rispondere al difensore, costituiscono a tutti gli effetti atti del pubblico ministero, con il conseguente inserimento nel

fascicolo *ex art.* 373 c.p.p. e non in quello del difensore. Inoltre, e coerentemente con la ritenuta natura dell’atto, la Corte ha sottolineato che gli avvertimenti preliminari – che devono essere rivolti al dichiarante e analiticamente verbalizzati ai sensi dell’art. 391-*bis* c.p.p. – non riguardano il pubblico ministero, come può tra l’altro evincersi dalla stessa formulazione testuale della norma, che pone i relativi obblighi a carico esclusivamente de “il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici”. **[Cass. Sez. III, 27.2.2007, n. 21092].**

## Avvertimenti e verbalizzazione

Secondo la Corte di cassazione, in tema di indagini difensive sono inutilizzabili le dichiarazioni scritte raccolte dal difensore, ai sensi dell’art. 391-*bis*, comma 2 c.p.p., senza la verbalizzazione analitica degli avvertimenti elencati al comma terzo del predetto articolo, che il medesimo è tenuto a rivolgere al dichiarante. Difatti, la Corte ha ritenuto insufficiente un mero richiamo sommario agli avvisi *ex art.* 391-*bis* c.p.p. **[Cass. Sez. II, 15.9.2016, n. 51073].** Nello stesso senso ha concluso, poco prima, **Cass. Sez. I, 28.11.2013, n. 36036].**

Inoltre, l’elencazione degli avvertimenti è stata estesa per mano della giurisprudenza, essendosi ritenuto che l’avviso ai prossimi congiunti

dell'imputato in ordine alla facoltà degli stessi di astenersi dal testimoniare va loro rivolto, a pena di nullità, anche in sede di sommarie informazioni rese al difensore *ex art. 391-bis* c.p.p. [**Cass. Sez. III, 25.9.2013, n. 41484**. Parimenti, il principio era stato enunciato da **Cass. Sez. III, 6.10.2009, n. 46682**].

## Difensore

Le sezioni unite della Corte di cassazione, risolvendo il contrasto che si era generato sul punto, hanno stabilito che il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è un pubblico ufficiale, non un esercente un servizio di pubblica necessità, posto che il documento da lui redatto ha tutte le caratteristiche dell'atto pubblico. Ne deriva che, in caso di mancata attestazione di alcune dichiarazioni, pur rilasciate dalla persona informata, e di successivo uso del verbale all'interno del procedimento, egli realizza un falso ideologico in atto pubblico, in concorso con il delitto di favoreggiamento personale. [**Cass. Sez. unite, 27.6.2006, n. 32009**].

## Forme e termini

È stato posto in rilievo che il diritto del difensore di svolgere indagini difensive, pur esercitabile in ogni stato e grado del procedimento, deve tuttavia coordinarsi, affinché i risultati di dette indagini possano essere legittimamente utilizzati in giudizio, con i criteri ed i limiti specificamente previsti dal codice per la formazione della prova. Ragione per la quale tali risultati devono essere portati all'attenzione del giudice secondo la scansione stabilita, nel dibattimento, dagli artt. 468 ss. c.p.p. e, in appello, dagli artt. 568 ss. c.p.p. [**Cass. Sez. V, 1.4.2016, n. 21005**].

Allo stesso modo, in relazione ad una richiesta di rinnovazione dell'istruzione in giudizio abbreviato d'appello mediante acquisizione di verbali di dichiarazioni assunte in sede di indagini difensive, la Corte di cassazione ha ritenuto

inammissibile la richiesta medesima in quanto, nel giudizio abbreviato, le prove integrative di natura dichiarativa devono essere assunte dal giudice, ai sensi dell'art. 422 c.p.p. [**Cass. Sez. VI, 22.10.2014, n. 1400**].

