

**Investigazioni difensive - Riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva - obbligo del pubblico ministero di trasmettere al Tribunale gli elementi sopravvenuti in favore della persona offesa - materiale acquisito nel corso di indagini difensive - insussistenza.**

L'obbligo gravante sul pubblico ministero, ai sensi dell'articolo 309, comma 5 c.p.p., di trasmettere al Tribunale del riesame, unitamente agli atti presentati ex art. 291, comma 1, c.p.p., anche gli elementi sopravvenuti favorevoli all'indagato dev'essere limitato agli atti acquisiti per effetto dell'attività investigativa compiuta dalla Procura e di cui la difesa non abbia la disponibilità. Tale obbligo non riguarda, al contrario, i risultati favorevoli derivanti dalle indagini compiute dalla difesa, in quanto tali atti sono già nella disponibilità della parte che ha facoltà di presentarli.<sup>1</sup>

---

*Con tale decisione la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi circa l'obbligo di trasmissione degli atti gravante sul pubblico ministero a seguito dell'istanza di riesame. Nel caso di specie l'indagato ricorreva avverso un'ordinanza del Tribunale del riesame di Venezia che, nel rigettare l'istanza proposta dalla difesa, richiamava l'indirizzo della Suprema Corte secondo cui l'obbligo in capo al pubblico ministero di produrre avanti al Tribunale del riesame gli elementi già depositati ai sensi dell'articolo 291, comma 1, unitamente a "tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini", non si estende agli elementi acquisiti in sede di indagini difensive. Tali ultimi, infatti, essendo nella disponibilità della difesa possono, anzi debbono, essere prodotti autonomamente dal difensore che abbia interesse alla loro valutazione da parte del Tribunale.*

*Non pare a chi scrive che tale decisione possa essere esente da critiche. Non si comprende, infatti, la ragione per cui, in fase di riesame, dovrebbe venir meno quell'obbligo di trasparenza che all'atto della richiesta di misura cautelare impone al pubblico ministero di presentare al giudice "tutti gli elementi a favore dell'imputato" sinanco eventuali "deduzioni e memorie difensive già depositate".*

*A tal proposito si ricorda che la sezione VI della Suprema Corte, seppure in tempi più lontani, ribadì l'obbligo del pubblico ministero di trasmettere al giudice del riesame, nel termine di cui all'art. 309, comma 5 c.p.p., anche le dichiarazioni acquisite a seguito delle indagini difensive, ferme restando tutte le note considerazioni circa la definizione di "elementi sopravvenuti favorevoli all'indagato" (cfr. Cass. pen. , sez. VI, 22 gennaio 2003, nr. 3013, in Archivio Nuova Procedura penale, 2003, p. 646). Con la medesima decisione, tra l'altro, la sezione VI estese l'obbligo di trasmissione da parte della Procura anche agli atti depositati dalla difesa dopo la trasmissione da parte del pubblico ministero, seppure prima dello spirare del termine previsto dal comma 5 dell'articolo 309 c.p.p. (Guida al Diritto, 2003, 19,103) precisando, comunque, che solo nel primo caso la mancata trasmissione degli atti favorevoli all'indagato comporta l'inefficacia dell'ordinanza coercitiva. In tali termini la questione sembra correttamente posta: il dovere di trasparenza che il codice attribuisce al pubblico ministero all'atto della presentazione della richiesta, a tutela della correttezza della decisione del giudice non può, e non deve, venire meno in fase di riesame, fermo restando in capo alla difesa l'onere di tempestivo deposito della documentazione acquisita, non potendosi, per contro, pretendere che il pubblico ministero si adoperi per la trasmissione di atti a lui pervenuti dopo che ha già proceduto all'incombente di cui all'articolo 309 comma 5 c.p.p. Solo in tale ultima circostanza, infatti, a parere di chi scrive, è possibile correttamente sostenere che l'onere di produrre gli elementi utili all'indagato gravi in capo alla parte che ne ha l'immediata disponibilità.*

---

<sup>1</sup> Cfr.: Cassazione penale, sez. I, 25 febbraio 2010 n. 10276 in: CED Cass. Pen. 2010; Cass. Pen. 2011, 4, 1515, secondo cui: "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 che possano essere favorevoli all'indagato, va circoscritto a quegli atti, documenti o risultanze che siano stati acquisiti per effetto dell'attività investigativa svolta dal p.m. e di cui la difesa non abbia l'immediata disponibilità, restando esclusi i risultati favorevoli delle investigazioni difensive, i quali, essendo nella piena disponibilità del difensore, possono essere presentati da costui direttamente al giudice."

