

**INDAGINI DIFENSIVE: IL RIFIUTO DI COLLABORARE
ED I RIMEDI ESPERIBILI (NOTA A MARGINE DEL
PROVVEDIMENTO DEL PROCURATORE DELLA
REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI RIMINI IN
DATA 14.9.2018).**

(*)

Alessandro Fabbri

Con il provvedimento annotato, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Rimini ha motivatamente rigettato la richiesta di audizione di una persona a conoscenza di circostanze utili, proposta ai sensi dell'art. 391 *bis*, comma 10, c.p.p., dal difensore della persona sottoposta ad indagini.

Le pur sintetiche ragioni addotte dal Pubblico Ministero, sostanzialmente condivisibili, stimolano qualche breve riflessione.

**I RIMEDI PREVISTI IN CASO DI RIFIUTO DI
COLLABORARE**

Occorre premettere che l'art. 391 *bis*, commi 10 e 11, c.p.p., prevede due rimedi ai quali il difensore può ricorrere nel caso in cui la persona richiesta di fornire informazioni opponga il rifiuto: l'audizione coatta

innanzi al pubblico ministero e la richiesta di incidente probatorio (¹).

Ai sensi della norma citata, quando la persona interpellata (che non riveste la qualità di indagato o imputato nello stesso procedimento o in un procedimento connesso nelle ipotesi previste dall'art. 210 c.p.p.) si avvale della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione, il p.m., su richiesta del difensore, ne dispone l'audizione che fissa entro il termine (ordinatorio) di sette giorni: essa si svolge alla presenza del difensore che per primo formula le domande e trovano integrale applicazione le disposizioni di cui all'art. 362 c.p.p. (²):

(*) Il decreto commentato è consultabile nella sezione Giurisprudenza.

¹ Entrambi gli istituti postulano la pendenza di un procedimento penale e non vi si può fare ricorso in sede di indagini preventive *ex art. 391 nonies* c.p.p.

² La Suprema Corte ha precisato che “*In tema di investigazioni difensive, allorquando il difensore abbia richiesto l'intervento del p.m. per l'assunzione di*

la persona richiesta di fornire informazioni non può quindi opporre ulteriori rifiuti ed è tenuta a rispondere esaurientemente a tutte le domande.

In alternativa alla richiesta di audizione coatta, il difensore può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza o all'esame della persona che non intende collaborare spontaneamente, anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 392, comma 1, c.p.p.

Nelle ipotesi in cui il potenziale dichiarante che ha opposto il rifiuto rivesta la qualità di indagato o di imputato nello stesso procedimento o in procedimento connesso (secondo le previsioni dell'art. 210) la richiesta di incidente probatorio rappresenta il solo rimedio accordato all'avvocato.

Il rifiuto di collaborare manifestato dal potenziale dichiarante costituisce presupposto essenziale per accedere ai

rimedi previsti dall'art. 391 *bis*, commi 10 e 11, c.p.p.: l'allegazione di tale circostanza rappresenta quindi un elemento imprescindibile della richiesta rivolta al pubblico ministero così come dell'istanza presentata al g.i.p.

Non è semplice, però, documentare il rifiuto, che potrebbe essere stato manifestato oralmente o addirittura risultare implicito nella mancata comparizione a seguito della convocazione inoltrata dal difensore, come accaduto nel caso di specie.

Con riferimento alla richiesta di incidente probatorio *ex art. 391 bis*, comma 11, c.p.p., proponibile solo se compatibile con la contingente fase processuale⁽³⁾, va altresì segnalato che è stata ritenuta necessaria l'indicazione degli elementi previsti dall'art. 393 c.p.p. ed in particolare, l'oggetto della prova e le ragioni della sua rilevanza⁽⁴⁾, anche se ciò mal si concilia con la

*informazioni dalla persona in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa (art. 391 bis, c. 10), l'assunzione di tali informazioni diviene, a tutti gli effetti, assunzione di informazioni da parte del p.m. e comporta esclusivamente l'osservanza degli obblighi e dei limiti stabiliti per tale atto dall'art. 362, pur essendo tuttavia concesso che l'audizione si svolga alla presenza del difensore, al quale è consentito di formulare per primo le domande, salvo il potere del p.m. di porne altre, sempre nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 362. Ne deriva, quindi, che, in tale evenienza, non sono previsti gli avvertimenti preliminari - che ordinariamente devono essere rivolti al dichiarante e analiticamente verbalizzati ai sensi del c. 3 dell'art. 391 bis - giacché tali avvertimenti non riguardano il p.m., come può evincersi dalla stessa formulazione testuale della norma, che pone i relativi obblighi a carico esclusivamente del difensore, del sostituto, degli investigatori autorizzati o dei consulenti tecnici. (Da queste premesse, è stata rigettata la doglianza della difesa che, assumendo, invece, l'applicabilità degli avvertimenti anche al p.m. chiamato ad assumere le informazioni *ex art. 391 bis, c. 10*, sosteneva che, in mancanza di tali avvertimenti, le dichiarazioni raccolte dovessero ritenersi inutilizzabili anche in sede di rito abbreviato ai sensi dell'art. 391 bis, c. 6)"* (Cass. III 27.2.2007, P., in *Guida al Dir.* 2007, 26, 91).