Il principio generale correlato alla necessaria osservanza dei termini stabiliti in relazione a singole e specifiche scansioni procedurali è stato ribadito anche in relazione al giudizio abbreviato. Difatti, i risultati delle investigazioni difensive sono utilizzabili ai fini della decisione a condizione che i relativi atti siano stati depositati nel fascicolo del pubblico ministero prima dell'ammissione al rito speciale, per cui, nell'ipotesi di giudizio abbreviato a seguito di udienza preliminare, tali atti possono essere prodotti anche nel corso dell'udienza preliminare e sino alla scadenza del termine per la richiesta del rito abbreviato, a norma dell'art. 438 c.p.p. [**Cass. Sez. II, 16.2.2017, n. 9198**].

Anche la richiesta di giudizio abbreviato c.d. "secco", di cui all'art. 438, comma 1 c.p.p., comportando la definizione del processo allo stato degli atti e determinando, quindi, la formazione della "*res iudicanda*" sulla base del quadro probatorio già esistente, implica che nessuna prova, documentale od orale, può essere successivamente acquisita, salva la facoltà dell'imputato, ammesso al giudizio abbreviato, di sollecitare il giudice all'esercizio dei poteri di cui all'art. 441, comma 5 c.p.p. Nell'occasione, la Corte di cassazione ha ritenuto legittima la decisione del giudice che aveva respinto la richiesta di produzione dei verbali delle indagini difensive, effettuata dopo la presentazione della richiesta di ammissione al giudizio abbreviato. [**Cass. Sez. IV, 15.11.2016, n. 51950**].

## Giudizio abbreviato

La giurisprudenza ha chiarito, in relazione al giudizio abbreviato, che nell'ambito del rito speciale sono utilizzabili le dichiarazioni rese in sede stragiudiziale, ancorché non siano state assunte con le forme previste dall'art. 391-*bis* c.p.p., trattandosi di documenti acquisiti al di

fuori delle indagini difensive, che assumono valore probatorio per effetto della richiesta di celebrazione del processo nelle forme del rito alternativo. **[Cass. Sez. VI, 12.6.2019, n. 5218]**. Inoltre, si è puntualizzato che il termine “indagini difensive” di cui all’art. 438, comma 4 c.p.p., si riferisce esclusivamente alle attività di cui agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p., poiché solo il deposito dei “risultati” dell’attività di indagine difensiva può giustificare l’assegnazione al pubblico ministero di un termine per svolgere ulteriori attività investigative al fine di contrastare i suddetti risultati onde riportare le parti su un piano di parità. Nella situazione concreta all’esame della Corte di cassazione, relativa al deposito di una relazione di consulenza tecnica di parte *ex art.* 233 c.p.p., è stata ritenuta esente da censure l’ordinanza di rigetto della richiesta del pubblico ministero, avendo tale consulenza natura di “memoria di contenuto tecnico” e non integrando l’esito di un’attività di indagine. **[Cass. Sez. V, 7.3.2019, n. 20802]**.

In tema di giudizio abbreviato, è stato chiarito, le dichiarazioni rese al proprio difensore nell’ambito di indagini difensive dalla persona offesa esaminata in precedenza nel corso di un incidente probatorio sono utilizzabili ai fini della decisione, ove depositate prima dell’ammissione del rito, non sussistendo alcun divieto che precluda lo svolgimento di tale attività investigativa. Infatti, è espressamente vietato, a pena di inutilizzabilità ai sensi dell’art. 391-*bis*, comma 6 c.p.p., solo richiedere alle persone già sentite dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero notizie sulle domande formulate o sulle risposte date. **[Cass. Sez. III, 20.9.2018, n. 2341]**.

Relativamente al giudizio abbreviato condizionato, si è detto che le dichiarazioni testimoniali acquisite in sede di indagine difensive, ai sensi dell’art. 327-*bis* c.p.p., sono utilizzabili ai fini della decisione a condizione che i relativi atti siano stati depositati nel fascicolo del pubblico ministero prima dell’ammissione al rito speciale. Nel caso all’esame della Corte di cassazione, essa ha ritenuto immune da censure la decisione del giudice d’appello che aveva respinto la richiesta di audizione di persone sentite in

sede di indagini difensive, sul presupposto che l’imputato, avendo chiesto che il processo fosse definito con il rito abbreviato condizionato all’escussione di persone diverse, non poteva chiedere successivamente l’acquisizione di nuovi elementi di prova. **[Cass. Sez. VI, 11.9.2018, n. 1561]**.