Cassazione penale, Sez. III, 23 gennaio 2013, nr. 7078, massima inedita, (il testo integrale della Sentenza è reperibile sulla Banca dati Pluris UTET/CEDAM)

**INVESTIGAZIONI DIFENSIVE - Riesame cautelare reale - onere di valutazione delle investigazioni difensive assunte ex art. 391 bis c.p.p. - insussistenza.**

Le risultanze delle investigazioni difensive assunte ex art. 391 bis c.p.p., non possono essere valutate in sede cautelare reale, necessitando di una compiuta disamina, unitamente a tutte le altre risultanze delle indagini effettuate dalla pubblica accusa, che è necessariamente riservata alla sede di merito.

---

*Con tale decisione la Corte di Cassazione ribadisce, ancora una volta, la diversità dei presupposti richiesti per l'applicazione della misura cautelare reale, rispetto a quella personale, riaffermando, nel primo caso, la sufficienza del fumus del reato secondo la prospettazione della pubblica accusa "sulla base della indicazione di dati fattuali che si configurino coerenti con l'ipotesi criminosa". Nel caso di specie, tuttavia, va sottolineato che, a fronte del sequestro disposto nei confronti di un professionista, per la violazione dell'art. 4 D.Lgs. n. 74 del 2000, le investigazioni la cui valutazione è stata trascurata dal Tribunale del riesame, avevano ad oggetto le dichiarazioni rese dal collega di studio dell'indagato circa la riconducibilità del tenore d'affari ad entrambi nella misura del 50%; dichiarazioni assunte ex art. 391 bis c.p.p. e prodotte, con riferimento al fumus del reato, al fine di sostenere il mancato superamento da parte dell'imputato della soglia di punibilità.*

Cassazione penale, Sez. feriale, 29 agosto 2013 n. 35729, massima inedita (il testo integrale della Sentenza è reperibile sulla Banca dati Pluris UTET/CEDAM)

**Investigazioni difensive - Assunzione di dichiarazioni - Facoltà di non rispondere - Incidente probatorio – Provvedimento di rigetto: inimpugnabilità**

L'ordinanza di rigetto da parte del GIP della richiesta di assumere, con incidente probatorio, ai sensi dell'art. 391 bis c.p.p., comma 11, la testimonianza di soggetto rifiutatosi di rendere, su richiesta del difensore, dichiarazioni scritte o informazioni, ai sensi degli artt. 391 bis e 391 ter c.p.p. o che abbia dichiarato di volere essere ascoltata alla presenza del P.M. o durante incidente probatorio, non è soggetta a gravame, stante il principio di tassatività delle impugnazioni (art. 568 c.p.p., comma 1) e l'esigenza di speditezza della procedura: rimanendo, altresì, esclusa la qualificabilità della ordinanza di rigetto quale provvedimento abnorme, e quindi la possibilità di impugnarla con ricorso per 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), nè adottata al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, tanto da determinare una stasi irrimediabile del processo (c.d. abnormità funzionale) (così Sez. 3<sup>a</sup>, n. 20130 del 09/04/2002, Mondadori, Rv. 221973; conf. anche Sez. 3<sup>a</sup>, n. 1399/12 del 14/12/2011, S., Rv. 251645).