³ Secondo la giurisprudenza di merito, "Ai fini dell'ammissione in udienza preliminare dell'incidente probatorio *ex art. 391 bis, c. 11*, occorre avere riguardo non solo ai presupposti enunciati dall'art. 393, ma anche alle regole che nella fase dell'udienza preliminare disciplinano le integrazioni istruttorie, di cui agli artt. 421 bis e 422 (nel caso di specie il giudice ha rigettato la richiesta di incidente probatorio avanzata dalla difesa non reputando evidente la decisività della prova da assumere ai fini della sentenza di non luogo a procedere)" (G.i.p. Roma 16.7.2008, C., in *Cass. Pen.* 2009, 4886).

⁴ E' stato infatti precisato che "In tema di indagini difensive, ai fini della richiesta prevista dall'art. 391 bis, c. 1, per l'audizione di persone che hanno esercitato la facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione, è necessario che il difensore specifici l'oggetto dell'audizione, indicando gli argomenti sui quali si intendono sentire i soggetti indicati dal primo c. del suddetto articolo" (Cass. VI 22.6.2004, Barone, CED 229828). Tale orientamento, tuttavia, non pare tenere nella dovuta considerazione la natura dell'istituto: il legislatore, infatti, non ha inteso introdurre una nuova ipotesi di incidente probatorio ma si è limitato a consentire l'assunzione anticipata della prova quale rimedio all'assenza di poteri coercitivi in capo al difensore. La giurisprudenza di merito,

natura dell'istanza, diretta non tanto a consentire l'assunzione anticipata di una prova, quanto a permettere l'espletamento di un atto di investigazione difensiva. Per gli stessi motivi, appare criticabile anche l'orientamento giurisprudenziale che richiede l'illustrazione delle ragioni sottese all'istanza rivolta al p.m. ai sensi dell'art. 391 bis, comma 10, c.p.p. (5).

Altrettanto discutibile, infine, risulta la mancata previsione di un mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio (6).

d'altronde, ha rilevato che *“L'incidente probatorio previsto dall'art. 391 bis, c. 11, mira a consentire al difensore, cui sia stato opposto un rifiuto a collaborare da parte della persona informata sui fatti, la possibilità di ottenere per altra via la cristallizzazione del contributo dichiarativo, in alternativa rispetto all'audizione in comune con il pubblico ministero prevista dal medesimo art. 391 bis, c. 10; dalla specificità della fattispecie consegue che l'incidente è inestensibile ad altre persone interessate, mentre, ricorrendone i presupposti, ne può essere consentita l'estensione, su richiesta del pubblico ministero, ad altri fatti che debbano costituire oggetto di prova”* (Trib. Palermo 25.2.2002, Canale, in *Foro it.* 2002, II, 306).

⁵ Sul punto, cfr. Cass. II 23.11.2006, O.M., CED 235594: *“In tema di indagini difensive, la richiesta al pubblico ministero di disporre l'audizione della persona informata su fatti di interesse per l'investigazione del difensore, che si sia avvalsa della facoltà di non rendere dichiarazioni, deve indicare le circostanze in relazione alle quali si vuole che la persona sia sentita e le ragioni per le quali si ritiene che esse siano utili alle indagini, con la conseguenza che, in difetto di tali indicazioni, il pubblico ministero non ha l'obbligo di provvedere”*.

⁶ Invero, *“Avverso l'ordinanza con la quale il g.i.p. accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio non è prevista impugnazione: ciò sia per il principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568, sia per la natura dell'incidente probatorio, caratterizzato dall'esigenza di speditezza con cui tale fase deve essere espletata e che è incompatibile con i tempi necessari per il procedimento di impugnazione (fattispecie nella quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza con la quale il g.i.p. aveva respinto la richiesta di incidente probatorio*

LA SOLUZIONE ADOTTATA NELLA FATTISPECIE (E QUALCHE MODESTA INDICAZIONE OPERATIVA)

Come si è anticipato, le motivazioni del provvedimento qui annotato appaiono sostanzialmente condivisibili.

Sebbene il rigetto dell'istanza proposta dal difensore possa apparire, di primo acchito, come una decisione eccessivamente rigorosa, a ben vedere le ragioni evidenziate dal pubblico ministero risultano pienamente conformi alla disciplina vigente ed alla rammentata elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia.