## Incidente probatorio

È stato ribadito che l’ordinanza di rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari della richiesta del difensore dell’indagato di esaminare, con incidente probatorio, un consulente del pubblico ministero in qualità di testimone, non è soggetta a gravame stante il principio di tassatività delle impugnazioni. **[Cass. Sez. VII, 25.5.2017, n. 30471]**.

Allo stesso tempo, si è precisato che la richiesta, effettuata ai sensi dell’art. 391-*bis*, comma 11 c.p.p. e finalizzata ad attivare la procedura sostitutiva dell’incidente probatorio per l’assunzione della testimonianza o dell’esame della persona che abbia esercitato la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione, non presuppone alcun automatismo, implicando una valutazione positiva del giudice circa la rilevanza ai fini investigativi delle circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita. **[Cass. Sez. III, 14.12.2011, n. 1399]**.

## Indagini preliminari

È stato ribadito che la richiesta di autorizzazione a ricevere dichiarazioni o ad assumere informazioni da un detenuto, di cui all’art. 391-*bis*, comma 7 c.p.p., deve contenere, ai fini della sua ammissibilità, le indicazioni relative all’addebito per cui si procede nei confronti della persona assistita dal difensore che intende esaminare il detenuto e del legame di quest’ultimo con il tema d’indagine, in modo da consentire al giudice, e prima ancora al pubblico ministero e al difensore della persona detenuta, di apprezzare l’esistenza di un interesse concreto,

diretto ed attuale al compimento dell'atto. In motivazione, tuttavia, la Corte di cassazione ha affermato che siffatta valutazione non comporta alcun sindacato sul merito dell'atto ed ha, pertanto, escluso che la richiesta debba illustrare le ragioni dell'utilità dell'atto istruttorio. [**Cass. Sez. I, 7.6.2019, n. 28216**].

## Legittimazione

In merito all'individuazione dei soggetti abilitati allo svolgimento delle investigazioni difensive, nell'ambito di un sistema processuale di tipo accusatorio, a norma dell'art. 391-*bis* c.p.p. devono ritenersi abilitati, in linea generale, il difensore, il sostituto di questi, gli investigatori privati ove autorizzati ai sensi dell'art. 22 disp. att. c.p.p. ed i consulenti tecnici. Tuttavia ai soli difensori, in quanto titolari del relativo incarico professionale, ed ai loro sostituti, è riservato il potere di chiedere alle persone informate sui fatti dichiarazioni scritte, ovvero documentare, secondo le modalità fissate dall'art. 391-*ter* c.p.p. le informazioni da costoro rese. Tuttavia – e la precisazione è dotata di autonomo rilievo – il sostituto, come il sostituto, deve essere in possesso della necessaria abilitazione professionale, altrimenti gli atti compiuti sono inutilizzabili. Nell'occasione, la Corte di cassazione ha ritenuto inutilizzabile la documentazione di investigazioni difensive svolte, nell'ambito di un procedimento di competenza del Tribunale in composizione collegiale, da praticante avvocato non abilitato al patrocinio di fronte al predetto organo giudiziario. [**Cass. Sez. III, 16.9.2015, n. 25431**].

## Magistratura di sorveglianza

È stato stabilito che non è impugnabile, non essendo espressamente dalla legge assoggettato ad alcuna forma di controllo, il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza autorizzi la ricezione di dichiarazioni o l'assunzione di informazioni da un detenuto ai sensi dell'art.

391-*bis*, comma 7 c.p.p., salvo che sia stato emesso in difetto di potere o in violazione delle prerogative del pubblico ministero sull'esclusiva potestà di disporre, al di fuori del giudizio, della fonte di prova, nel qual caso lo stesso, in quanto affetto da abnormità, è ricorribile per cassazione. Nella fattispecie, la Corte ha annullato senza rinvio il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza aveva concesso l'autorizzazione per l'assunzione di informazioni da un collaboratore di giustizia non detenuto in quanto ammesso a liberazione condizionale con sottoposizione a libertà vigilata, che già aveva reso collaborazione sui fatti in relazione ai quali avrebbe dovuto essere sentito. [**Cass. Sez. I, 16.10.2019, n. 46437**].