---

*Con tale decisione la Corte di Cassazione torna a ribadire il proprio orientamento in tema di non impugnabilità dell'ordinanza emessa dal Giudice per le indagini preliminari a seguito di richiesta di incidente probatorio formulata ex art. 391 bis, comma 11, c.p.p.*

*L'ordinanza così assunta, secondo la Suprema Corte, oltre a non essere assistita da un autonomo mezzo d'impugnazione, non comporta alcuna compromissione del diritto di difesa in ragione della possibilità di richiedere nel successivo giudizio dibattimentale l'audizione delle persone non ascoltate nella precedente fase. Con tale affermazione, tuttavia, la Suprema Corte, pare non considerare che spesso l'esito delle informazioni acquisite nel corso delle indagini*

*difensive è utile proprio ad orientare la difesa circa l'opportunità della scelta di un rito alternativo al dibattimento.*

Cassazione penale, Sez. Unite, 27 giugno 2006, n. 32009, in: Dir. Pen. e Processo, 2007, 3, 347 nota di VALLINI

### **Falsità in atti - ideologica in atti pubblici -Pubblico Ufficiale**

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.

Cassazione penale, Sez. Unite, 27 giugno 2006, n. 32009, in: CED Cassazione, 2006; Arch. Nuova Proc. Pen., 2007, 5, 604 nota di CERQUA, PELLACANI; Arch. Nuova Proc. Pen., 2007, 3, 389; Riv. Polizia, 2006, 11-12, 787; Riv. Pen., 2007, 4, 450

### **Falsità in atti - ideologica in atti pubblici -Pubblico Ufficiale - Documentazione delle informazioni rese al difensore - Atto pubblico – Sussistenza - Utilizzazione processuale di informazioni verbalizzate in modo non fedele - Configurabilità del reato ex art. 479 cod. pen. - Sussistenza.**

Integra il reato di falsità ideologica in atto pubblico (art. 479 cod. pen.) 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. (Rigetta, App. Torino, 19 Ottobre 2004)

Cassazione Penale, Sez. II, 20 gennaio 2011 n. 6524, massima inedita (il testo integrale della Sentenza è reperibile sulla Banca dati Pluris UTET/CEDAM)

### **Documentazione delle informazioni rese al difensore – Mancata o incompleta sottoscrizione del verbale - Inutilizzabilità – Assenza Pubblico Ufficiale – Equiparazione Difensore/Pubblico Ufficiale: esclusione**

Se la modalità di documentazione non è in linea con la disposizione di cui all'art. 391 ter c.p.p., che rimanda all'osservanza delle disposizioni di cui al titolo 3 del libro 2 e quindi anche all'art. 137 c.p.p., che prescrive la sottoscrizione dei verbali in ogni foglio, l'informazione assunta è radicalmente inutilizzabile.

E' da escludere, infatti, che sia applicabile l'art. 142 c.p.p. che, in ragione della formazione del verbale in un ambito istituzionale ed ontologicamente garantito da imparzialità, limita la sanzione alla nullità del "verbale" per l'assenza di sottoscrizione del pubblico ufficiale. Ciò perchè gli artt. 391 bis e 391 ter c.p.p. regolano una situazione che è caratterizzata dall'assenza di un pubblico ufficiale e non è gestita in ambito di giustizia istituzionalizzata. All'assenza delle pregnanti garanzie di imparzialità che offre l'ufficio di giustizia si sopperisce, allora, con l'assoluto rigore costituito dalla sanzione di inutilizzabilità; il ricorso alla censura più severa è ragionevolmente giustificato dal fatto che alla documentazione non procede il pubblico ufficiale, che tale qualità sicuramente non è ascrivibile al difensore ed al suo sostituto, nè rilevanza in tal senso assumono le persone di loro esclusiva fiducia che materialmente possono redigere il verbale.

Cassazione penale, Sez. II, 25/06/2009 n.30036, massima inedita, (il testo integrale della sentenza è reperibile sulla Banca dati DeJure - Giuffrè)

### **Documentazione delle informazioni rese al difensore – Mancata o incompleta sottoscrizione del verbale**

## **- Inutilizzabilità – Assenza Pubblico Ufficiale – Equiparazione Difensore/Pubblico Ufficiale: esclusione**

Gli artt. 391 bis e 391 ter c.p.p. regolano specificamente le informazioni rese al difensore o ad un suo sostituto e la documentazione delle stesse: la caratteristica pregnante di tali operazioni è che non interviene un pubblico ufficiale nè l'operazione viene gestita in ambito di giustizia istituzionalizzato. All'assenza delle pregnanti garanzie di imparzialità che offre l'ufficio di giustizia si sopperisce, allora, con l'assoluto rigore costituito dalla sanzione di inutilizzabilità; il ricorso alla censura più severa è ragionevolmente giustificato dal fatto che alla documentazione non procede il pubblico ufficiale, che tale qualità sicuramente non è ascrivibile al difensore ed al suo sostituto, nè rilevanza in tal senso assumono le persone di loro esclusiva fiducia che materialmente possono redigere il verbale.