In estrema sintesi, il p.m. ha escluso di poter valutare il silenzio della persona convocata quale *“esercizio della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione”* poiché la documentazione allegata non attestava la ricezione dell'invito a rendere dichiarazioni e l'invito stesso *“non conteneva una convocazione ad una data, fissata per l'assunzione delle sue informazioni, ma soltanto un invito, a presentarsi allo Studio per concordare data e ora”*, risultando altresì privo dell'indicazione di un termine entro il quale rispondere.

Il primo rilievo appare dirimente: in mancanza della prova della ricezione dell'invito, al pubblico ministero è effettivamente preclusa la verifica del presupposto normativamente previsto per attivare il rimedio in oggetto: l'esercizio della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione da parte del soggetto interessato.

avanzata dal difensore ex art. 391 bis, c. 11)” (Cass. III 9.4.2002, Mondadori, CED 221973; in senso conforme, Cass. II 13.11.2003, Manzi, in *Cass. Pen.* 2005, 2637; Cass. sez. fer., 1.8.2013, n. 35729).

Meno scontata, invece, appare la rilevanza delle ulteriori motivazioni addotte.

Per non vanificare le facoltà riconosciute alla difesa dalle indicate previsioni, infatti, occorrerebbe evitare interpretazioni formalistiche: l'art. 391 *bis* c.p.p., d'altronde, non prevede espressamente alcun particolare onere in capo al difensore di documentare il rifiuto opposto dalla persona interpellata per cui in caso di convocazione a data fissa e successiva mancata comparizione deve reputarsi sufficiente allegare all'istanza copia dell'invito scritto inoltrato dal difensore (con prova della relativa ricezione), mentre se il diniego sia stato manifestato direttamente a quest'ultimo occorrerà semplicemente fare menzione di tale circostanza nella richiesta di audizione (o di incidente probatorio).

Qualora, invece, il rifiuto sia stato comunicato ad uno degli ausiliari del difensore, si potrà allegare alla richiesta rivolta al p.m. l'annotazione redatta dal medesimo ausiliario a fini meramente interni o comunque un'attestazione di quest'ultimo.

Nelle ipotesi in cui, come nel caso di specie, il difensore non abbia convocato la persona a conoscenza di circostanze utili per una determinata data, limitandosi ad esortarla a prendere contatti e quest'ultima abbia ommesso di fornire qualunque riscontro, occorre chiedersi se tale "silenzio" sia univocamente interpretabile quale "esercizio della facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione".

Una interpretazione conforme alla *ratio* della previsione normativa dovrebbe imporre una risposta positiva.

Non v'è dubbio, infatti, che il difensore - privo di poteri coercitivi - sia obbligato ad invocare l'intervento del pubblico ministero (o del g.i.p.) in caso di mancanza di collaborazione dei soggetti interpellati e l'omessa risposta ad un invito a prendere contatti appare indubbiamente un (tacito) comportamento riconducibile all'esercizio della facoltà di non collaborare con la difesa, soprattutto se sia stato (inutilmente) accordato un congruo termine per rispondere all'invito medesimo.

In altri termini, non assume rilievo il fatto che l'invito contenga o meno una sorta di convocazione a "data fissa" posto che l'omesso riscontro alla comunicazione inoltrata dal difensore deve necessariamente essere equiparato alla mancata presentazione dell'interessato il quale, tanto in un caso quanto nell'altro, non intende evidentemente collaborare spontaneamente.

Tuttavia, alla stregua di quanto evidenziato nel provvedimento annotato e soprattutto dell'estremo rigore di alcuni orientamenti giurisprudenziali in tema di indagini difensive ⁽⁷⁾, appare indubbiamente

⁷ Si pensi, ad esempio, alla ritenuta inammissibilità della richiesta di revisione poiché le nuove prove dichiarative poste a base della domanda risultavano fondate su "dichiarazioni raccolte nelle indagini difensive" senza il rispetto delle prescrizioni stabilite, a pena di inutilizzabilità, dall'art. 391 *bis* in materia di documentazione delle investigazioni difensive (Cass. I 5.11.2003, D., in *Cass. Pen.* 2004, 3742) o ancora alla ritenuta irrilevanza dell'omessa o tardiva trasmissione al tribunale del riesame degli atti di indagine difensiva sopravvenuti rispetto alla formazione del fascicolo presentato al giudice cautelare, in quanto sono per loro natura a disposizione della difesa e suscettibili di

consigliabile, per il difensore, redigere un invito scritto da inviare alla persona a conoscenza di circostanze utili a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, con espressa indicazione di luogo, data e ora della convocazione, in modo tale da non lasciare dubbi in ordine alla sussistenza dei presupposti per attivare il rimedio di cui all'art. 391 *bis*, comma 10, c.p.p.

diretta presentazione al giudice per cui esulano dalla previsione dell'art. 309, comma 5, c.p.p. (Cass. III 9.10.2002, O., in *Cass. Pen.* 2005, 144).