## Misure cautelari personali

L'obbligo dell'autorità procedente di trasmettere al tribunale del riesame gli atti di cui all'art. 291, comma 1 c.p.p., riguarda anche i risultati delle investigazioni difensive posti a disposizione del giudice per le indagini preliminari all'atto dell'emissione dell'ordinanza cautelare, in quanto formati anteriormente alla richiesta di applicazione della misura e già contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Pertanto, la loro omessa trasmissione al giudice del riesame determina la caducazione del provvedimento impugnato qualora essi incidano in modo decisivo sul quadro cautelare, spettando all'indagato l'onere di indicare le ragioni per le quali gli atti in questione rivestano tale carattere. [**Cass. Sez. I, 28.6.2018, n. 50906**. In senso diverso, invece, si era espressa **Cass. Sez. IV, 3.12.2014, n. 9892**].

## Pluridirezionalità investigativa

È stato ribadito ancora una volta che il dovere del pubblico ministero di svolgere attività d'indagine a favore dell'indagato non è presidiato da alcuna sanzione processuale, sicché la sua violazione non può essere dedotta con ricorso

per cassazione fondato sulla mancata assunzione di una prova decisiva. Tra l'altro, la Corte di cassazione ha chiarito che la valutazione della necessità di accertare fatti e circostanze favorevoli spetta unicamente al pubblico ministero, che agisce come organo di giustizia, non essendo vincolato, in tale veste, dalle indicazioni della difesa. [**Cass. Sez. III, 13.7.2018, n. 47013**. In precedenza il medesimo principio era stato espresso da **Cass. Sez. III, 23.6.2010, n. 34615**].

### Prova penale

Sono state ritenute inutilizzabili le dichiarazioni di persone informate dei fatti acquisite dal difensore senza il rispetto delle forme e garanzie dettate dagli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. ed introdotte nel procedimento quali allegati ad una memoria difensiva. Difatti, tali dichiarazioni non possono essere considerate documenti, in quanto strettamente funzionali al procedimento e formate nell'ambito dello stesso. [**Cass. Sez. VI, 28.2.2019, n. 12921**].

### Territorialità e rogatorie internazionali

La Corte di cassazione ha stabilito che, in base ai principi generali del codice di rito, l'unica forma per la raccolta della prova all'estero è la rogatoria, con la conseguenza che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini *ex art. 391-bis* c.p.p., ma deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché questa attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale. [**Cass. Sez. I, 29.5.2007, n. 23967**].

### Udienza preliminare

La giurisprudenza ha evidenziato che la violazione dell'obbligo di immediato deposito nella segreteria del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 430, comma 2 c.p.p., della documentazione relativa all'attività integrativa di indagine compiuta dal difensore dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio è priva di specifica sanzione processuale, essendo tuttavia demandato al giudice del merito il compito di adottare gli opportuni provvedimenti che, se adeguatamente motivati, sono insindacabili in sede di legittimità, volti a reintegrare la pubblica accusa nelle prerogative di prendere visione degli atti ed estrarne copia. Nella fattispecie, la Corte di cassazione ha ritenuto che correttamente il tribunale, rilevato il mancato deposito del verbale relativo alle dichiarazioni scritte di persona informata sui fatti raccolte dal difensore, aveva negato la loro utilizzazione ai fini delle contestazioni, non reputando sufficiente a garantire la parità delle parti la mera ostensione del verbale al pubblico ministero prima dell'utilizzo. [**Cass. Sez. III, 3.10.2018, n. 51830**].

### Valore probatorio

È stato stabilito che l'atto redatto dal difensore, *ex artt. 391-bis* e *391-ter* c.p.p., ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero e può ritenersi nullo solo se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione dell'avvocato o del sostituto che lo ha redatto, e non anche se l'informatore dichiarante non ha sottoscritto l'atto foglio per foglio. [**Cass. Sez. III, 2.10.2018, n. 2049**].





















Finito di stampare anno 2020  
presso le Industrie Grafiche della Pacini Editore S.r.l.  
Via A. Gherardesca • 56121 Pisa  
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300  
[www.pacineditore.it](http://www.pacineditore.it)