Cassazione penale sez. III, 14 dicembre 2011 n. 1399 in: Cass. pen. 2012, 5, 1775 (s.m.) (nota di: BIONDI), CED Cass. Pen. 2011

## **Investigazioni difensive - Assunzione di dichiarazioni - Facoltà di non rispondere - Incidente probatorio - Rilevanza investigativa - Valutazione del giudice - Sussistenza.**

La richiesta, effettuata ai sensi dell'art. 391 bis, comma 11, c.p.p., e diretta a che il g.i.p. proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'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.

Cassazione penale, sez. VI, 22 gennaio 2003 n. 9952, in: Cass. Pen. 2006, 4, 1517

## **Libertà personale - Impugnazioni delle misure cautelari personali riesame trasmissione degli atti - indagini difensive - Necessità - Esclusione.**

La sanzione di perdita di efficacia della misura cautelare prevista dall'art. 309 comma 5 c.p.p. si applica esclusivamente nei casi in cui il p.m. abbia ommesso di trasmettere al tribunale del riesame atti favorevoli all'indagato da lui non conosciuti né conoscibili e pertanto non è applicabile nel caso di mancata trasmissione della documentazione relativa alle investigazioni difensive.

Cassazione penale, sez. III, 06 ottobre 2009 n. 46682, in: CED Cass. Pen. 2009

## **Prova per il giudizio penale - Esame dei testimoni facoltà di astensione dei prossimi congiunti**

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. Annulla con rinvio, App. Brescia, 20 gennaio 2009

Cassazione penale, sez. VI, 26 giugno 2008 n. 36700, in: Arch. nuova proc. Pen. 2009, 2, 219

## **Indagini preliminari al processo penale - Investigazioni difensive colloqui, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni da parte del difensore**

In tema di indagini difensive, è da escludere che siano colpite da inutilizzabilità le dichiarazioni che il difensore della persona offesa abbia assunto, ai sensi dell'art. 391 bis c.p.p., da detta persona, a nulla

rilevando in contrario l'eventuale contrarietà di tale comportamento a regole deontologiche la cui inosservanza può soltanto dar luogo a responsabilità disciplinari.

Cassazione penale, sez. II, 27 maggio 2008 n. 28662, in: CED Cass. Pen. 2008; Cass. Pen. 2009, 10, 3923

**Indagini preliminari - Elementi di prova prodotti dal difensore - Obblighi per il giudice - Acquisizione - Valutazione - Motivazione.**

La presentazione al giudice degli elementi di prova raccolti dal difensore a favore del proprio assistito ne implica non solo l'acquisizione ma anche la valutazione con il conseguente obbligo, ove siano disattesi, di motivazione circa le ragioni della ritenuta minore valenza rispetto alle altre risultanze processuali.

Cassazione penale, sez. VI, 23 aprile 2007 n. 34671, in: Guida al diritto 2007, Dossier 10, 57 (s.m.)

**Difesa e difensore nel processo penale -Difensore dell'imputato di fiducia nomina e sostituzione**

La nomina del difensore di fiducia e l'eventuale contestuale elezione di domicilio presso il medesimo devono riferirsi a un procedimento penale specifico ai fini degli art. 96 e 161 c.p.p., risultando altrimenti inefficaci in quanto prive di oggetto e di causa, ciò che è del resto confermato dal disposto dell'art. 391 nonies c.p.p., che, in relazione alla nomina del difensore per lo svolgimento di attività investigativa preventiva, in vista di un possibile procedimento, coerentemente con il principio suddetto, prevede che la stessa rechi "l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce" (da queste premesse, la Corte ha ritenuto priva di validità la nomina del difensore con relativa elezione di domicilio che risultava essere stata effettuata anteriormente alla denuncia che aveva originato il procedimento penale, senza indicazione, del resto, di alcun procedimento o fatto specifico).